ISSN 1970-0903

Studi sull'integrazione europea

numero 2 • **2017** | anno **XII**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Simon Vouet (Parigi 1590-1649)
Il ratto d'Europa – olio su tela, cm 179 x 141,5 – Madrid, Museo Thyssen-Bornemisza

Il soggetto di questo grande dipinto di Simon Vouet, uno dei più rappresentativi artisti francesi attivi nella prima metà del Seicento, pur essendo palesemente in relazione con il ratto d'Europa, figlia di Agenore re dei Fenici, da parte di Giove trasformatosi in un bellissimo, mite toro bianco – così come dettagliatamente narrato da Ovidio nelle sue *Metamorfosi* –, ne costituisce, per così dire, il fotogramma iniziale, dato che nulla della tranquilla, quasi arcadica scena rappresentata dal caposcuola francese lascia presagire ciò che sarebbe in seguito accaduto. Subito dopo, infatti, il mite e giocoso toro prenderà improvvisamente il largo nel mare antistante, recando in groppa la fanciulla che condurrà a Creta dove, riassunte le sembianze di Giove, da lei genererà tre figli. Un vero e proprio ratto "amoroso", dunque, che in alcune rappresentazioni mostra la fanciulla consenziente, in altre la vede sbracciarsi disperata per chiedere aiuto alle amiche rimaste sulla spiaggia, sorprese e impotenti.

Qui tutto è fermo all'inizio del racconto: nel paesaggio ameno, animato sullo sfondo dalla chioma di un grande albero fronzuto, il bel toro candido in cui si è trasformato il re degli dei, sempre alla ricerca di prede femminili, è tranquillamente accucciato, si direbbe lusingato dalle attenzioni delle tre fanciulle che gli sono intorno: al centro la bella Europa, con indosso una leggera tunica che le lascia scoperti parte delle spalle e uno dei seni, sensualmente semidistesa, in bilico sul dorso dell'animale, mentre con la sinistra si aggrappa ad una delle corna del toro, appoggiando il braccio destro su quello dell'amica che le è accanto. In secondo piano un'altra amica è intenta ad arricchire con un'altra corona la già infiorata ghirlanda con cui è stato adornato il capo dell'animale. Due putti alati che planano dall'alto recano altre corone di fiori, mentre di un terzo si intravede in secondo piano il nudo corpo paffuto.

La composizione, essenziale e concentrata, è basata su un chiasmo le cui diagonali contrapposte partono rispettivamente dai putti volanti in alto a sinistra sino alla zampa anteriore distesa dell'animale accucciato, e dal cirro rosato in alto a destra sino alla coda ritorta dello stesso toro. Su una composizione chiasmica è articolato anche il gruppo principale costituito dal toro e dalle tre fanciulle: prova indiscutibile di un'attenta costruzione della scena in cui, più che il racconto ovidiano nelle sue fasi più drammatiche, l'attenzione dell'artista si focalizza sulla rappresentazione dei protagonisti, che occupano gran parte del dipinto.

Il massimo della luminosità si concentra quindi sui personaggi in primo piano, vera e propria sinfonia di colori magnificamente accostati, dall'abbacinante bianco del corpo dell'animale, all'incarnato perlaceo delle fanciulle, alle vesti dai drappi svolazzanti, orchestrate su una gamma cromatica che va dal verde bosco al rosa chiaro, dall'azzurro lapislazzulo all'indaco, dal bruno al corallo.

La datazione dell'opera può essere plausibilmente fissata intorno al 1640 sulla base dell'incisione, datata 1642, che da essa trasse Michel Dorigny (1617-1665), incisore e pittore appartenente ad una famiglia d'artisti (suo figlio è il famoso Louis Dorigny, attivo anche a Verona), nonché genero di Simon Vouet per averne sposato nel 1648 una delle figlie, Jeanne-Angélique, attivo dal 1635 circa al 1645 nella bottega del suocero. Una datazione intorno al 1640 permette di inserire con certezza il dipinto nel novero delle opere eseguite dal Vouet a Parigi, dopo il suo ritorno, avvenuto nel 1627, dall'Italia, dove aveva compiuto un viaggio di studio incrociando e confrontandosi, tra gli altri, con Artemisia Gentileschi e Massimo Stanzione. Nel periodo parigino Vouet, all'apice della sua carriera, è incaricato di numerose, prestigiose commissioni dal re, nonché da ministri e personaggi altolocati, per soddisfare le quali egli si avvale del suo frequentatissimo atelier. Purtroppo molti dei cicli decorativi, spesso di tema mitologico, realizzati da Vouet e dai suoi allievi in palazzi e castelli a Parigi e dintorni sono andati distrutti, e il frequente impiego dell'*atelier* rende ancora oggi in alcuni casi non del tutto certa la completa autografia di alcune delle sue opere.

Nessun dubbio riguarda naturalmente questo splendido dipinto, originale interpretazione del diffuso mito d'Europa – uno dei tanti che il Vouet ha trattato nella sua fortunata carriera di artista – carico di echi italiani (per esempio dal dipinto dello stesso soggetto, del Veronese, nel Palazzo Ducale di Venezia), e permeato di una potente, rinnovata classicità.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari

Condizioni di Abbonamento
La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2017, sono le seguenti:
· Abbonamento Italia € 80,00
· Abbonamento per l'estero € 120,00
· Fascicolo € 28,00
· Abbonamento in formato pdf € 45,00
La sottoscrizione dell'abbonamento 2017, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.
Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2017).

Studi sull'integrazione europea

numero **2· 2017** | anno **XII**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

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

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

Revisione abstracts a cura di **Denise Milizia**

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

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Studi sull'integrazione europea è presente in Academia.edu, ACNP, DO.GI., ESSPER e Google Scholar.

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

© 2017 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

Paolo Fois
Gli sviluppi del processo di integrazione europea dal Trattato di Roma ad oggi. Il ruolo degli Stati membri 249

Javier Carrascosa González
Esclusione dell'applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III 267

Ruggiero Cafari Panico
L'affievolimento dei diritti nella crisi economica e politica dell'Unione europea 289

Francesco Bestagno
La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri 317

Valeria Di Comite
Il programma Erasmus: trenta anni di mobilità per promuovere i valori dell'Unione 343

Micaela Falcone
La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche 365

NOTE E COMMENTI

Eduardo Savarese
A Flexible Legal Certainty: The EU Law 'Counter-limits' to the Principle of Domestic *res judicata* 387

Claudio Di Turi
L'Unione europea e i negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti (TTIP): quale tutela per i diritti dei lavoratori? 413

Filippo Croci
Nuove riflessioni sull'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce delle sentenze *Ferreira da Silva* e *X* 427

MEMORIE

Massimo Panebianco
Una rilettura del diritto internazionale codificato fra codicismo ed anti-codicismo (secoli XIX–XX) 455

RECENSIONI

Sonia Morano-Foadi, Lucy Vickers (edited by), *Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015 (A. M. Romito) 469

Libri ricevuti 473

Indice degli autori 475

Summary

ARTICLES

Paolo Fois
The European Integration Process from the Treaty of Rome to the Present Day. The Role Played by the Member States 249

Javier Carrascosa González
Exclusion of the Law of Divorce and Rome III Regulation 267

Ruggiero Cafari Panico
The Weakening of the Rights in the EU's Economic and Political Crisis 289

Francesco Bestagno
Public Health between EU's and Member States' Competence 317

Valeria Di Comite
The Erasmus Programme: 30 Years of Mobility to Promote EU Values 343

Micaela Falcone
Environmental Protection in the Hard Balance between Fundamental Rights and Economic Reasons 365

NOTES AND COMMENTS

Eduardo Savarese
A Flexible Legal Certainty: The EU Law 'Counter-limits' to the Principle of Domestic *res judicata* 387

Claudio Di Turi
The European Union and the Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): What Protection for Workers Rights? 413

Filippo Croci
New Reflections on the Obligation to Refer for an Interpretative Preliminary Ruling in the Light of the *Ferreira da Silva* and *X* Judgments 427

MEMORIES

Massimo Panebianco
A New Reading of International Codified Law between 'Codicism' and 'Anti-codicism' (XIX-XX centuries) 455

BOOK REVIEWS

Sonia Morano-Foadi, Lucy Vickers (edited by), *Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015 (A. M. Romito) 469

Books received 473

List of contributors 475

Articoli

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 249-266

Paolo Fois*

Gli sviluppi del processo di integrazione europea dal Trattato di Roma ad oggi. Il ruolo degli Stati membri

Sommario: 1. Premessa. Interesse di un'indagine volta a ricostruire il processo di integrazione quale si è sviluppato nel corso degli ultimi 60 anni. – 2. La fase iniziale. Il ruolo degli Stati membri secondo il Trattato di Roma del 25 marzo 1957. – 3. L'Atto unico europeo del 1986 e la cooperazione politica. – 4. Cooperazione intergovernativa e metodo comunitario nel Trattato di Maastricht del 1992. – 5. Le particolarità negli sviluppi del processo di integrazione secondo la riforma di Amsterdam del 1997. – 6. Le innovazioni apportate dal Trattato di Nizza del 2001. – 7. Le modifiche "virtuali" del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa del 2004. – 8. Il ruolo degli Stati membri nel Trattato di Lisbona del 2007. – 9. Le istituzioni dell'Unione e gli sviluppi del processo di integrazione: a) il ruolo della Corte di giustizia. – 10. *Segue*: b) il ruolo della Commissione e del Parlamento europeo. – 11. Considerazioni conclusive sul ruolo degli Stati membri nel processo di integrazione europea.

1. Nel corso degli anni, la data del 25 marzo 1957 è stata più volte ricordata con una serie di iniziative e di contributi dottrinali[1] volti ad evidenziare, attraverso un bilancio dei risultati raggiunti, gli sviluppi del processo di integrazione europea da quando, con la firma a Roma del Trattato istitutivo, i sei Stati fondatori avevano dato vita alla Comunità economica europea[2]. Rispetto alle iniziative e ai contributi dottrinali ora evocati, gli scritti apparsi in questi ultimi mesi si caratterizzano per l'accento posto non tanto su un bilancio dei risultati raggiunti, quanto sulle prospettive future del processo di integrazione. Prospettive che si rivelano profondamente differenti, per le divergenze di vedute esistenti fra gli Stati membri e fra gli stessi cittadini

* Emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Sassari.

1 Per quanto riguarda le pubblicazioni contenenti gli Atti dei Convegni di studio dedicati a ricordare l'evento, conviene citare: E. Serra (dir.), *Il rilancio dell'Europa e i Trattati di Roma*, Bruxelles, 1989; M. C. Baruffi (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Padova, 2008; A. Tizzano (a cura di), *Il processo di integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008; Id. (a cura di), *Verso i 60 anni dai Trattati di Roma: stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016.

2 Considerato il rilievo di gran lunga minore riservato attualmente al Trattato Euratom, parimenti firmato a Roma il 25 marzo 1957, nella presente indagine verrà utilizzata l'espressione "Trattato di Roma" con esclusivo riferimento al Trattato istitutivo della CEE.

europei circa la politica da seguire di fronte ai gravi problemi di ordine economico, sociale e politico che l'Unione europea è oggi chiamata a risolvere. Spicca, da un lato, la corrente di pensiero secondo cui la creazione di uno Stato federale europeo sarebbe l'unico modo per consentire all'Unione di affrontarli con convincenti prospettive di successo; dall'altro, va preso atto della posizione di coloro che propendono invece per una sensibile compressione delle attuali competenze dell'Unione, riducendo più o meno radicalmente i vincoli che limitano attualmente la sovranità degli Stati membri, senza peraltro escludere l'eventualità di un recesso dal Trattato istitutivo dell'Unione o da una parte di esso. Mentre non rientra negli obiettivi della presente indagine prendere posizione a favore dell'una o dell'altra delle opposte tesi, interessa rilevare le lacune che le contraddistinguono, negativamente, entrambe: in particolare per la mancata presa in considerazione sia dei risultati raggiunti in questi 60 anni di integrazione europea, sia dei procedimenti a tal fine seguiti.

La questione non è certo di scarso rilievo, specialmente quando si invoca l'esigenza di ricercare, nello spirito che ha animato i "padri fondatori" dell'Europa, l'indispensabile criterio guida per le difficili scelte che sono oggi da prendere. Per colmare tale lacuna, un aspetto appare a chi scrive di particolare importanza: la rilevazione e la valutazione comparativa dell'incidenza che sul processo di integrazione hanno esercitato sia – da un lato – le istituzioni dell'Unione (in applicazione del cosiddetto "metodo comunitario"), sia – dall'altro – gli Stati membri (attraverso forme di cooperazione "intergovernativa")[3]. Considerato tuttavia che il ruolo svolto dagli Stati membri è risultato finora generalmente trascurato dalla dottrina, una particolare attenzione sarà riservata alla ricostruzione e alla valutazione di tale ruolo, quale emerge soprattutto dalle modifiche apportate ai Trattati istitutivi con i procedimenti di revisione che si sono succeduti in questi 60 anni[4].

2. In una ricerca che, come quella qui condotta, nella valutazione degli sviluppi del processo di integrazione europea ha come costante punto di riferimento il Trattato CEE del 1957, è di fondamentale importanza evidenziare quale sia stato al riguardo il ruolo ricoperto dagli Stati membri in conformità a detto Trattato, nei circa trent'anni che hanno preceduto l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo. Non verrà invece preso in considerazione a questo fine il Trattato CECA del 1951: contrariamente al pensiero di alcuni autori, orientati a minimizzare le differenze esistenti fra i due Trattati[5], profondamente diversa è infatti la "filosofia" che su questo punto li ispira. Il carattere "sovranazionale" del Trattato CECA, incentrato sul conferimento all'Alta autorità, all'art. 8, del compito "d'assurer la réalisation des

[3] Sulla distinzione fra "metodo comunitario" e "metodo intergovernativo" (o "forme di cooperazione intergovernativa") v. in dottrina: U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, III ed., spec. pp. 38-39; L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, V ed., pp. 6-7. V. anche F. Pocar, C. Secchi, *Il Trattato di Maastricht*, Milano, 1992, pp. 4-5.

[4] Ai fini della presente ricerca, possono considerarsi irrilevanti sia il cosiddetto "Trattato sulla fusione degli esecutivi", firmato a Bruxelles l'8 aprile 1965, sia il Trattato che modifica alcune disposizioni in materia di bilancio, firmato a Lussemburgo il 22 aprile 1970.

[5] Esclude che il Trattato CEE sia "meno soprannazionale" di quello CECA G. Olmi, *Introduzione*, in *Trent'anni di diritto comunitario*, Bruxelles, 1981, pp. 2-3.

objets fixés par le présent Traité", non si riscontra infatti nel Trattato CEE[6], i cui lavori preparatori prendono l'avvio pochi mesi dopo la mancata ratifica del Trattato istitutivo di una Comunità europea di difesa "di carattere sopranazionale, comportante istituzioni comuni, forze armate comuni e un bilancio comune"[7].

Il fatto che nel Trattato CEE il sistema istituzionale sia basato sul "dualismo" Consiglio-Commissione, "squilibrato" a favore del Consiglio, è considerato "un passo indietro" rispetto a quello della CECA, imperniato sui poteri "sovranazionali" dell'Alta autorità[8]. Nel Trattato CECA, l'affermazione che "sopranazionalità significa il massimo possibile svincolo delle autorità comunitarie provviste di potere decisorio dai vincoli degli Stati membri"[9] può spiegarsi tenendo conto della natura di "Trattato-regole" propria del Trattato di Parigi; nel Trattato CEE, per contro, la sua diversa natura di "Trattato-quadro" sarebbe risultata difficilmente compatibile con una sovranazionalità così intesa, non potendosi evidentemente prescindere, per il raggiungimento degli obiettivi prefissati, dal decisivo concorso degli Stati membri. Una chiara conferma di questa particolarità è data, da un lato, dai numerosi articoli del Trattato CEE che prevedono espressamente la conclusione di accordi degli Stati membri[10]; dall'altro, dal fatto che ancora più numerosi e rilevanti sono risultati gli accordi realmente conclusi, finalizzati nel complesso ad assicurare lo sviluppo progressivo del processo di integrazione[11].

Questa specifica funzione è stata svolta dagli Stati membri sin dalla fase iniziale, già prima che alla Conferenza dei capi di Stato o di governo venisse data la denominazione di "Consiglio europeo". Le Conferenze al vertice succedutesi dalla fine degli anni '60 all'inizio degli anni '70 (vigente, quindi, il Trattato CEE del 1957)[12] hanno

---

[6] Almeno per quanto riguarda la "sovranazionalità decisionale", implicante l'adozione di decisioni che si differenziano "il più possibile dalla diplomazia e dall'intergovernatività tradizionali" (in questo senso J. Weiler, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 49). Per quanto riguarda la "sovranazionalità normativa" (che implica, nella nozione sviluppata dallo stesso A., *ivi*, p. 217, "la preminenza effettiva delle politiche e delle norme comunitarie sulle misure nazionali"), v. le considerazioni che saranno svolte nel par. 9 con riferimento alla sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa* c. *ENEL* (più in generale, in merito alle diverse posizioni dottrinali circa i caratteri dei Trattati CECA e CEE, si rinvia alla bibliografia citata nel nostro studio *Dalla CECA all'Unione europea. Il declino della sovranazionalità*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 483 ss.).

[7] Art. 1 di detto Trattato.

[8] In questo senso si esprime M. Dell'Omodarme, *I Trattati di Roma: la CEE e l'EURATOM*, in R. H. Rainero (a cura di), *Storia dell'integrazione europea*, I, Roma, 1997, pp. 260-261. Si limitano a constatare un "Wandel der EG Philosophie vom Föderalismus zum Pragmatismus" T. Oppermann, C. D. Classen, M. Nettesheim, *Europarecht*, München, 2014, p. 9, sottolineando che nel Trattato CEE del 1957 "das supranationale Modell einen unabhängigen europäischen Behörde zugunsten der Balance zwischen Gemeinschaftsinteresse und Mitgliedstaatlichen Vorstellungen (Kommission/Ministerrat) verändert worden".

[9] Così il già Presidente dell'Alta Autorità, D. Del Bo, *Natura ed esercizio del potere sopranazionale nel Trattato CECA,* in R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, *Commentario del Trattato CECA*, I, Milano, 1970, p. 5.

[10] Su questo punto si rinvia a P. Fois, *Gli accordi degli Stati membri delle Comunità europee*, Milano, 1968, spec. p. 3 ss.

[11] Per quanto riguarda specificamente gli anni '60 e '70, si fa ancora rinvio a P. Fois, *Gli accordi degli Stati membri*, cit., p. 139 ss.

[12] Vanno menzionate le seguenti Conferenze al Vertice: L'Aja (dicembre 1969); Parigi (ottobre 1972); Copenaghen (dicembre 1973); Parigi (dicembre 1974). Per ulteriori dettagli al riguardo si rinvia al nostro scritto *Le conferenze al vertice*, *dei Paesi della CEE e il diritto comunitario*, in *Rivista di diritto*

avuto come primo obiettivo di individuare le scelte ritenute essenziali per consentire alla Comunità di assolvere i suoi compiti, definendo, a questo fine, le conseguenti politiche: si pensi alla politica regionale e a quella ambientale, che hanno preso l'avvio sulla base delle decisioni di principio adottate in questo senso dalla Conferenza al vertice di Parigi del dicembre 1972[13], in cui si "invitavano" le istituzioni comunitarie a definire programmi di azione aventi ad oggetto tali politiche.

3. L'Atto unico europeo del febbraio 1986, la prima organica revisione del Trattato CEE del 1957, offre significative indicazioni in merito al ruolo ricoperto anche in quella fase dagli Stati membri nello sviluppo del processo di integrazione. Nei circa 10 anni che hanno preceduto la sua firma, gli Stati membri hanno svolto nell'ambito del "Consiglio europeo" (questa la nuova denominazione dei "Vertici", secondo la decisione presa nella riunione di Parigi del dicembre 1974), un'attività particolarmente intensa. Il Rapporto Tindemans ai capi di Stato e di governo del dicembre 1975, le conclusioni del Consiglio europeo dell'Aja del novembre 1976 e la Dichiarazione solenne di Stoccarda sull'Unione europea del giugno 1983 sono atti di particolare rilievo nel contesto di una serie di iniziative dirette essenzialmente al rafforzamento e all'"edificazione progressiva" della Comunità. La cooperazione politica, la cui importanza è sottolineata dalla Dichiarazione di Stoccarda in vista di "una maggiore coerenza e di uno stretto coordinamento a tutti i livelli delle strutture esistenti", rappresenta indubbiamente la modifica di maggior rilievo a livello dei Trattati introdotta con la revisione del 1986, che dedica un intero titolo, il III, alla "cooperazione europea in materia di politica estera". La definizione e l'attuazione di tale politica, viene precisato, rientra nella competenza delle "Alte Parti Contraenti", mentre la Commissione e il Parlamento europeo sono unicamente "associati" ai relativi lavori.

Che l'Atto unico europeo sia da ascrivere fondamentalmente alla volontà degli Stati membri trova una eloquente conferma nelle valutazioni critiche mosse dal Parlamento europeo in occasione della sua approvazione. In particolare, nella relativa risoluzione, adottata il 16 gennaio 1986, l'Assemblea di Strasburgo, stigmatizzando il fatto che una riforma istituzionale fosse stata elaborata "tenendo in disparte l'Assemblea" sottolineava "le ambiguità e le insufficienze dell'atto", che avrebbe dovuto invece assicurare una "partecipazione democratica del Parlamento europeo" alle competenze "sottratte" ai parlamenti nazionali[14]. Considerate queste premesse, se è difficile cogliere nell'Atto unico la stessa ispirazione federalista del "progetto di trattato che istituisce l'Unione europea" (il cosiddetto "Trattato Spinelli"), approvato dal Parlamento europeo il 14 febbraio 1984, è comunque possibile rilevare una

internazionale privato e processuale, 1982, p. 694 ss. (ora anche in P. Fois, *Il diritto dei trattati. Raccolta di scritti*, Napoli, 2009, p. 339 ss.).

[13] Si vedano al riguardo: per la politica ambientale, la dichiarazione del Consiglio delle Comunità europee e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 22 novembre 1973, concernente un programma di azione delle Comunità europee in materia ambientale); per la politica regionale: il regolamento (CEE) n. 724/75 del Consiglio, del 18 marzo 1975, che istituisce un Fondo europeo di sviluppo regionale. Sulle conclusioni del Vertice di Parigi del 1972 v. anche *infra*, par. 10.

[14] Il diverso punto di vista degli Stati membri veniva efficacemente espresso da van der Broek, all'epoca Ministro degli esteri olandese e Presidente del Consiglio dei ministri della Comunità, secondo cui l'Atto unico europeo aveva il merito di realizzare un compromesso fra "ciò che è possibile e ciò che è desiderabile" (affermazione riportata da M. Gilbert, *Storia politica dell'integrazione europea*, Bari, 2005, p. 155).

significativa convergenza fra i due atti: l'art. 1 dell'Atto unico, a norma del quale "le Comunità europee e la cooperazione politica europea perseguono l'obiettivo di contribuire insieme a far progredire concretamente l'Unione europea", chiaramente rirende il principio, enunciato dall'art. 10 del "Trattato Spinelli", sul possibile ricorso, per raggiungere gli scopi dell'Unione, sia al "metodo dell'azione comune", sia alla "cooperazione fra gli Stati membri"[15].

4. Viene ampiamente condivisa, in dottrina, la tesi che le novità introdotte con il Trattato firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 rivestano una fondamentale importanza rispetto alla generalità degli accordi di revisione conclusi nei 60 anni di vita della Comunità[16]. Novità che – il punto va qui sottolineato – riguardano anche il ruolo riconosciuto agli Stati membri nello sviluppo del processo di integrazione. Va evidenziato a questo proposito, anzitutto, che una delle particolarità del Trattato di Maastricht è di avere introdotto la distinzione, che caratterizzerà anche le successive riforme di Amsterdam e di Nizza, fra il Trattato dell'Unione europea e i Trattati istitutivi delle Comunità europee. Nel primo Trattato prevalgono nettamente le politiche e forme di cooperazione che, in base all'art. 1, "integrano" le azioni regolate dai Trattati istitutivi delle Comunità. A queste politiche e forme di cooperazione fra gli Stati membri il Trattato sull'Unione dedica due interi titoli, il V e il VI. Il titolo V, che chiaramente rirende l'impianto del già richiamato art. 30 dell'Atto unico europeo, contiene "disposizioni relative alla politica estera e di sicurezza comune", mentre il titolo VI disciplina per la prima volta la "cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni". Appare evidente che anche in questo secondo ambito non si tratta affatto di un trasferimento di nuove competenze alla Comunità europea: è agli Stati membri che spetta di dare attuazione alle disposizioni del Trattato, mentre alle istituzioni comunitarie è assegnato un ruolo del tutto marginale[17].

Con una seconda, e ben nota, novità introdotta dal Trattato di Maastricht, quella della disciplina prevista per la politica economica e monetaria, si rientra invece nell'ambito del Trattato istitutivo della Comunità europea: il principio ispiratore della disciplina più specificamente attinente alla politica monetaria è che, a regime, un ruolo di particolare rilievo sarà svolto dalle istituzioni comunitarie, e soprattutto dal Sistema europeo di banche centrali (il SEBC) e dalla Banca centrale europea (la BCE). La Comunità (oggi l'Unione) ha invero competenza esclusiva nel settore della politica monetaria per gli Stati membri, la cui moneta è l'euro.

---

[15] Nei paragrafi 2 e 3 del citato articolo si precisa quanto segue: "Per 'azione comune' si intende l'insieme degli atti – interni e internazionali – normativi, amministrativi, finanziari e giudiziari, nonché i programmi e le raccomandazioni dell'Unione, che emanano dalle sue istituzioni e s'indirizzano o a queste ultime o agli Stati o agli individui"; "Per cooperazione si intendono gli impegni che gli Stati membri prendono nel quadro del Consiglio europeo (…)".

[16] Sottolinea che "una svolta e un impulso fondamentali al processo di integrazione europea furono impressi dal Trattato di Maastricht sull'Unione europea" U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 17. Nel senso che "**le** traité fait franchir un pas décisif à la construction européenne", dotando l'Europa di una "dimension politique", v. J. P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2012, VII ed., p. 9.

[17] Sulle profonde differenze esistenti fra i cosiddetti tre "pilastri" (il pilastro "comunitario", il pilastro della "cooperazione in politica estera" e quello della "giustizia e affari interni", si rinvia, anche per i richiami della dottrina, a P. Fois, *Presentazione del Convegno*, in P. Fois, R. Clerici (a cura di), *I caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 11 ss.

La spinta verso una maggiore integrazione anche politica, che con la decisione di dar vita ad un'unione economica e monetaria è stata indubbiamente data a Maastricht[18], va comunque valutata tenendo conto dei temperamenti che dallo stesso Trattato sono stati previsti. L'art. 109 K TCE consacrava infatti la distinzione fra gli Stati che avrebbero adottato la moneta unica (gli Stati membri "senza deroga") e quegli altri Stati (gli Stati membri "con deroga") che, non potendo, o non volendo, adottarla, non sono tenuti a rispettare le disposizioni indicate nel par. 3 di detto articolo. Si riteneva, quindi, del tutto compatibile con l'obiettivo, perseguito dal Trattato, di dar vita ad un'unione economica e monetaria diretta all'istituzione di una moneta unica, l'ammettere esplicitamente, nello stesso Trattato, che uno o più Stati membri potessero poi non aderire a detta unione[19].

L'ultimo aspetto da mettere qui in luce riguarda il ruolo che gli Stati membri hanno avuto nel definire i principi che sono stati concordati a Maastricht. Se un contributo di indubbio rilievo è stato dato dal Comitato presieduto da Jacques Delors, istituito nel 1988 per analizzare le modalità di una progressiva realizzazione dell'ipotizzata unione economica e monetaria[20], va d'altra parte tenuto presente che gli Stati membri, nell'ambito soprattutto del Consiglio europeo, non hanno mancato di seguire con la massima attenzione questo progetto. La decisione di istituire detto Comitato è stata presa dal Consiglio europeo di Hannover (giugno 1988), e l'andamento dei lavori dedicati all'unione economica e monetaria è stata oggetto delle conclusioni dei Consigli europei di Madrid (giugno 1989), Strasburgo (dicembre 1989), Maastricht (dicembre 1991): in quest'ultimo Vertice, in particolare, veniva preso atto dell'avvenuta definizione del testo del Trattato, ad opera della Conferenza intergovernativa convocata dal già richiamato Vertice di Strasburgo[21].

5. È diffuso il convincimento che gli sviluppi del processo di integrazione che si rilevano nel Trattato di Amsterdam siano risultati nel complesso alquanto modesti, soprattutto se raffrontati con quelli conseguiti con il Trattato di Maastricht. Nell'arco dei cinque anni che separano la firma dei due Trattati era invero poco probabile che si potessero conseguire altri risultati di notevole rilievo, anche perché i negoziati di revisione erano stati avviati soprattutto in considerazione di quanto espressamente previsto dall'art. N, par. 2, del TUE, nel testo firmato a Maastricht[22]. La limitata portata di tali sviluppi non esclude tuttavia, a nostro parere, l'esistenza

[18] "Maastricht portava alla più larga cessione di sovranità nazionale della storia da parte di Stati-nazione" (così M. Gilbert, *op. cit.*., p. 154).

[19] Col passare del tempo, all'iniziale convincimento che gli Stati membri avrebbero aderito alla moneta unica è seguita la realistica presa d'atto che il persistere della distinzione fra Stati "con" e "senza" deroga avrebbe reso necessario l'inserimento, nel Trattato, di specifiche disposizioni indirizzantisi esclusivamente agli Stati la cui moneta è l'euro. Sulla questione v. *infra*, par. 8.

[20] Il Comitato aveva in particolare sottolineato (*Report on economic and monetary union in the European Community*, del 17 aprile 1989) che la creazione di un'unione economica e monetaria avrebbe comportato "a step-by-step approach", con la previsione di tre successive fasi.

[21] Sul ruolo determinante svolto dal Consiglio europeo nei negoziati che hanno condotto alla firma del Trattato di Maastricht v. F. Pocar, C. Secchi, *op. cit*., p. 2. Particolarmente incisiva è risultata in proposito l'azione congiunta dei Presidenti Kohl e Mitterrand, come sottolinea M. Gilbert, *op. cit.*, pp. 172-173.

[22] Art. N, par. 2: "Una Conferenza dei Rappresentanti dei Governi degli Stati membri sarà convocata nel 1996 per esaminare, conformemente agli obiettivi stabiliti negli articoli A e B delle disposizioni comuni, le disposizioni del presente trattato per le quali è prevista una revisione".

di particolarità da valutare con la dovuta attenzione, avendo cura soprattutto di accertare se il processo di "comunitarizzazione" previsto dal Trattato di Amsterdam si sia tradotto in un netto e definitivo spostamento dal metodo intergovernativo a quello comunitario, attribuendo alle istituzioni della Comunità competenze prima esercitate dagli Stati membri. A prima vista, la risposta a tale domanda non potrebbe che essere affermativa: si tenga presente che in virtù della "disposizione passerella" di cui agli articoli 61 e 65 TCE, la cooperazione giudiziaria in materia civile è passata dal terzo al primo pilastro, con il trasferimento alle istituzioni dell'Unione della competenza a disciplinare detto settore e l'adozione di atti normativi comunitari che hanno sostituito le precedenti convenzioni internazionali fra gli Stati membri[23].

Se ben si osserva, tuttavia, l'avvenuto passaggio dall'intergovernativo al comunitario lascia aperta la questione del carattere definitivo o meno di tale passaggio. L'opinione di chi scrive è che non si tratti affatto di un passaggio definitivo: come verrà in seguito precisato, le indicazioni che si ricavano dal Trattato di Lisbona confermano una tesi che sui poteri degli Stati membri collettivamente considerati risultava già in precedenza chiaramente fondata[24].

Una seconda particolarità che contraddistingue gli sviluppi dell'integrazione europea che si rilevano nel Trattato di Amsterdam può cogliersi nell'"integrazione dell'*acquis* di Schengen" nell'ambito dell'Unione europea, oggetto di un Protocollo allegato al TUE e al TCE. L'incorporazione nel quadro dell'Unione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 e della Convenzione di applicazione del 19 giugno 1990 è stata ampiamente commentata dalla dottrina, concorde nel sottolineare che le questioni prima regolate dai due accordi suindicati risultavano, per effetto di questa decisione, incorporate nel diritto dell'Unione[25]. Se questa conclusione è sicuramente da condividere, va comunque rilevato che rispetto a un settore così fondamentale come quello della libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione il principio dell'integrazione dell'*acquis* di Schengen non sarebbe stato applicabile a tre Stati membri (Danimarca, Irlanda, Regno Unito), che sarebbero quindi risultati estranei, in linea di principio, al nuovo sistema instaurato dal citato Protocollo.

La terza innovazione introdotta dal Trattato di Amsterdam che conviene valutare sotto il profilo dei limiti posti al processo di integrazione riguarda il meccanismo della cooperazione rafforzata, oggetto degli articoli 43-44 TUE e art. 11 TCE[26].

---

[23] Fra i numerosi contributi dottrinali al riguardo si rinvia a S. Bariatti, *La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al titolo IV del Trattato CE*, in A. Tizzano (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, p. 251 ss.; L. Fumagalli, *La comunitarizzazione della disciplina dell'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile,* in P. Fois, R. Clerici (a cura di), *op. cit*., p. 113 ss.; R. Luzzatto, *Riflessioni sulla comunitarizzazione del diritto internazionale privato*, in G. Venturini, S. Bariatti (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, 2009, p. 613 ss.

[24] In proposito si rinvia, anche per le indicazioni bibliografiche, al nostro scritto *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale. Perplessità circa il carattere "definitivo" del trasferimento di competenze dagli Stati membri alla Comunità*, in G. Venturini, S. Bariatti (a cura di), *op. cit*., spec. p. 353 ss.

[25] In questo senso il citato Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen nell'ambito dell'Unione europea, par. 1.

[26] Definisce la cooperazione rafforzata "une révolution copernicienne dans l'histoire de l'intégration européenne" V. Costantinesco, *Les clauses de "coopération renforcée". Le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997,

Come in un precedente scritto abbiamo tenuto ad evidenziare[27], se l'autorizzazione a ricorrere alla cooperazione rafforzata dipende essenzialmente da una decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata (e non all'unanimità) su proposta della Commissione[28], va anche tenuto presente che con questo meccanismo la decisione a maggioranza (e quindi anche contro la volontà di uno o più Stati membri dissenzienti), può certo rendere possibile che il processo di integrazione si sviluppi, ma con il rischio di contrapposizioni anche profonde fra gli Stati che intendono cooperare e quelli che a una data cooperazione rafforzata si oppongono[29].

Gli sviluppi del tipo ora evidenziato sono a ben guardare da mettere in relazione con la volontà degli Stati membri, che anche nell'elaborazione del testo del Trattato di Amsterdam è risultata decisiva. Come è stato sottolineato[30], i Consigli europei succeduti a quello di Corfù del 24-25 giugno 1994 (in particolare, quelli di Cannes del giugno 1995; di Madrid del dicembre dello stesso anno; di Torino del marzo 1996) hanno definito i principi ispiratori del futuro Trattato e provveduto alla convocazione della Conferenza intergovernativa chiamata ad elaborarne il testo. Quanto alle istituzioni comunitarie, il loro contributo non è andato oltre la formulazione di rapporti indirizzati al "Gruppo di riflessione" istituito dal Consiglio europeo di Corfù e dei pareri della Commissione e del Parlamento europeo, dopo l'avvio ufficiale della procedura di revisione[31].

6. Le innovazioni più significative contenute nel Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001 vengono concordemente individuate nelle decisioni relative alle riforme istituzionali, lascate in parte irrisolte dal Trattato di Amsterdam. Sull'esigenza di tali riforme, rese necessarie ed urgenti dall'allora prossimo allargamento dell'Unione a numerosi Stati dell'Europa dell'Est e del Mediterraneo, si pronuncia esplicitamente lo stesso Preambolo del Trattato, in cui gli Stati contraenti si dichiarano "desiderosi di completare il processo avviato dal Trattato di Amsterdam, volto a preparare il funzionamento delle istituzioni dell'Unione europea in un'Europa allargata (…)". In particolare, le riforme concordate a Nizza hanno riguardato la composizione della Commissione europea (oggetto dell'art. 4 del Protocollo sull'allargamento dell'Unione europea, allegato al Trattato), la ponderazione dei voti e la maggioranza qualificata in seno al Consiglio.

Nell'ottica della presente indagine, è da evidenziare la sostanziale corrispondenza fra tali riforme e le conclusioni del Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999, che nel decidere di convocare all'inizio del 2000 una Conferenza intergovernativa "per risolvere prima dell'allargamento le questioni istituzionali lasciate in sospeso nel Trattato di Amsterdam", precisava che il mandato alla

p. 752. Sulle pressioni esercitate da Kohl e Mitterrand perché nel trattato venissero previsti meccanismi di cooperazione rafforzata v. A. Tizzano, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 28.

27 P. Fois, *Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, spec. p. 30 ss.

28 Art. 11, par. 2, co. 1, TCE. Nel co. 2 si precisa peraltro quando la decisione del Consiglio, riunito nella composizione di capi di Stato o di Governo, richiede l'unanimità.

29 Trattasi evidentemente soprattutto di contrapposizioni sul piano politico, che i limiti di natura giuridica posti dal Trattato di Amsterdam al ricorso a questa forma di cooperazione non potrebbero escludere.

30 In tema v. A. Tizzano, *Il Trattato di Amsterdam*, cit. p. 8 ss.

31 *Ivi*, pp. 9-10.

Conferenza avrebbe riguardato anche: la composizione della Commissione europea, la ponderazione dei voti, l'estensione delle votazioni a maggioranza qualificata in sede di Consiglio.

L'altra innovazione di particolare rilievo decisa a Nizza è sicuramente la proclamazione congiunta della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da parte dei Presidenti del Consiglio, del Parlamento europeo e della Commissione, il 7 dicembre 2001. Anche se soltanto qualche anno più tardi, con la riforma di Lisbona, alla Carta verrà riconosciuto "lo stesso valore giuridico dei Trattati", non si può non convenire sull'importanza che il documento proclamato a Nizza riveste nell'ambito di un processo che avrebbe condotto all'evoluzione dell'originaria Comunità economica in un'Unione fondata sulla tutela dei diritti fondamentali della persona umana[32]. Anche per quanto riguarda l'*iter* seguito per la proclamazione della Carta il ruolo svolto dagli Stati membri, in seno al Consiglio europeo, è risultato di particolare rilievo. Nelle conclusioni del già citato Vertice di Colonia del giugno 1999 il Consiglio europeo, dopo aver affermato che "allo stato attuale dello sviluppo dell'Unione" è necessario elaborare una Carta dei diritti fondamentali, giungeva infatti a delineare la composizione dell'organo (la cosiddetta "Convenzione europea") che avrebbe dovuto elaborare il progetto della Carta, mentre a Nizza il successivo Consiglio europeo teneva ad esprimere il proprio "compiacimento" per l'avvenuta proclamazione della Carta.

7. Una valutazione delle modifiche previste dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, non potrebbe evidentemente prescindere da due aspetti. Da un lato, gli sviluppi del processo di integrazione che in detto Trattato si rilevano sono soltanto sviluppi "virtuali", non essendo come è noto lo stesso mai entrato in vigore; dall'altro lato, molti di questi sviluppi si ritrovano nel successivo Trattato di Lisbona, e saranno quindi valutati nel paragrafo che segue. Converrà pertanto qui limitarsi a considerare quegli sviluppi "virtuali" più significativi che non si ritrovano nel Trattato di Lisbona e che avrebbero potuto verificarsi qualora la "Costituzione europea" fosse entrata in vigore. Secondo una parte della dottrina, un primo sviluppo sarebbe stato da individuare nella transizione da un'unione regolata dal diritto internazionale ad un'unione costituzionale. Del tutto irrilevante, a questo fine, sarebbero risultati sia il fatto che il Trattato-costituzione restava sempre un trattato, sia la circostanza che le competenze conferite dagli Stati all'Unione erano comunque "di attribuzione"[33].

La tesi della trasformazione della preesistente Unione europea in un'Unione costituzionale è stata rigettata da numerosi altri autori, i quali hanno rilevato l'esistenza, nel Trattato firmato a Roma il 29 ottobre 2004, di una serie di elementi che rendono palese "la preminenza degli Stati sull'Unione, come è tipico delle unioni internazionali"[34]. Si è peraltro riconosciuto che l'incorporazione (con qualche

[32] A questo riguardo v. F. Benoît-Rohmer, *Les droits de l'homme dans l'Union européenne. De Rome* à *Nice*, in L. S. Rossi (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 19 ss.

[33] In questo senso v. F. Sorrentino, *Intervento* alla Tavola rotonda su *"la "Costituzione" europea e la natura delle sue norme*, in P. Fois, R. Clerici (a cura di), *op. cit*., p. 173.

[34] V. a riguardo V. Starace, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, pp. 11-14. Sostanzialmente nello stesso senso

leggera modifica) nel testo del Trattato (parte II, articoli da II-61 a II-114) della già ricordata Carta dei diritti fondamentali, avrebbe favorito "la formazione di una coscienza comune e di omogeneità politica tra i cittadini degli Stati membri", costituendo quindi "un fattore di coesione assai importante, se non decisivo, per il sorgere di un'unione costituzionale"[35].

Un ulteriore sviluppo, sempre virtuale, del processo di integrazione si sarebbe potuto avere con l'entrata in vigore dell'art. I-6 del Trattato costituzionale, secondo cui "la Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a queste attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri". Si tratta infatti, come è stato sottolineato, di "un principio proprio di tutte le costituzioni federali (…)"[36]. L'art. I-6 (art. I-10, co. 1, nel testo votato dalla Convenzione europea il 13 giugno 2003) era stato adottato con la sola riserva del Regno Unito: dietro sua richiesta, era stata allegata al Trattato costituzionale una "Dichiarazione della Conferenza relativa all'art. I-6"[37], nella quale ci si limitava a "constatare" che "l'art. I-6 rispecchia la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia delle Comunità europee e del Tribunale di primo grado".

Passando a valutare il ruolo ricoperto dagli Stati membri nella definizione del testo del Trattato firmato a Roma il 29 ottobre 2004, si è a prima vista indotti a ritenere che tale ruolo sia risultato, nell'insieme, meno incisivo di quello registrato nei precedenti Trattati di revisione. Il Trattato-costituzione è risultato infatti in massima parte opera non già di una Conferenza intergovernativa, ma di una Convenzione europea in prevalenza composta da personalità politiche e da esperti che vi hanno partecipato a titolo individuale. Un più attento esame, tuttavia, mostra chiaramente come anche questa volta siano stati i Paesi membri a decidere di orientare verso una "costituzionalizzazione" del Trattato le riforme da essi stessi previste ed a stabilire che una "Convenzione europea" composta come sopra accennato sarebbe risultata lo strumento più appropriato per raggiungere questo obiettivo. Particolarmente indicativa in questo senso è la "Dichiarazione sul futuro dell'Unione europea", adottata dal Consiglio europeo di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001: una Dichiarazione in cui non solo si istituisce la Convenzione, con il compito di affrontare le questioni essenziali per il futuro dell'Unione, assicurando così una preparazione quanto più ampia e trasparente possibile della successiva Conferenza intergovernativa[38], ma si

v. E. Triggiani, *Un trattato per la futura "Unità europea*", in E. Triggiani (a cura di), *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Bari, 2004, p. 9 ss. V. altresì L. Daniele, *op. cit.*, p. 32.

[35] V. Starace, *op. cit*., p. 18. Include l'incorporazione della Carta nel Trattato fra "gli enormi passi in avanti percorsi dal punto di partenza di tipo internazionalistico" E. Triggiani, *op. cit.*, p. 15 ss.

[36] Così F. Sorrentino, *op. cit*., p. 174. La considera una novità che avrebbe avvicinato il nuovo Trattato "a una vera e propria costituzione" L. Daniele, *op. cit.*, p. 35.

[37] Nel Trattato di Lisbona, che non contiene alcuna disposizione sul principio del primato, un richiamo a questo principio come concepito dalla Corte di giustizia figura nella Dichiarazione n. 17: "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".

[38] Così la Dichiarazione di Laeken, al punto III.

giunge altresì a formulare un preciso elenco dei singoli temi che la Convenzione avrebbe dovuto affrontare[39].

Il testo del "Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa", adottato dalla Convenzione il 13 giugno 2003, dopo circa 15 mesi di intensi lavori, veniva poi giudicato dal Consiglio europeo di Salonicco (19-20 giugno 2003) "una buona base su cui avviare la conferenza intergovernativa". Lo stesso Consiglio ravvisava comunque la necessità di "alcuni lavori di carattere meramente tecnico per quanto riguarda la formulazione della parte III", giungendo a fissare un termine (il 15 luglio) entro il quale detti lavori avrebbero dovuto concludersi. Nel corso di due successive sessioni plenarie la Convenzione procedeva a modificare il Progetto nel senso raccomandato dal Consiglio europeo, consegnando il testo definitivamente messo a punto al Presidente *pro tempore* del Consiglio europeo il 18 luglio 2003[40]. Sempre il Consiglio europeo, nella riunione di Bruxelles del 17 e 18 giugno 2004, approvava quindi il testo del Trattato, messo definitivamente a punto dalla Conferenza intergovernativa.

8. Una valutazione degli sviluppi del processo di integrazione resi possibili dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, non potrebbe prescindere dalle conclusioni raggiunte dal Consiglio europeo di Bruxelles del 21 e 22 giugno 2007. Conclusioni in cui, da un lato, si conveniva di convocare una Conferenza intergovernativa, chiamata a concludere i lavori "in ogni caso entro il 2007"; dall'altro, si assegnava a detta Conferenza un mandato particolarmente dettagliato (articolato in "osservazioni generali", "modifiche al Trattato sull'UE", "modifiche al Trattato CE", "Protocolli e Trattato Euratom"). Lo stesso Consiglio europeo definiva tale mandato "il quadro esclusivo dei lavori della CIG", che avrebbe operato "sotto la responsabilità" dei capi di Stato o di governo.

Il testo del Trattato firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 rispecchia fedelmente le indicazioni del Consiglio europeo, riproducendo quelle parti del Trattato costituzionale condivise dagli Stati membri[41]. Non tutte le innovazioni introdotte, comunque, comportano sviluppi più o meno significativi del processo di integrazione[42]. Gli articoli da 2 a 6 del TFUE, che indicano i settori nei quali l'Unione ha,

---

[39] Nell'interrogarsi circa la possibile "via verso una costituzione per i cittadini europei" la Dichiarazione giunge a chiedersi se la semplificazione e il riordino dei Trattati "non debbano portare, a termine, all'adozione nell'Unione di un testo costituzionale".

[40] Cfr. C. Curti Gialdino, *Introduzione*, in *Una Costituzione per la nuova Europa*, Milano, 2003, p. 13.

[41] La circostanza che già prima del Consiglio europeo del giugno 2007 fosse stato "implicitamente deciso che non si doveva scrivere un nuovo Trattato, ma si doveva tradurre il Trattato costituzionale in un'altra forma" (così J. Ziller, *Dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa al Trattato di Lisbona*, in P. Bilancia, M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 32) non esclude infatti, come viene espressamente riconosciuto, l'esistenza di differenze anche sensibili tra i due Trattati (*ivi*, p. 55 ss.).

[42] Sotto questo profilo, particolari problemi si pongono: a) per l'inserimento, nel Trattato di Lisbona, di una serie di disposizioni che si indirizzano agli Stati membri la cui moneta è l'euro (segnatamente: gli articoli 136, 137 e 138 TFUE; il Protocollo n. 14 sull'Eurogruppo); b) per gli accordi internazionali e gli atti di diritto derivato resi necessari dalla crisi economica e finanziaria degli ultimi anni (v. in proposito G. L. Tosato, *L'Unione economica e monetaria: evoluzione e criticità legali*, in A. Tizzano, *Verso i 60 anni*, cit., p. 223 ss.). Se è indubbio che da questo complesso di norme deriva il conferimento di ulteriori competenze alle istituzioni dell'Unione, in particolare alla Banca centrale europea, non è

rispettivamente, competenza esclusiva (art. 3), concorrente (art. 4), di sostegno (art. 6), sono disposizioni che non attribuiscono all'Unione nuove competenze, limitandosi a confermare e a precisare una distinzione fra le stesse che già risultava in larga parte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia[43]. Per contro, nel senso di uno sviluppo del processo di integrazione vanno le disposizioni contenute nel nuovo titolo II del TUE ("Disposizioni relative ai principi democratici"). Sono da evidenziare: una chiara distinzione fra "democrazia rappresentativa" (art. 10, paragrafi 1 e 2) e "democrazia partecipativa" (art. 11); una più netta affermazione del principio di prossimità (art. 10, par. 3); un rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali nel buon funzionamento dell'Unione (art. 12)[44].

Uno sviluppo particolarmente significativo si potrebbe, da ultimo, intravedere nell'inclusione del Consiglio europeo fra le istituzioni dell'Unione (art. 13 TUE)[45]. Da tale inclusione conseguirebbe, invero, uno spostamento dal "metodo intergovernativo" al "metodo comunitario": rientrando le decisioni del Consiglio europeo fra gli atti del diritto dell'Unione, gli stessi sarebbero soggetti al principio delle competenze di attribuzione, e verrebbero quindi sottoposti al controllo di legittimità da parte della Corte di giustizia. È questa, a nostro parere, un'opinione difficilmente condivisibile. Se, da un lato, va sicuramente preso atto della modifica di cui al citato art. 13 TUE, non si può, d'altro lato, passare sotto silenzio il fatto che l'istituzione "Consiglio europeo" presenta profonde anomalie rispetto alle altre istituzioni politiche dell'Unione. Come in un precedente scritto abbiamo tenuto a sottolineare[46], se taluni specifici atti del Consiglio europeo – quelli destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi – ricadono sotto il controllo della Corte, sfuggono invece a tale controllo le funzioni di impulso e di definizione degli orientamenti e delle priorità politiche[47]. Sono queste, a ben vedere, le funzioni che rappresentano, e che hanno rappresentato[48], la vera ragion d'essere del Consiglio europeo, che nessun'al-

affatto certo che in un futuro relativamente prossimo tutto ciò possa tradursi in uno sviluppo del processo di integrazione per l'intera Unione, comportando anzi le nuove norme ora richiamate una crescente differenziazione fra gli Stati "senza deroga" e "con deroga".

43 G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, p. 134 ss.

44 Si tratta di principi il cui inserimento nei Trattati era stato vivamente auspicato dal già ricordato Consiglio europeo di Laeken, in cui si sottolinea come dai cittadini si ritenga che troppe decisioni sono prese "senza che essi abbiano voce in capitolo", chiedendo "un migliore controllo democratico". Secondo il "mandato" del Consiglio europeo di Bruxelles del giugno 2007, il "nuovo titolo II conterrà le disposizioni contenute in sede di CIG del 2004 riguardanti l'uguaglianza democratica, la democrazia rappresentativa, la democrazia partecipativa".

45 Nel senso di una "trasformazione del Consiglio europeo in un'istituzione vera e propria" v. L. Daniele, *op. cit*., p. 34. V. altresì R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, p. 60 ss.

46 P. Fois, *Il Consiglio europeo*, in F. Preite (diretto da), *Trattato notarile*, 3 *(Diritto comunitario)*, Torino, 2011, p. 233 ss.

47 Art. 15, par. 1 TUE: "Il Consiglio europeo dà all'unione gli impulsi necessari al suo sviluppo e ne definisce le gli orientamenti e le priorità politiche generali (…)". A questo riguardo v. D. Chalmers, G. Davies, G. Monti, *European Union Law*, Cambridge, 2010, II ed., p. 77: "This role of agenda-setting transcends the formal Treaty structures and takes place in fields that fall outside formal EU competence".

48 Si tratta, per la precisione, di una funzione esercitata dai "Vertici" europei ancora prima che agli stessi, nel 1974, venisse data la denominazione di "Consigli europei". In proposito si rinvia al nostro già richiamato studio, *Le conferenze al vertice*, cit.

tra istituzione dell'Unione esercita[49]: il testo dell'art. 15, par. 1, TUE, che tali funzioni prevede, corrisponde infatti a quello dell'art. 4 TUE, nella versione concordata a Nizza, quando il Consiglio europeo non veniva ancora incluso fra le istituzioni dell'Unione. Anche la prassi, del resto, va nel senso da noi sostenuto. Nelle "conclusioni" dei più recenti Consigli europei, ad esempio, si ritrovano espressioni che non si discostano da quelle utilizzate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: il Consiglio europeo "invita", "chiede", "sollecita" istituzioni e organi dell'Unione ad adottare provvedimenti aventi un contenuto ben definito, non senza indicare, a volte, una data entro la quale questi provvedimenti dovrebbero essere adottati.

Una valutazione del Trattato di Lisbona dal punto di vista della presente indagine non potrebbe ignorare un'ulteriore particolarità che lo stesso presenta per quanto attiene agli sviluppi del processo di integrazione. Più delle precedenti riforme, quella realizzata con il Trattato firmato nella capitale portoghese si contraddistingue per la previsione di due disposizioni che, lungi dal promuovere sviluppi, possono risolversi in una battuta d'arresto rispetto ai livelli precedentemente raggiunti, mettendo in discussione il fondamentale principio del carattere definitivo del trasferimento di competenze dagli Stati membri all'Unione europea.

La prima disposizione è quella relativa al diritto di recesso, ora esplicitamente riconosciuto nell'art. 50 TUE: la norma figurava già nel Trattato costituzionale (art. I-60), ed era stata oggetto di vivaci critiche, giudicandosi poco coerente con le finalità che ispiravano una riforma "costituzionale" l'esplicito riconoscimento ad uno Stato membro della facoltà di recedere dall'Unione, interrompendo così unilateralmente un vincolo che in precedenza veniva ritenuto definitivo sotto il profilo giuridico[50]. Con la seconda disposizione (l'art. 48 TUE), la riforma di Lisbona compiva un ulteriore passo nel senso della non irrevocabilità delle competenze già "trasferite" dagli Stati membri all'Unione. Il par. 2 dell'articolo ora citato, relativo alla procedura di revisione, stabilisce infatti che i progetti intesi a modificare i Trattati "possono tra l'altro essere intesi ad accrescere, o a ridurre, le competenze attribuite all'Unione nei Trattati". La norma in discorso, che non figurava nel Trattato costituzionale[51], è chiaramente indicativa del fatto che per gli Stati membri i Trattati istitutivi non precludono in alcun modo, sul piano giuridico, il potere di sottrarre all'Unione competenze già trasferite, e ciò in evidente contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia[52].

---

[49] J. P. Jacqué, *op. cit*., p. 37, mette in risalto "le rôle irremplaçable du Conseil européen tant par les initiatives qu'il prend que par les orientations qu'il donne à l'action des institutions".

[50] Come è stato sottolineato è tuttavia scontato che "in the past, in the case when a Member State would have wanted to withdraw from the EU, it would have impossible, in practice, for the other Member States to oppose this political will" (così J.-C. Piris, *The Lisbon Treaty. A Legal and Political Analysis*, Cambridge, 2010, p. 110).

[51] La già richiamata Dichiarazione di Laeken si pronunciava invece nel senso che una migliore ripartizione e definizione delle competenze dell'Unione europea "può implicare tanto *la riattribuzione di taluni compiti agli Stati membri* quanto l'attribuzione all'Unione di nuove missioni (…)". Enfasi aggiunta.

[52] Nella già citata sentenza *Costa* c. *ENEL* la Corte aveva affermato che "il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, di diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una *limitazione definitiva* dei loro diritti sovrani". Questa affermazione era stata ribadita nella successiva sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*: secondo i giudici di Lussemburgo, "il riconoscere una qualsiasi efficacia giuridica ad atti legislativi nazionali che invadano la sfera nella quale si esplica il potere legislativo della Comunità (…) equivarrebbe (infatti)

9. Passando ad analizzare gli sviluppi del processo di integrazione riconducibile all'azione delle istituzioni comunitarie (oggi dell'Unione), conviene tenere distinti, da un lato, l'apporto dato dalla Corte di giustizia e, dall'altro, quello riconducibile al Parlamento europeo ed alla Commissione. Va ricordata, a questo riguardo, l'autorevole opinione di Antonio Tizzano, secondo cui "nessuna altra istituzione comunitaria" ha svolto, "come la Corte di giustizia, un'azione così incisiva e determinante (…) nell'imprimere una straordinaria accelerazione" all'evoluzione del sistema comunitario, indirizzandola "in direzione del rafforzamento del processo di integrazione"[53].

Attraverso la giurisprudenza della Corte, invero, sono stati raggiunti risultati che vanno ben oltre quelli che sono derivati dall'azione del Parlamento e della Commissione. Come generalmente riconosciuto, con le loro sentenze i giudici di Lussemburgo hanno definito principi che hanno rango di diritto primario; quando, in un successivo momento, taluni di questi principi sono stati espressamente riformulati nei Trattati, gli stessi hanno conservato lo stesso rango, che non potrebbe invece essere riconosciuto agli atti normativi adottati dal Parlamento e dal Consiglio[54]. Sviluppi significativi possono riscontrarsi in quella giurisprudenza c.d. "pretoria" che ha individuato una serie di principi generali di diritto dell'Unione non desumibili da specifiche disposizioni dei Trattati: fra quelli più frequentemente citati, il principio della certezza del diritto[55], quello del legittimo affidamento[56], il principio di proporzionalità[57] e la tutela dei diritti fondamentali[58].

Ai fini della presente indagine, l'aspetto da evidenziare riguarda il diverso rapporto esistente fra i singoli principi e le disposizioni dei Trattati: mentre quelli della certezza del diritto e del legittimo affidamento trovano riconoscimento unicamente nella giurisprudenza della Corte, il principio di proporzionalità e la tutela dei diritti fondamentali, parimenti di origine pretoria, sono stati espressamente riformulati nel testo dei Trattati, a partire dal Trattato di Maastricht (art. 5, par. 4, TUE per il principio di proporzionalità; art. F, par. 2, TUE per i diritti fondamentali)[59]. Gli Stati membri hanno cioè convenuto che i principi affermati dalla Corte dovessero formare

---

a negare, sotto questo aspetto, il carattere reale di impegni incondizionatamente e irrevocabilmente assunti, in forza del Trattato, dagli Stati membri, mettendo in pericolo le basi stesse della Comunità".

53 A. Tizzano, *Ruolo e prospettive del giudice comunitario dopo il Trattato di Lisbona*, in M. C. Baruffi (a cura di), *op. cit*., p. 3.

54 V. *infra*, par. 10.

55 Per la giurisprudenza iniziale v. le sentenze del 21 settembre 1983, cause riunite da 205 a 215/82, *Deutsche Milkkontor*, punto 30; e del 22 febbraio 1984, causa 70/83, *Kloppenburg*, punto 11.

56 Per la giurisprudenza iniziale v. le sentenze: 3 maggio 1978, causa 112/77, *Topfer*, punti 18-19; 26 aprile 1988, causa 316/86, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, punto 22.

57 Per la giurisprudenza iniziale v. le sentenze del 20 febbraio 1979, causa 122/78, *Buitoni*, punto 16; e dell'8 marzo 1988, causa 296/86, *Mc Nicholl*, punto 17.

58 Per la giurisprudenza iniziale v. le sentenze del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelgesellschaft*, punti 3-4; e del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, punto 13. Sull'aspetto positivo del "sistema di tutela dei diritti, che ha dato all'Unione l'effettiva connotazione di una Comunità di diritto", v. di recente G. Tesauro, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali e il parere negativo sull'adesione alla CEDU*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni*, cit., p. 93 ss.

59 Va altresì ricordato che la già richiamata Carta di diritti fondamentali dell'Unione europea, come sottolineato nel Preambolo, persegue l'obiettivo di rafforzare la tutela dei diritti fondamentali "*rendendo tali diritti più visibili in una Carta*". Enfasi aggiunta.

oggetto di un'espressa e solenne menzione nei Trattati, condividendo la positiva incidenza esercitata dalle pronunce ora ricordate sul processo di integrazione europea.

Il rilievo che le suddette sentenze hanno nell'ambito del processo di integrazione non potrebbe comunque sminuire la particolare importanza che deve riconoscersi ad un'altra fondamentale questione oggetto delle sentenze della Corte, quella relativa alla natura del diritto comunitario ed ai suoi rapporti con il diritto interno. Rivendicando, con le note sentenze *van Gend en Loos* e – soprattutto – *Costa* c. *ENEL*, l'autonomia e l'originalità del diritto comunitario (oggi dell'Unione), contrassegnato dai principi del primato e dell'applicabilità diretta[60], la Corte ha infatti posto le premesse per la sua successiva giurisprudenza, che dall'autonomia e originalità del diritto comunitario e dei Trattati istitutivi direttamente discendono. In un recente convegno (maggio 2015), l'attuale Presidente della Corte di giustizia, Koen Lenaerts, ha espresso la sua convinta adesione al punto di vista in precedenza espresso da Robert Lecourt (parimenti Presidente della Corte)[61], secondo il quale senza le sentenze *van Gend en Loos* e *Costa* c. *ENEL* il Trattato di Roma sarebbe stato "un simple traité de commerce comme il en est tant"[62]. Lo stesso Lenaerts sottolineava che, gradualmente, si è verificato "un renforcement de l'autonomie du droit de l'Union"; un'autonomia che – è quasi superfluo precisarlo – la Corte non ha mancato di rivendicare con particolare insistenza in tutta la sua giurisprudenza[63].

È indubbio che queste sentenze rivestono un particolare rilievo quando si tratti di valutare gli sviluppi del processo di integrazione europea. Conviene tuttavia precisare che ciò vale unicamente per quel che riguarda il rapporto fra il diritto dell'Unione e il diritto interno degli Stati membri: i principi del primato e dell'applicabilità diretta, come formulati dalla Corte di giustizia, caratterizzano il diritto dell'Unione e non trovano rispondenza, se non in una limitata misura, nel diritto della generalità delle organizzazioni internazionali[64]. Da evidenziare, a nostro parere, è piuttosto il fatto che gli Stati membri, nelle pronunce dei giudici interni, si sono gradualmente allineati alla giurisprudenza della Corte. Una diversa indicazione non potrebbe essere tratta dal mancato inserimento, nel testo firmato a Lisbona, del già richiamato art. I-6 del Trattato costituzionale[65]: una scelta, questa, dettata a ben guardare dalla volontà di sopprimere nella nuova versione tutte quelle norme che potessero accreditare la tesi di una svolta federalista.

---

60 L'affermazione del principio del primato del diritto comunitario è stata ritenuta da J. Boulouis, R. M. Chevallier, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, 1, Paris 1994, p. 141 ss., "la solution déduite par la Cour de la logique propre de l'ordre juridique communautaire".

61 K. Lenaerts, *L'évolution du cadre juridique institutionnel de l'Union européenne*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni*, cit., p. 5 ss.

62 R. Lecourt, *Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964?*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 349.

63 V., da ultimo, il parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, 2/13, punto 157. Sul bilanciamento fra il principio del primato e la tutela dei diritti fondamentali, v. comunque la giurisprudenza riportata da M. Orlandi, *L'evoluzione del primato del diritto dell'Unione europea*, Torino, 2012, p. 84 ss.

64 Su questo aspetto si rinvia al nostro scritto *L'Unione europea è ancora un'organizzazione internazionale*?, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, spec. p. 389 ss.

65 "La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri".

Va rigettata, per contro, l'opinione che la totalità degli sviluppi promossi dalla Corte con la sua giurisprudenza siano stati condivisi dagli Stati membri: in particolare, per quel che riguarda la natura dei Trattati istitutivi, che fin dalla sentenza *Costa* c. *ENEL* la Corte di giustizia considera diversi dai "trattati ordinari", qualificandoli successivamente "la Carta costituzionale di una Comunità di diritto"[66]. I già citati articoli 48 (procedura di revisione) e 50 (diritto di recesso) sono un segnale inequivocabile dell'unanime convincimento degli Stati membri circa l'applicabilità ai Trattati istitutivi dei principi del diritto dei trattati, secondo la Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969.

10. Anche se, come in precedenza accennato, l'apporto allo sviluppo del processo di integrazione dato dalla Commissione e dal Parlamento si rivela meno rilevante di quello della Corte di giustizia, un'attenta valutazione di tale apporto riveste un particolare interesse nell'ambito della presente indagine, permettendo di meglio evidenziare lo specifico ruolo svolto dagli Stati membri. Relativamente all'apporto della Commissione, nella presente indagine l'accento va posto sul suo potere di iniziativa, esercitato sia sul piano dell'attività legislativa dell'Unione, sia, più genericamente, per favorire la progressiva definizione di nuove politiche.

Sul potere di iniziativa esercitato a norma dell'art. 17, par. 2, TUE si ritornerà fra breve[67]; per il momento, conviene concentrarsi brevemente sull'importanza delle numerose "comunicazioni" (fra le quali spiccano i cosiddetti "libri bianchi") che fin dai primi anni della sua attività la Commissione ha indirizzato agli Stati membri. Molte di queste comunicazioni si sono tradotte, almeno in parte, nell'adozione di atti politici e normativi visibilmente ispirati agli obiettivi raccomandati dalla Commissione[68]. Una innegabile incidenza sul processo di integrazione va altresì riconosciuta ad alcuni "accordi interistituzionali" conclusi da Commissione, Parlamento e Consiglio senza che, per un certo tempo, essi abbiano formato oggetto, nei Trattati istitutivi, di una disposizione espressa[69]. Una specifica menzione, nell'ottica della presente indagine, va riservata alla Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, adottata a Lussemburgo il 3 aprile 1977: trattasi di un atto in cui si sottolinea "l'importanza essenziale" del rispetto dei diritti fondamentali, e questo con un esplicito richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, giurisprudenza, come si è in precedenza rilevato[70], di poco anteriore alla Dichiarazione[71]. Alcuni anni più tardi, con il Trattato di Maastricht,

66 Così il noto parere del 14 dicembre 1991, 1/91, punto 21.

67 Art. 17, par. 2, TUE: "Un atto legislativo dell'Unione può essere esercitato solo su proposta della Commissione, salvo che i trattati non dispongano diversamente (…)".

68 Fra le "comunicazioni" di maggior rilievo, con particolare frequenza è stato richiamato il libro bianco della Commissione (allora presieduta da Jacques Delors), del 14 giugno 1985, sul completamento del mercato interno, COM(85)310 def., presentato al Consiglio europeo di Milano del giugno 1985 ed "accolto favorevolmente" da quest'ultimo.

69 Su tali accordi, oggi espressamente previsti dal Trattato di Lisbona (art. 295 TFUE), v. U. Villani, *op. cit*., spec. p. 315 ss.

70 *Supra*, par. 9.

71 Va altresì rilevato che solo alcuni anni dopo, con il Trattato di Maastricht, ai diritti fondamentali sarebbe stata dedicata un'esplicita menzione (art. F, par. 2 TUE).

il rispetto dei diritti fondamentali figurerà (art. F, par. 2 TUE) fra in principi su cui l'Unione europea è fondata.

Commissione, Parlamento e Consiglio hanno insieme offerto un importante contributo allo sviluppo del processo di integrazione dando attuazione al principio dei "poteri impliciti", di cui all'art. 235 TCEE (oggi, art. 352 TFUE). Va comunque tenuto presente che anche a questo riguardo gli Stati membri hanno continuato a svolgere un importante ruolo: è infatti il Vertice di Parigi del 19 e 20 ottobre 1972 che ha richiamato l'attenzione delle istituzioni comunitarie sull'"opportunità di utilizzare nella misura più ampia possibile tutte le disposizioni dei trattati, compreso l'art. 235 del Trattato CEE". A seguito di quanto raccomandato dal Vertice, numerosi atti della Comunità hanno individuato nell'art. 235, che l'esercizio dei poteri impliciti disciplina, la loro base giuridica, avviando così politiche che il Trattato CEE non prevedeva espressamente. Possono ricordarsi al riguardo la risoluzione del Consiglio del 1975 sulla protezione del consumatore[72] e la direttiva del 1979 sulla conservazione degli uccelli selvatici[73]: ciò in considerazione del rilievo che i due atti rivestono nella progressiva definizione delle politiche dell'ambiente e di protezione del consumatore, politiche che alcuni anni dopo, rispettivamente con l'Atto unico europeo[74] e il Trattato di Maastricht[75], sarebbero rientrate fra quelle di competenza della Comunità[76].

11. Come accennato nelle pagine che precedono, l'indagine qui condotta si proponeva essenzialmente due obbiettivi: da un lato, accertare l'ampiezza degli sviluppi che il processo d'integrazione ha fatto registrare negli ultimi 60 anni; dall'altro, ricostruire i metodi, i procedimenti utilizzati per promuovere detti sviluppi.

Per quel che riguarda il primo aspetto, l'indagine ha sostanzialmente confermato le conclusioni raggiunte dalla prevalente dottrina: rispetto al Trattato CEE del 1957 le competenze trasferite dagli Stati membri hanno fatto registrare un costante aumento, e il progressivo allargamento dell'Unione a nuovi Paesi ha accentuato la tendenza verso la proliferazione di deroghe e di regimi sempre più differenziati. Quanto al rapporto fra il diritto dell'Unione e il diritto interno, questo si è sviluppato nel rispetto dei principi del primato e dell'applicabilità diretta.

Relativamente al secondo aspetto, l'indagine ha invece preso le distanze dal diffuso convincimento secondo cui gli sviluppi del processo di integrazione sarebbero dovuti principalmente all'attività delle istituzioni dell'Unione. Si è chiarito che, in realtà, la maggior parte degli sviluppi più significativi – nonché dei limiti posti a tali sviluppi – va ricondotta all'azione degli Stati membri, secondo una linea di sostanziale continuità che attraversa i 60 anni appena trascorsi: anche nei casi in cui la Commissione e il Parlamento hanno sicuramente contribuito allo sviluppo del pro-

[72] Risoluzione del Consiglio, del 14 aprile 1975, riguardante un programma preliminare della Comunità economica europea per una politica di protezione e di informazione del consumatore.

[73] Direttiva 79/409/CEE del Consiglio, del 2 aprile 1979.

[74] V. gli articoli da 130 R a 130 T TCEE.

[75] Art. 129 A TCEE.

[76] Quanto al contributo dato dal Parlamento europeo, un cenno particolare va fatto all'approvazione il 14 febbraio 1984, da parte dell'Assemblea di Strasburgo, del già ricordato "Trattato Spinelli": se gli sviluppi auspicati dal Parlamento fossero stati condivisi dagli Stati membri, il ruolo del Parlamento sarebbe risultato forse decisivo per il futuro dell'Europa.

cesso di integrazione, le scelte definitive sono state sempre prese dagli Stati membri[77], il cui ruolo nel funzionamento del meccanismo decisionale resta quindi determinante.

Ben più rilevante, per contro, è risultato il ruolo svolto dalla Corte di giustizia, tenuto conto dell'incidenza che la sua giurisprudenza ha avuto sul processo di integrazione, anche per la disponibilità mostrata dagli Stati membri a condividere – benché non integralmente, come si è avuto cura di sottolineare – le decisioni della Corte.

Alla luce di quanto precede, resta da chiedersi come debba valutarsi la tesi, in precedenza ricordata, secondo cui soltanto con la sollecita creazione di uno Stato federale l'Europa sarebbe in grado di risolvere i gravi problemi che le stanno oggi di fronte. Al giurista non spetta certo valutare se l'auspicata Federazione europea sia oggi realizzabile e si riveli capace di risolvere i problemi in questione; sicuramente gli compete, invece, stabilire se la scelta federalista sia o meno coerente con i principi che hanno costantemente guidato il processo di integrazione negli sviluppi registrati dal 1957 ad oggi[78]. L'indagine qui condotta potrebbe a nostro giudizio fornire molte utili indicazioni a questo riguardo.

Abstract

The European Integration Process from the Treaty of Rome to the Present Day. The Role Played by the Member States

On the occasion of the 60 years of the EEC Treaty, the development of the European integration process is here analyzed under a specific focus: the role of the Member States in the different periods of this process.

Far away from the widespread theory, according to which the development of the integration process depends on the action of the European institutions in accordance with the 'Community method', the present study argues that, in 60 years, the most important results have been achieved thanks to the impetus of the Member States. Often the States have developed this action inside the European Council, before and after its inclusion among the EU institutions with the Lisbon Treaty in 2007: in fact, this inclusion has not changed the intergovernmental nature of the action that the European Council has continuously conducted.

[77] Nel prendere le distanze dalla concezione "federalista", secondo la quale la cooperazione intergovernativa sarebbe "expression du mal absolu", J. P. Jacqué, *op. cit*., pp. 21 e 23, sottolinea che "c'est à travers le mécanisme du Conseil européen qu'ont pu être réalisés des progrès que l'on n'aurait pas jugés auparavant".

[78] Nel suo recente libro bianco, del 1° marzo 2017, sul futuro dell'Europa, COM(2017)2025 def., la Commissione europea ha incluso, fra le scelte possibili, lo "scenario" "Avanti così", che "prevede di proseguire nel percorso già tracciato". Uno scenario, questo, per la cui realizzazione la Commissione attribuisce grande importanza alle decisioni che verranno prese dagli Stati membri. Si tratta, a ben guardare, di uno scenario sostanzialmente condiviso dalla solenne Dichiarazione adottata a Roma il 25 marzo 2017, in cui "i leader dei 27 Stati membri e delle istituzioni dell'UE", se da un lato hanno manifestato la volontà di agire "congiuntamente, a ritmi e con intensità diversi se necessario", dall'altro si sono dichiarati determinati nel procedere comunque "nella stessa direzione, come abbiamo fatto in passato, in linea con i Trattati (…)".

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 267-288

Javier Carrascosa González*

Esclusione dell'applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III

Sommario: 1. Introduzione. Il regolamento Roma III ed il metodo delle norme di conflitto. – 2. Criteri di collegamento e legge regolatrice del divorzio. – 3. Casi di preclusione della legge regolatrice del divorzio e separazione personale. – 4. *Segue*: prima ipotesi. Art. 10 *in primis* RR-III: legge straniera che non prevede il divorzio. – 5. *Segue*: seconda ipotesi. Art. 10 *in fine* RR-III: divorzio discriminatorio fondato sul sesso. – 6. *Segue*: terza ipotesi. Art. 12 RR-III: ordine pubblico internazionale. – 7. Legge applicabile in caso di esclusione della legge regolatrice del divorzio. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Il regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, noto come "regolamento Roma III" contiene una serie di norme di conflitto che determinano la legge applicabile alla separazione personale e al divorzio[1].

* Professore di Diritto internazionale privato nell'Università di Murcia, Spagna. Ringrazio le dott.sse Lilia Zanelli e Umberta Pennaroli per l'aiuto prestato con la versione in lingua italiana di questo articolo.

[1] Gli studi sul regolamento Roma III (di seguito, anche RR-III) sono ormai numerosi. Si vedano, fra gli altri, V. Gaertner, *European Choice of Law Rules in Divorce (Rome III): An Examination of the Possible Connecting Factors in Divorce Matters against the Background of Private International Law Developments*, in *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 99-136; I. Perin Tomicic, *Private International Law Aspects of the Matrimonial Matters in the European Union - Jurisdiction, Recognition and Applicable Law*, in *Zbornik PFZ*, 2007, pp. 847-880; F. Pocar, *Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio*, in S. Bariatti (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, pp. 267-278; Id., *Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n. 2201/2003 en ce qui concerne la compétence du et la loi applicable au divorce*, in *Mélanges M. Revillard*, Issy-les-Molineaux, 2007, pp. 245-255; G. Biagioni, *Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione europea*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2010, pp. 16 ss.; F. Seatzu, J. Carrascosa, *La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento Roma III*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 49-78; M. C. Baruffi, *Il regolamento sulla legge aplicabile ai "divorzi europei*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 867-893; A. Leandro, *Art. 10 Regolamento Roma III*, in P. Franzina (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, 2011, pp. 1503-1509; Id., *Art. 12 Regolamento Roma III*, *ivi*, pp. 1512-1518; P. Franzina, *The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 December 2010*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, pp. 85-129; Id., *L'autonomia*

Il primo obiettivo del regolamento Roma III è quello di promuovere la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea, cioè "aumentare la mobilità dei cittadini" (15° 'considerando', RR-III). Invero, il fatto che le norme di conflitto di uno Stato membro siano norme "nazionali" può ostacolare la libera circolazione delle persone all'interno dell'Unione europea. Si prenda il caso di due coniugi, entrambi italiani, abitualmente residenti a Siviglia (Spagna). Nel 2009 il matrimonio attraversa una profonda crisi, a seguito della quale il marito pensa di presentare una domanda di divorzio. Proprio in quel momento, il marito riceve un'allettante proposta di lavoro a Milano, e considera la possibilità di trasferirsi in Italia. Se la domanda di divorzio fosse stata presentata davanti ai giudici spagnoli, la legge regolatrice del divorzio, sarebbe stata, ai sensi dell'art. 107, par. 2 del codice civile spagnolo in vigore nel 2009, la legge della residenza abituale comune, e cioè, la legge spagnola. Al contrario, qualora la domanda di divorzio fosse stata presentata davanti ai tribunali italiani, la legge regolatrice del divorzio sarebbe stata quella italiana, in quanto legge della cittadinanza comune dei coniugi ai sensi dell'art. 31, co. 1, l. 218/1995. Sicché il marito potrebbe aver deciso di non trasferirsi in Italia e di non accettare il lavoro pur di evitare che l'applicazione della legge italiana conducesse ad un divorzio lento e complicato. In altri termini il marito potrebbe essere indotto a decidere di restare in Spagna e di rifiutare il lavoro al solo fine di ottenere un divorzio veloce, regolamentato dal diritto spagnolo. In tal modo, la libera circolazione delle persone era messa in pericolo, in conseguenza del fatto che le norme di conflitto sul divorzio erano diverse da Stato membro a Stato membro.

Il regolamento Roma III è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli Stati membri che vi partecipano (art. 3, par. 1, e art. 21 RR-III, 8° e 11° 'considerando'). Gli Stati membri che partecipano al regolamento sono, al giorno d'oggi, i seguenti: Belgio, Bulgaria, Germania, Spagna, Francia, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Ungheria, Malta, Austria, Portogallo, Romania e Slovenia, oltre alla Lituania (decisione Commissione europea 21 novembre 2012), la Grecia

---

della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, pp. 488-496; P. Hammje, *Le nouveau règlement (UE) nº 1259/2010 du conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps*, in *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 291-338; I. Viarengo, *Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, pp. 601-624; J. Carrascosa González, *La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2012, pp. 52-85; P. Gruber, *Scheidung auf Europäisch - die Rom III-Verordnung*, in *IPrax*, 2012, pp. 381-392; D. Henrich, *Internationales Scheidungsrecht: einschließlich Scheidungsfolgen*, III ed., Bielefeld, 2012; I. Queirolo, L. Carpaneto, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, pp. 59-86; C. Ruiz Sutil, *Le nouveau Règlement «Rome III»: La séparation de corps et le divorce de la population marocaine en Europe et en Espagne*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2012, pp. 525-548; M. Sabido Rodríguez, *La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en derecho internacional privado español*, in *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2013, pp. 499-534; C. Althammer (Hrsg.), *Brüssel IIa, Rom III: Kommentar zu den Verordnungen (EG) 2201/2003 und (EU) 1259/2010*, München, 2014; C. Schall, J. Weber, *Die vorsorgende Rechtswahl des Scheidungsstatuts nach der Rom III-VO*, in *IPRax*, 2015, pp. 381-386.

(decisione Commissione europea del 27 gennaio 2014) e l'Estonia (decisione 2016/1366 della Commissione europea, del 10 agosto 2016). Questi Stati membri hanno attivato la procedura di "cooperazione rafforzata" di cui all'art. 20 TUE e agli articoli 326-334 TFUE. Ciò ha permesso di adottare un regolamento esclusivamente per gli Stati membri interessati ad approfondire la cooperazione in questo campo. Altri Stati membri hanno deciso di non partecipare a questo regolamento. Giova notare che i due Stati membri con il più alto numero di "matrimoni transfrontalieri", la Germania e la Francia, partecipano entrambi al regolamento[2].

Il regolamento Roma III comprende una serie di regole di conflitto c.d. "multilaterali". La funzione di queste norme non è altra che designare la legge dello Stato che deve regolamentare il divorzio internazionale o la separazione personale. Il regolamento Roma III, quindi, non crea un diritto sostanziale europeo e non unifica il diritto materiale degli Stati membri in materia di divorzio e separazione personale[3]. Ciascuno Stato membro partecipante continua ad avere la propria regolamentazione giuridica del divorzio e separazione personale, in modo autonomo, senza alcuna imposizione sostanziale da parte dell'UE. D'altro canto, l'UE non ha alcuna competenza obiettiva sull'unificazione del diritto sostanziale degli Stati riguardante il diritto di famiglia.

Il regolamento Roma III assume il c.d. *méthode classiquement bilatérale*[4]. Si tratta di un regolamento che non mira all'applicazione della *lex fori*. In altre parole, si può dire che il regolamento non fissa l'ambito di applicazione della *lex fori* nello spazio[5]. Ancora: l'applicazione della *lex fori* al divorzio e alla separazione personale è, nel contesto del regolamento Roma III, e sempre salvi i casi eccezionali come per esempio i casi in cui interviene l'ordine pubblico internazionale, un'applicazione del tutto residuale (art. 8, lett. d), RR-III).

D'altro canto, il regolamento Roma III non contiene alcuna regola che autorizzi il giudice ad applicare le c.d. *lois de police* o "norme di applicazione necessaria" in materia di divorzio o di separazione personale. L'impossibilità di interferenza di queste regole nel meccanismo conflittuale del regolamento Roma III aumenta la chiarezza giuridica, la certezza del diritto nei casi internazionali di divorzio e separazione personale.

Il regolamento è applicabile a prescindere dalla nazionalità, dalla residenza abituale e da altre circostanze personali dei coniugi. Inoltre, si applica indipendentemente dallo Stato la cui legge dovrebbe regolare il divorzio o la separazione personale. È quindi un regolamento *erga omnes*. È anche irrilevante che la legge applicabile sia quella di uno Stato membro partecipante, quella di uno Stato membro non partecipante o quella di uno Stato terzo, ovvero di uno Stato terzo (9°, 12° e 14° 'considerando' e art. 4 RR-III). Visto che il regolamento Roma III si applica a tutte le controversie di divorzio e di separazione personale aventi carattere internazionale,

---

[2] I. Ottaviano, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 113-144.

[3] B. Campuzano Diaz, *Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation*, in *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge, 2011, pp. 23-48.

[4] T. Vignal, *Droit international privé*, Paris, 2014, III ed., p. 193.

[5] F. Seatzu, J. Carrascosa, *op. cit*., pp. 49-78.

ciò rende del tutto inapplicabile, come rilevato da Mosconi e Campiglio, sia l'art. 31 l. 218/1995 nel caso dell'Italia, sia l'art. 107. par. 2 del codice civile spagnolo nel caso della Spagna ai fini della determinazione della legge regolatrice del divorzio e della separazione personale da parte dei giudici italiani e spagnoli a partire dal 21 giugno 2012[6].

In breve, deve aggiungersi che il regolamento Roma III determina la legge applicabile esclusivamente "alle cause del divorzio e della separazione personale" (10° 'considerando' RR-III). Il resto delle questioni giuridiche che si devono risolvere nel processo di divorzio e separazione personale, siano esse questioni preliminari al divorzio o separazione personale, oppure effetti giuridici derivanti dallo scioglimento o dall'allentamento del vincolo matrimoniale, viene regolato dalla legge determinata secondo il diritto internazionale privato nazionale del giudice adito.

2. Il regolamento Roma III contiene diversi criteri di collegamento strutturati "a cascata" – secondo la classica "scala di Kegel", la c.d. échelle de rattachements – che determinano la legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. In tal modo, ad ogni tipo di divorzio o separazione personale corrisponde una diversa legge applicabile. I criteri di collegamento contenuti nel regolamento Roma III sono largamente basati su quelli accolti dall'art. 55 del codice di diritto internazionale privato del Belgio, distaccandosi da questi ultimi solo in alcuni punti[7].

L'obiettivo materiale della scala conflittuale è quello di sottoporre il divorzio o la separazione personale al diritto dello Stato la cui applicazione comporti i costi più ridotti per i coniugi. Così, la causa di divorzio o di separazione personale viene risolta al più basso costo possibile per i coniugi coinvolti nel processo[8]. Soluzione economica, quindi, ai conflitti di legge in materia di divorzio.

Nella scala conflittuale è irrilevante la soluzione materiale che offre la legge applicabile alla sostanza della crisi matrimoniale. Il regolamento insegue, allora, la ricerca di una giustizia internazionalprivatistica nel senso più classico[9].

Secondo gli articoli 5-8 RR-III, l'elenco dei criteri di collegamento che determinano la legge regolatrice del divorzio o della separazione personale è il seguente: 1) il divorzio e la separazione personale sono regolati dalla legge scelta dalle parti ai sensi degli articoli 5-7 RR-III; 2) in assenza di una legge validamente scelta dai coniugi, la legge regolatrice sarà quella del Paese in cui i coniugi hanno la residenza abituale al momento della presentazione della domanda (art. 8, lett. a, RR-III); 3) in assenza dei criteri di cui sopra, viene applicata la legge dello Stato dell'ultima residenza abituale comune dei coniugi, sempre che tale periodo non si sia concluso più di un anno prima che fosse adita l'autorità giurisdizionale, se uno di essi vi risiede ancora nel momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; 4) in mancanza dei criteri precedenti, trova

[6] F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. 2, *Statuto personale e diritti reali*, Torino, 2016, IV ed., p. 145.

[7] C. Barbé, *Mariage et divorce*, in *Journal des tribunaux*, 12 marzo 2005, n. 6173, pp. 188-193.

[8] J. Carrascosa González, *Conflicto de leyes y teoría económica*, Madrid, 2011, pp. 176-185; Id., *Règle de conflit et théorie économique*, in *Revue critique de droit international privé*, 2012, pp. 521-538; Id., *La Ley aplicable*, cit., pp. 52-85.

[9] A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, XVI ed., Granada, 2016, pp. 422-440.

applicazione la legge nazionale comune dei coniugi al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale; 5) infine, in mancanza di tutti i criteri precedenti, si applicherà la legge dello Stato in cui è adita l'autorità giurisdizionale.

Le norme di conflitto contenute nel regolamento Roma III non sono affatto regole di conflitto "materialmente orientate". Ciò vale a dire che le norme di rinvio contenute nel regolamento preferiscono una od un'altra legge statale non sulla base del contenuto materiale del diritto nazionale e neppure del risultato concreto a cui porta il diritto materiale designato dalle norme di conflitto europee. Le norme di conflitto del regolamento Roma III preferiscono l'applicazione di una od un'altra legge solo ed esclusivamente sulla base dei collegamenti del caso con i diversi Stati. Si tratta, infatti, di un regolamento di carattere puramente savignyano.

3. Il regolamento Roma III contiene una serie di casi in cui la legge regolatrice del divorzio o della separazione personale inizialmente designata dalle norme di conflitto del regolamento Roma III viene respinta. Si tratta dei seguenti casi.

1) Qualora la legge applicabile ai sensi dell'art. 5 o dell'art. 8 non preveda il divorzio (art. 10 *in primis* RR-III). In questo caso, anziché tale legge, trova applicazione "la legge del foro".

2) Qualora la legge applicabile ai sensi dell'art. 5 o dell'art. 8 RR-III non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, si applica la legge del foro (art. 10 *in fine* RR-III). In quest'ipotesi viene applicato anche il diritto del foro.

3) Qualora l'applicazione di una norma della legge designata in virtù del regolamento Roma III risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro (art. 12 RR-III). In questo caso, il giudice adito "può escludere" l'applicazione di tale legge straniera. Trattasi, ovviamente, del c.d. "ordine pubblico internazionale", il cui intervento viene rilevato in modo discrezionale dal giudice adito. Questi può decidere di escludere o meno l'applicazione di determinate disposizioni normative della legge straniera per motivi d'ordine pubblico internazionale[10].

Nel regolamento Roma III è stabilita una disposizione specifica per i casi di conversione della separazione personale in divorzio. Se la legge applicata alla separazione personale non prevede la conversione della separazione in divorzio, l'applicazione di detta legge viene esclusa e si applica l'art. 8, a meno che le parti abbiano convenuto diversamente ai sensi dell'art. 5 (art. 9, par. 2 *in primis* RR-III).

4. L'art. 10 RR-III *in primis* stabilisce che "[q]ualora la legge applicabile ai sensi dell'articolo 5 o dell'articolo 8 non preveda il divorzio (...), si applica la legge del foro". Trattasi della c.d. "clausola italiana" perché il legislatore europeo ha copiato l'art. 31, co. 2, l. 218/1995, precetto già copiato in precedenza dal legislatore spagnolo del 2003 nell'art. 107, par. 2 del codice civile. L'antecedente di questa disposizione si trova, spiega G. Conetti, nell'art. 12 *quinquies* della legge sul divorzio riformata dalla legge del 6 marzo 1987[11].

[10] P. Franzina, *The Law Applicable*, cit., pp. 85-129; Id., *L'autonomia*, cit., pp. 488-496.

[11] G. Conetti, *Art. 31 Legge di riforma*, in S. Bariatti (a cura di), *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, pp. 1179-1182.

Stando all'art. 10 *in primis* RR-III, non verrà applicato il diritto straniero quando questo non prevede la possibilità di divorzio. Cioè, quando il divorzio non "esiste" in quel sistema giuridico straniero. Questa interpretazione viene confermata da un'applicazione analogica del 26° 'considerando' RR-III, in cui si legge che "[l] addove il presente regolamento si riferisce al fatto che la legge dello Stato membro partecipante in cui è adita l'autorità giurisdizionale non prevede il divorzio, ciò dovrebbe essere interpretato nel senso che la legge di tale Stato membro non contempla l'istituto del divorzio". Vale a dire che questa clausola anti legge straniera opera quando questa legge è priva di un istituto giuridico che permette lo scioglimento legale del matrimonio, come accade al divorzio nel diritto italiano. Va sottolineato che se la legge straniera consente la separazione personale, ma non il divorzio, l'art. 10 *in primis* RR-III trova applicazione per cui anche in questo caso la *lex fori* sarà la legge regolatrice del divorzio. Attualmente, solo due Paesi nel mondo non contemplano l'istituto del divorzio come meccanismo giuridico di scioglimento del matrimonio: la Città del Vaticano e le Filippine. In base alla legge delle Filippine, in via generale, il divorzio è previsto solo per i soggetti di religione musulmana, ma non per il resto della popolazione[12]. Stando così le cose, la sentenza della Corte di appello di Barcellona 17 aprile 2013 (divorzio tra coniugi filippini) ha affrontato la questione del divorzio, in Spagna, tra due coniugi entrambi filippini[13]. La Corte ha rilevato che la legge filippina non contemplava il divorzio e pertanto ha attivato la clausola italiana allora prevista nell'art. 107, par. 2 del codice civile spagnolo, del tutto simile all'art. 10 *in primis* RR-III, ed ha applicato la legge materiale spagnola. Il divorzio è stato concesso. Comunque giova ricordare che, in base alla legge filippina, i cittadini filippini possono divorziare all'estero e la sentenza può essere riconosciuta nelle Filippine. Malta è stato il prototipo di Stato anti-divorzio per molti anni. Con la legge del 25 luglio 2011, Malta ha introdotto il divorzio nel suo ordinamento giuridico, quindi tutti gli Stati membri dell'UE ammettono il divorzio nei loro sistemi giuridici. Il divorzio è diventato europeo.

L'art. 10 *in primis* RR-III rifiuta l'applicazione della legge regolatrice del divorzio designata dal regolamento Roma III. È irrilevante che quella legge sia la legge nazionale comune o la legge della residenza abituale comune a entrambi i coniugi. Se la legge comune ai coniugi non prevede il divorzio, verrà disapplicata a norma dell'art. 10 *in primis* RR-III[14]. Ancora, l'art. 10 *in primis* RR-III agisce contro la legge regolatrice del divorzio nel caso in cui sia stata scelta dai coniugi ai sensi degli articoli 5-7 RR-III o sia stata individuata oggettivamente tramite l'art. 8 RR-III[15].

Ai fini dell'art. 10 *in primis* RR-III, è necessario dimostrare che la legge straniera non prevede il divorzio. Affermazioni vaghe e generiche al riguardo non sono sufficienti, come indicato dalla sentenza della Corte di appello di Cáceres del 23

[12] A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 422-440.

[13] Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP). Il testo della sentenza è disponibile in www.poderjudicial.es.

[14] G. Conetti, *op. cit*., pp. 1179-1182.

[15] I. Queirolo, L. Carpaneto, *op. cit*., pp. 59-86; H. Rösler, *Rechtswahlfreiheit im Internationalen Scheidungsrecht der Rom III - Verordnung*, in *RabelsZ*, 2014, pp. 155-192; A. Röthel, *Il Regolamento Roma III: spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, pp. 883-898.

maggio 2012[16]. Quindi, la prova del diritto straniero, aspetto non disciplinato dal regolamento Roma III, è sempre necessaria ai fini dell'applicazione dell'art. 10 *in primis* RR-III.

L'art. 10 *in primis* RR-III non si applica se la legge straniera prevede il divorzio, ma non concede a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale. In quel caso, si deve far ricorso all'art. 10 *in fine* RR-III oppure, in mancanza delle condizioni di applicazione di quel precetto, all'art. 12 RR-III, e cioè, ancora una volta all'ordine pubblico internazionale.

L'art. 10 RR-III *in primis* opera come una sorta di "anti-norma di conflitto" a carattere materialmente orientato. Cioè, la norma tiene conto del contenuto della legge designata dai criteri di collegamento previsti negli articoli 7-8 RR-III e corregge, per motivi di sostanza, la designazione della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Lo scopo di questa clausola non è altro che promuovere il c.d. *jus connubii*, il diritto di sposarsi. Anzi, il "diritto di risposarsi" ed anche un diritto non coperto dagli strumenti legali internazionali, il diritto allo scioglimento del matrimonio o diritto alla dissolubilità del vincolo matrimoniale[17]. Questo diritto si vedrebbe danneggiato se il precedente matrimonio non potesse essere sciolto in nessun modo perché la legge applicabile designata dal regolamento Roma III non prevede il divorzio. L'impossibilità di risposarsi danneggerebbe il diritto ad un libero sviluppo della personalità e della vita privata e familiare. L'individualismo nel diritto internazionale privato prende il potere anche qui accanto, naturalmente, alla possibilità offerta ai coniugi di scegliere la legge regolatrice del divorzio dagli articoli 5-7 RR-III[18].

In modo parallelo, vengono aumentate le possibilità di applicazione della legge sostantiva del foro, nonché le possibilità di divorzio, visto che ormai tutti i sistemi giuridici degli Stati membri dell'UE, compresa Malta, accolgono la possibilità di divorzio. Questa disposizione non prende in considerazione in nessun modo il collegamento della situazione coniugale con lo Stato membro del giudice adito[19]. In breve, si può affermare che l'art. 10 *in primis* RR-III promuove l'applicazione della legge del giudice adito per permettere il divorzio dei coniugi qualora la legge regolatrice del divorzio non lo preveda. Si può dunque ritenere che il diritto internazionale privato dell'UE abbia assunto un valore materiale proprio, ovvero il diritto ad ottenere il divorzio, ed è questo il valore che giustifica l'esistenza dell'art. 10 *in primis* RR-III.

Dopo l'ammissione del divorzio nella legislazione maltese nel 2011, il divorzio è diventato "europeo". Il divorzio è, ormai, un istituto giuridico riconosciuto da tutti gli Stati membri dell'UE. L'art. 10 *in primis* RR-III si propone, quindi, allo stato attuale, il raggiungimento di un "obiettivo europeo" e cioè, preservare il diritto al divorzio di tutti i cittadini che si rivolgono ai tribunali degli Stati membri partecipanti nel regolamento Roma III in cerca di un divorzio[20].

---

16 SAP Cáceres, Spagna, del 23 maggio 2012 (coniugi marocchini), www.poderjudicial.es.

17 A. Leandro, *Art. 10 Regolamento*, cit., pp. 1503-1509.

18 I. Viarengo, *op. cit*., pp. 601-624.

19 P. Hammje, *op. cit*., pp. 291-338.

20 P. Franzina, *The Law Applicable*, cit., pp. 85-129; Id., *L'autonomia*, cit., pp. 488-496.

Problemi specifici si pongono qualora, presentata la domanda di divorzio, il giudice adito ritenga che il matrimonio da sciogliere non esista. In effetti, un problema serio sorge, per esempio, se due coniugi dello stesso sesso, entrambi italiani, sposati in Spagna, Olanda o Francia pretendono di ottenere il divorzio davanti a un giudice spagnolo. Se uno di loro ha la sua residenza abituale in Italia e l'altro in Spagna ed è adito il giudice spagnolo, bisogna tener presente che, secondo il diritto italiano, questo matrimonio, essendo un matrimonio fra persone dello stesso sesso, non esiste in quanto tale. In questi casi, l'art. 10 *in primis* RR-III dovrebbe essere applicato dal giudice spagnolo, in modo che la legge italiana venga scartata, e invece troverà applicazione il diritto sostanziale spagnolo e il divorzio sarà concesso[21].

Non è, al contrario, applicabile l'art 10 *in primis* RR-III nel caso in cui la legge straniera non contempli l'istituto giuridico della "separazione personale", ma sì preveda la possibilità del divorzio o di un simile meccanismo legale di scioglimento del matrimonio[22]. In tutti questi casi, la domanda di separazione personale dev'essere respinta, visto che i coniugi possono chiedere il divorzio.

La soluzione offerta dall'art. 10 *in primis* RR-III in questi casi è radicalmente diversa da quella accolta dall'art. 31, co. 2, l. 218/1995. Infatti, in quest'ultima disposizione, viene indicato che "[l]a separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana". Stessa soluzione si poteva leggere nell'ormai abrogato art. 107, par. 2 del codice civile spagnolo.

Di conseguenza, quando la legge straniera non prevede la "separazione personale", il diritto internazionale privato italiano portava all'applicazione del diritto sostanziale italiano (sentenza del Tribunale di Belluno del 30 dicembre 2011, sulla separazione di due marocchini aventi residenza abituale in Italia[23]). Come già detto, in Spagna si trovava la stessa soluzione: se la legge straniera non prevedeva la separazione personale, si applicava il diritto materiale spagnolo (art. 107. par. 2.II del codice civile spagnolo[24]).

Al contrario, ai sensi dell'art. 10 RR-III, e dopo l'entrata in vigore del regolamento Roma III, un giudice di uno Stato membro partecipante a questo regolamento, qualora debba applicare la legge di uno Stato che non prevede la separazione personale, come ad esempio succede nel caso della legge marocchina e della legge tedesca, non può far ricorso alla legge del foro.

---

21 F. Mosconi, C. Campiglio, *op. cit*., p. 147; P. Franzina, *The Law Applicable*, cit., pp. 85-129.

22 Si vedano, anche se pronunciate prima del regolamento Roma III, le seguenti sentenze delle corti di appello spagnole: SAP Santa Cruz de Tenerife 28 giugno 2004, SAP Barcellona 12 novembre 2013 [divorzio tra marocchino], SAP Malaga 30 gennaio 2006, SAP Asturias 29 settembre 2006 [coniugi rumeni: nel diritto della Romania non c'è la separazione personale e la corte spagnola ha proceduto alla separazione dei coniugi in base alla legge materiale spagnola], SAP Barcellona 3 giugno 2008 [divorzio tra coniugi tedeschi], tutte citate da A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Crisis matrimoniales*, in A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 248-335. Molto riuscita la sentenza della Corte di appello di Firenze del 15 aprile 2009, relativa a un divorzio tra coniugi dello Stato della Georgia (USA), in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 769-771.

23 Si veda aldricus.com.

24 SAP Barcelona 12 novembre 2013 (divorzio tra coniugi marocchini), citata da A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Crisis matrimoniales*, cit., pp. 248-335.

L'art. 10 *in primis* RR-III opera sul piano strettamente conflittuale. Così, l'art. 10 *in primis* RR-III non è applicabile quando la legge regolatrice della fattispecie prevede il divorzio in astratto, ma non lo permette nel caso di specie. In tal modo, se la legge straniera, come succede nel diritto inglese, richiede una *causa divortii* oggettiva e questa non si verifica nel caso di specie, il divorzio sarà sempre regolato dalla legge designata dal regolamento Roma III. Cioè, in questo caso l'applicazione dell'art. 10 RR-III non può scattare ed il diritto del foro non troverà applicazione, come ha indicato la sentenza della Corte di appello di Vizcaya, Spagna, del 1° settembre 2015, relativa a coniugi boliviani[25].

Nei casi più gravi, come per esempio, un'impossibilità pratica di divorzio nel caso di specie oppure un divorzio realmente molto difficile da ottenere, si può sempre ricorrere al c.d. ordine pubblico internazionale (art. 12 RR-III). Ora, se la legge applicabile alla dissoluzione del matrimonio comporta una semplice difficoltà o un mero ritardo nella decisione di divorzio, l'art. RR-III non trova applicazione in nessun modo.

È vero che l'art. 10 RR-III difende un principio appartenente all'ordine pubblico internazionale: la dissolubilità *inter vivos* del vincolo matrimoniale. Ciononostante, l'art. 10 RR-III non è una norma di applicazione necessaria, perché opera soltanto dopo l'accertamento della legge straniera[26]. Si può anche aggiungere che l'operare dell'art. 10 RR-III risulta completamente diverso da quello caratteristico dell'ordine pubblico internazionale, come chiaramente si desume dal 24° 'considerando' *in fine* RR-III.

In primo luogo, l'art. 10 RR-III opera come una clausola di "esclusione radicale della legge normalmente competente", una clausola di "*disqualification de la loi normalemente compétente*" nelle parole di Bourdelois[27]. Attraverso questa "clausola di rifiuto radicale" della legge straniera non divorzista, al giudice adito basta controllare il testo delle norme giuridiche del diritto straniero per escludere la loro applicazione in uno Stato membro partecipante al regolamento Roma III. Non è necessario stabilire che, nel caso di specie, la legge straniera produca un grave e serio danno alla struttura giuridica fondamentale della società dello Stato membro del giudice adito, come, bisogna fare, al contrario, nel caso d'intervento dell'ordine pubblico internazionale (art. 12 RR-III).

In secondo luogo, si deve tenere presente che l'ordine pubblico internazionale è un ordine pubblico "nazionale", proprio di ogni singolo Stato. Si tratta, infatti, dell'ordine pubblico "*del foro*" (art. 12 RR-III). Diversamente, l'art. 10 R-III difende un principio fondamentale del diritto europeo, il diritto allo scioglimento del matrimonio, senza fare alcun riferimento al diritto "del foro", cioè, al diritto di un singolo Stato membro.

In terzo luogo, da un punto di vista tecnico, accertata la non esistenza del divorzio nella *lex causae*, il giudice è obbligato a disapplicare quella legge. Al contrario, nei casi coperti dall'ordine pubblico internazionale di cui l'art. 12 RR-III, il giudice

25 Testo in www.poderjudicial.es.

26 G. Conetti, *op. cit*., pp. 1179-1182.

27 B. Bourdelois, *Relations familiales internationales et* professio juris, in *Les relations privées internationales: mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, 2014, pp. 137-154.

ha la facoltà, ma non l'obbligo, di disapplicare le norme straniere contrarie all'ordine pubblico internazionale del foro[28].

Anche se che la c.d. eccezione tradizionale di ordine pubblico internazionale avrebbe potuto perfettamente impedire l'applicazione di leggi straniere che non prevedono il divorzio, ci sono delle buone ragioni che giustificano l'esistenza di questa "clausola di rifiuto radicale" contemplata dall'art. 10 RR-III.

In primo luogo, questa clausola opera in modo diretto, automatico e veloce allo scopo di escludere l'applicazione della legge straniera che non prevede il divorzio. Ciò significa che non sarà necessario accertare che, nel caso di specie, si produce un danno all'ordine pubblico internazionale dello Stato del foro. Questo può accelerare i casi di divorzio.

In secondo luogo, l'art. 10 RR-III non ha implicazioni di "valore politico" al contrario di quello che succede quando interviene l'ordine pubblico internazionale. Ciò significa che il giudice dello Stato membro adito non deve dichiarare che la legge straniera di un altro Stato risulta contraria all'ordine pubblico internazionale dello Stato membro partecipante, Stato del giudice adito. Tale situazione potrebbe essere vista, dallo Stato la cui legge è disapplicata, come una sorta di "offesa" alla sua legislazione in materia di divorzio oppure come un giudizio negativo sull'organizzazione sociale e giuridica in questi Paesi. Il giudice adito deve soltanto dichiarare la non applicazione del diritto straniero visto che non prevede il divorzio senza esprimere un giudizio negativo nei confronti di quella legge né di quello Stato.

5. L'art. 10 *in fine* RR-III stabilisce che "[q]ualora la legge applicabile ai sensi dell'articolo 5 o dell'articolo 8 (...) non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale, si applica la legge del foro". Si tratta della c.d. "clausola spagnola", visto che è stata ripresa dal legislatore europeo dall'art. 107, par. 2 del codice civile spagnolo, nella versione del 2003. Si deve peraltro sottolineare che la disposizione europea è stata notevolmente migliorata e chiarita tanto nel suo significato quanto nella sua portata materiale.

Questa clausola dev'essere interpretata sempre in senso restrittivo, in quanto costituisce una deroga al normale funzionamento del sistema di norme di conflitto previsto nel regolamento. Lo scopo della disposizione è quello di evitare l'applicazione in uno Stato membro di una legge straniera che nega il diritto di una persona a chiedere il divorzio o la separazione personale per "motivi di genere" o lo ostacola per quei motivi. In effetti, questa clausola dev'essere attivata solo quando l'impossibilità giuridica di chiedere il divorzio o la separazione personale deriva dal genere dell'attore, da ragioni collegate al suo sesso. Il meccanismo di cui all'art. 10 *in fine* RR-III deve essere considerato in due ipotesi.

Prima ipotesi. Accade quando il contenuto della legge straniera applicabile al merito (*lex divortii/lex separationis*) non consente a un coniuge di domandare il divorzio per ragioni di sesso. Cioè, qualora un coniuge, spesso la donna, non disponga di legittimazione attiva in base alla *lex causae*. Infatti, ci sono leggi straniere che non permettono alla donna di chiedere il divorzio o la separazione personale solo perché

[28] A. Leandro, *Art. 10*, cit., pp. 1503-1509.

la donna, in astratto, non dispone della capacità legale per attivare la procedura di divorzio o separazione personale. Questa prima ipotesi è relativamente comune in certi Paesi che hanno leggi direttamente ispirate dal Corano, in cui il matrimonio può essere sciolto *inter vivos* solo attraverso un ripudio giudiziario o extragiudiziario della moglie attivato unilateralmente ed unicamente dal marito, oppure attraverso un divorzio giudiziario richiesto esclusivamente dal marito, cioè dal coniuge di sesso maschile (sentenza della Corte di appello di Milano 17 dicembre 1991)[29]. Se ai sensi della legge regolatrice del divorzio o della separazione personale una persona non dispone del "diritto di accesso al divorzio o alla separazione personale" per motivi legati al suo sesso, mentre l'altro coniuge di sesso diverso dispone di tale diritto soggettivo, allora non c'è "eguaglianza" tra i coniugi in materia di accesso al divorzio. E cioè non vi sono "pari condizioni" di accesso al divorzio o alla separazione personale. Anche l'accesso "paritario" al divorzio o alla separazione personale è un elemento importante. Il testo legale si riferisce a "pari condizioni" di accesso al divorzio o alla separazione personale. Va sottolineato che "pari condizioni" non sono "condizioni identiche". L'art. 10 *in fine* RR-III prevede che la legge applicabile deve regolare l'accesso al divorzio o alla separazione personale in termini di "pari condizioni" oppure di "eguaglianza", ma non in termini di "identità". Pertanto, l'eguaglianza giuridica di accesso al divorzio o separazione personale significa offrire sia ai mariti che alle mogli lo stesso potere legale, vale a dire la stessa possibilità di chiedere il divorzio o la separazione personale. Così, si può affermare che l'art 10 *in fine* RR-III vieta assolutamente ogni possibilità di applicazione, negli Stati membri che partecipano al regolamento, di una legge straniera che ammette il ripudio richiesto soltanto dal coniuge di sesso maschile, sia che si tratti di un ripudio giudiziario o di un ripudio privato, cioè senza l'intervento dei giudici[30].

Seconda ipotesi. Si presenta qualora la legge straniera preveda cause di divorzio più favorevoli per un coniuge che per l'altro e ciò per motivi fondati sul sesso dei coniugi. I termini "*accesso al divorzio o alla separazione personale*" contenuti nell'art. 10 *in fine* RR-III assumono un'estrema rilevanza. L'art. 10 *in fine* RR-III si riferisce esclusivamente ad una legge straniera che non concede a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, "*pari condizioni di accesso al divorzio o alla separazione personale*". Quindi, la norma copre non soltanto i casi in cui una legge straniera impedisce radicalmente a una persona, per motivi fondati sul sesso, l'accesso al divorzio o alla separazione personale, cioè, l'inizio della procedura stessa di divorzio. Copre anche i casi in cui uno dei coniugi può solo attivare cause di divorzio più severe e meno favorevoli di quelle che può invocare l'altro coniuge, dal momento che la legge straniera stabilisce un regime più favorevole ad uno dei coniugi solo perché appartenente ad un sesso determinato, spesso il sesso maschile. Quindi, l'art. 10 *in fine* RR-III trova applicazione anche nei casi in cui la legge straniera, come succede nel caso del codice di famiglia marocchino (*Al Mudawana*), art. 78 ss., fornisce cause più ampie di divorzio al marito che alla moglie. In quest'ipo-

[29] Il testo della sentenza è reperibile in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1991, p. 786. In tema v. C. Campiglio, *Matrimonio poligamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo*, *ivi*, 1990, pp. 853-908; B. Barel, S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2013, VIII ed., pp. 145-147.

[30] F. Mosconi, C. Campiglio, *op. cit.*, p. 155.

tesi, la discriminazione si verifica indubbiamente in materia di "accesso al divorzio" e quindi l'art. 10 *in fine* RR-III è applicabile (sentenza della Corte di appello di La Rioja del 7 aprile 2014, in tema di divorzio tra coniugi marocchini)[31].

Quindi, in primo luogo, l'art. 10 *in fine* RR-III trova anche applicazione quando, stando al diritto straniero applicabile al divorzio o separazione personale, ci sono motivi per il chiedere il divorzio previsti solo ed esclusivamente in favore del marito.

In secondo luogo, va chiarito che l'art. 10 *in fine* RR-III trova anche applicazione quando, stando al diritto straniero applicabile al divorzio o separazione personale, risulta che i motivi per chiedere il divorzio sono più esigenti per la moglie che per il marito o viceversa. L'art. 10 *in fine* RR-III sarà applicabile, ad esempio, nel caso in cui la legge del divorzio preveda l'infedeltà coniugale come causa di divorzio ma, qualora la moglie sia l'attrice, lei sarà tenuta a provare tramite diverse testimonianze l'infedeltà del marito, e invece, nel caso sia lui l'attore, gli basterà affermare l'infedeltà della donna. L'applicazione del diritto straniero sarà respinta.

Questa "seconda clausola di rifiuto totale" del diritto straniero applicabile al divorzio olla separazione personale opera in modo del tutto diverso dal classico meccanismo dell'ordine pubblico internazionale (si veda il 24° 'considerando', *in fine*, RR-III). Infatti, attraverso l'art. 10 *in fine* RR-III basta controllare il mero testo legale delle norme giuridiche della legge straniera richiamata dalle norme di conflitto del regolamento Roma III. Non è quindi affatto necessario dimostrare che, nel caso di specie, l'applicazione della legge straniera produce un risultato dannoso alla struttura legale fondamentale della *lex fori*, cioè, un danno che risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro. Inoltre, l'art. 10 *in fine* RR-III, non richiede alcun collegamento speciale della situazione giuridica di divorzio con lo Stato membro del giudice adito e neanche con l'UE. È sufficiente, come indicato da A. Sinay-Cytermann, il tenore letterale delle norme straniere per respingere a titolo definitivo la loro applicazione nello Stato membro del foro[32].

Come detto sopra, e anche come succede nel caso precedente previsto nell'art. 10 *in primis* RR-III, ci sono giustificati motivi per l'esistenza di questa "seconda clausola di rifiuto totale" della legge straniera.

In primo luogo, la clausola di cui all'art. 10 *in fine* RR-III mira a garantire la non applicazione di una legge straniera e lo fa in modo diretto, automatico e veloce. Non richiede di accertare che, nel caso di specie, si verifichi un *vulnus* dell'ordine pubblico internazionale del foro. Quest'impostazione può accelerare certi casi di divorzio inizialmente regolati da leggi straniere discriminatorie nei confronti della donna.

Da un altro canto, l'art. 10 *in fine* RR-III evita una "dichiarazione di condanna" da parte del giudice del foro nel senso di ritenere la legge straniera contraria all'ordine pubblico internazionale di uno Stato europeo. Così, la legge straniera discriminatoria nei confronti della donna per quanto riguarda l'accesso al divorzio viene disapplicata direttamente senza una dichiarazione di contrarietà di quella legge all'ordine pubblico internazionale di uno Stato membro dell'UE. La prova del diritto straniero e del carattere discriminatorio delle sue disposizioni regolatrici dell'ac-

[31] Testo in www.poderjudicial.es.

[32] A. Sinay-Cytermann, *Les tendances actuelles de l'ordre public international*, in *Les relations privées internationales*, cit., pp. 635-655.

cesso al divorzio è disciplinata dalla *lex fori*. Nei Paesi in cui la prova del diritto straniero ricade sulle parti, sarà la parte che sostiene il carattere discriminatorio della legge straniera per quanto riguarda l'accesso al divorzio, che dovrà provare il contenuto e il senso di quel diritto straniero. In questo senso, prima dell'applicazione del regolamento Roma III, si era pronunciata la giurisprudenza spagnola (SAP Cáceres, 23 maggio 2012, citata, relativa ai coniugi marocchini; SAP Barcellona, 24 luglio 2013, relativa al divorzio tra coniugi del Bangladesh residenti in Catalogna)[33].

Nel caso di matrimoni tra persone dello stesso sesso, l'art. 10 *in fine* RR-III non si applica se la legge applicabile secondo il regolamento Roma III stabilisce motivi di divorzio o di separazione personale più severi per i coniugi dello stesso sesso che per i coniugi di sesso diverso. E viceversa.

6. L'art. 12 RR-III contiene la c.d. clausola di ordine pubblico internazionale, intesa nel senso più tradizionale oppure ordinario, come sottolineato da Mosconi e Campiglio[34]. Infatti, secondo l'art. 12 RR-III, "l'applicazione di una norma della legge designata in virtù del presente regolamento può essere esclusa solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro". La regolamentazione del divorzio è ancora assai diversa da Paese a Paese e riflette, in una certa maniera, la cultura di ogni società, le regole basiche di una specifica società[35]. L'ordine pubblico internazionale difende l'intera società dello Stato del giudice adito, tramite la protezione dei principî giuridici ispiratori della regolamentazione giuridica del foro.

L'ordine pubblico internazionale è, paradossalmente, un ordine pubblico "interno" oppure "nazionale". Quindi è proprio di ciascuno Stato membro. Ogni Stato membro partecipante nel regolamento Roma III ha il suo "ordine pubblico internazionale" in materia di divorzio e separazione personale.

L'art. 12 RR-III fa riferimento all'ordine pubblico "*del foro*". Quindi, per attivare l'ordine pubblico internazionale è necessaria l'esistenza di un danno inflitto alla struttura legale fondamentale dell'ordinamento giuridico dello Stato membro del giudice adito, non di un altro ordinamento giuridico. Di conseguenza, i tribunali devono accertare la prossimità del caso con la società e con l'ordinamento italiano prima di chiamare in causa l'ordine pubblico internazionale "italiano". La stessa soluzione dovrà essere adottata dai tribunali degli altri Stati membri.

In altre parole, si può dire che solo i casi di divorzio e separazione personale che presentano un evidente collegamento con l'Italia possono giustificare, se necessario, un intervento dell'ordine pubblico internazionale italiano. Solo in quei casi specificamente collegati con l'Italia si deve evitare l'applicazione della legge straniera tramite l'ordine pubblico internazionale italiano. Infatti, se il caso non presenta un collegamento chiaro con l'Italia, la struttura giuridica fondamentale della società italiana non può essere in pericolo. Così, ad esempio, non deve intervenire l'eccezione di ordine pubblico internazionale italiano nel caso di un divorzio regolato dal diritto

[33] Testo in www.poderjudicial.es.

[34] F. Mosconi, C. Campiglio, *op. cit.*, p. 154.

[35] H. Aguilar Grieder, *Crisis matrimoniales internacionales y conflictos de civilizaciones*, in *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, pp. 143-165.

sudanese, fra coniugi sudanesi che hanno la loro residenza abituale non in Italia, presentato davanti ai tribunali italiani, sempre che questi tribunali siano competenti per decidere del divorzio.

L'intervento dell'ordine pubblico internazionale del foro è sempre eccezionale. Lo si desume dall'avverbio "*manifestamente*", impiegato dall'art. 12 RR-III. Di fatto, questa clausola opera come un'eccezione al normale funzionamento della norma di conflitto. Quindi, essendo l'ordine pubblico internazionale un'eccezione alla regola generale, dev'essere sottoposta ad un'interpretazione restrittiva sia per quanto riguarda il suo contenuto che per la sua applicazione, poiché *quae communi legi derogant, stricte interpretantur* y *favorabilia sunt amplianda, odiusa restringenda*. Dunque, le norme di conflitto contenute nel regolamento Roma III costituiscono la "regola generale", mentre l'intervento dell'ordine pubblico internazionale opera come una "regola eccezionale" visto che comporta la non applicazione della legge straniera (SAP Barcellona 6 aprile 2000)[36].

L'ordine pubblico internazionale può intervenire anche solo parzialmente. In questo senso si evita soltanto l'applicazione di alcune "regole" del diritto straniero. Trattasi del c.d. ordine pubblico internazionale "parziale".

L'art. 12 RR-III richiede un "*plus* di motivazione" da parte del giudice per escludere l'applicazione della legge straniera regolatrice del divorzio o della separazione personale sulla base dell'ordine pubblico internazionale. Così, non è sufficiente che la legge straniera abbia un contenuto normativo meramente diverso da quello della legge dello Stato membro del giudice adito. L'art. 12 RR-III conferma l'esigenza di questo *plus* di motivazione. Infatti, il precetto richiede che l'applicazione della legge straniera risulti "*manifestamente*" incompatibile con l'ordine pubblico del foro. Quindi, una semplice differenza nella regolazione giuridica del divorzio tra la legge straniera determinata dalle norme di conflitto del regolamento Roma III e la legge del foro, non è sufficiente per attivare la clausola di ordine pubblico internazionale e per escludere l'applicazione della legge straniera[37]. Si può di conseguenza affermare che l'elenco di cause di divorzio previsto dalla *lex fori* non deve operare come criterio che fa funzionare l'ordine pubblico internazionale. In altre parole, queste norme non sono norme di applicazione necessaria né contengono principi di ordine pubblico internazionale. Allora, il fatto che una causa di divorzio o separazione personale prevista nella legge straniera non sia contemplata dalla *lex fori* non fa necessariamente intervenire l'ordine pubblico internazionale del foro.

Dal carattere eccezionale dell'ordine pubblico del foro deriva la necessità di provare e dimostrare che, nel caso di specie, l'applicazione della legge straniera sia contraria ai principi che formano l'ordine pubblico internazionale del foro. Come detto sopra, dichiarazioni vaghe o generali non sono sufficienti per attivare l'ordine pubblico internazionale.

L'ordine pubblico internazionale opera solo contro "l'applicazione" di una legge straniera e non contro il "contenuto" della legge straniera. Non è pertanto rilevante il contenuto in astratto della legge straniera, ma solo il risultato negativo che l'applicazione di una particolare legge straniera in materia di divorzio possa

[36] Testo in www.poderjudicial.es.

[37] P. Hammje, *op. cit.*, pp. 291-338.

avere sui principi fondamentali del diritto dello Stato membro del giudice adito[38]. Il giudice di tale Stato membro è autorizzato a valutare l'opportunità d'intervento dell'ordine pubblico internazionale ed è per questo che l'art. 12 RR-III dispone che l'applicazione di una norma della legge designata in virtù del regolamento Roma III "può essere esclusa" solo qualora tale applicazione risulti manifestamente incompatibile con l'ordine pubblico del foro. La frase "può essere esclusa" ("*ne peut être écartée*", "*may be refused*", "*podrá excluirse la aplicación*", "*Die Anwendung* (...) *kann nur versagt werden*"), ha quel significato di permettere al giudice adito una valutazione di "opportunità" riguardo all'attivazione dell'ordine pubblico internazionale. Infatti, il giudice dello Stato membro partecipante dispone di un potere discrezionale per verificare se l'esclusione dell'applicazione della legge straniera in virtù dell'ordine pubblico internazionale è necessaria alla luce dell'impatto del risultato che l'applicazione della legge straniera regolatrice del divorzio possa avere sul quadro giuridico fondamentale dello Stato del foro. Quindi, per attivare l'ordine pubblico internazionale del foro non è sufficiente dimostrare che la legge straniera presenti semplicemente una regolamentazione contraria all'ordine pubblico internazionale del foro, ma occorre dimostrare che l'applicazione, nel caso di specie, di tale legge, danneggi gravemente i principi fondamentali del diritto del foro, come giustamente asserito nella sentenza della Corte di appello di Asturias, Spagna, del 23 marzo 2009, in un caso di divorzio tra coniugi senegalesi[39].

Quanto al carattere eccezionale dell'ordine pubblico internazionale, giova ricordare che il 25° 'considerando' del RR-III indica che "le autorità giurisdizionali non dovrebbero poter applicare l'eccezione di ordine pubblico allo scopo di non tenere conto di una disposizione della legge di un altro Stato qualora ciò sia contrario alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare all'articolo 21, che vieta qualsiasi forma di discriminazione". In termini più concreti, questo 'considerando' ha lo scopo di impedire ai tribunali di far ricorso all'eccezione di ordine pubblico internazionale per evitare l'applicazione di una legge straniera in materia di divorzio per il solo fatto che tale legge è ispirata a principi di tipo religioso. Se l'ordine pubblico internazionale potesse essere utilizzato in questi casi, si potrebbe produrre una "discriminazione legale" contro le persone il cui divorzio o separazione personale è disciplinato da una legge ispirata da principi religiosi. Di fatto, se così fosse, l'ordine pubblico internazionale del foro potrebbe creare una discriminazione per motivi di religione, credo, opinioni personali, motivi morali od etici. Con questa disposizione, sottolinea Hammje, il regolamento Roma III introduce un potente limite uniforme ed europeo all'ordine pubblico internazionale degli Stati membri[40].

Benché l'ordine pubblico internazionale sia un concetto da concretizzarsi paese per paese, si può affermare che, almeno per quanto riguarda l'Italia e la Spagna, esiste un elenco di casi-tipo in cui l'ordine pubblico internazionale dovrebbe intervenire in materia di divorzio e separazione personale.

In primo luogo, è bene ricordare che una semplice difficoltà o rigidità legale per ottenere il divorzio non è sufficiente a far scattare l'intervento dell'ordine pubblico

38 A. Leandro, *Art. 12*, cit., pp. 1512-1518.
39 Testo in www.poderjudicial.es.
40 P. Hammje, *op. cit.*, pp. 291-338.

internazionale del foro, come ha indicato Franzina[41]. Tuttavia, l'ordine pubblico internazionale dovrebbe scattare quando il divorzio, anche se teoricamente possibile stando alle norme straniere applicabili, è, oppure diventa, in pratica, impossibile o estremamente difficile. È il caso della Guinea Equatoriale, la cui legge in materia di divorzio richiede in modo assoluto ed essenziale il consenso di entrambi i coniugi espresso davanti al giudice competente, como si può apprezzare nella sentenza della Corte di appello di Barcellona del 27 febbraio 2014, sul divorzio tra coniugi della Guinea Equatoriale)[42]. Vale a dire che la legge della Guinea Equatoriale consente il divorzio solo se si verifica "un accordo di scioglimento del matrimonio fra i coniugi". Si tratta di una legge che non consente un divorzio su richiesta soltanto di uno dei coniugi. In questo caso, il divorzio esiste teoricamente ed è pure possibile, ma sembra opportuno ricorrere all'intervento dell'ordine pubblico internazionale del foro per escludere l'applicazione del diritto straniero inizialmente richiamato dalle norme di conflitto del regolamento Roma III, dato che rende il divorzio, possibile in teoria, praticamente irrealizzabile.

In secondo luogo, è necessario non dimenticare che qualora la regolamentazione sostantiva del divorzio sia discriminatoria per uno dei coniugi, ma per una ragione diversa dal sesso, anche l'ordine pubblico internazionale del foro dovrebbe intervenire. Infatti, come rilevano Franzina e Leandro, se la legge applicabile al divorzio o separazione personale discrimina uno dei coniugi per motivi di religione, convinzioni personali, ideologia, etnia, origine sociale, appartenenza ad una determinata organizzazione sociale, ecc, oppure quando la sua applicazione è, di fatto, discriminatoria nei confronti di uno dei coniugi, allora l'applicazione di quella legge straniera è in sé discriminatoria e l'ordine pubblico internazionale dovrebbe intervenire[43]. Infatti, nei casi in cui la legge applicabile prevede motivi di divorzio o separazione personale esclusivamente per il marito (infedeltà della moglie, cambio di religione della moglie, ecc.), e non per la donna, allora risulta applicabile l'art. 10 *in fine* RR-III e non è necessario ricorrere all'ordine pubblico internazionale del foro. Al contrario, quando la legge applicabile è discriminatoria per motivi fondati sul sesso per quanto riguarda l'accesso al divorzio o alla separazione personale, l'articolo applicabile è l'art. 10 RR-III e non l'art. 12 RR-III (ordine pubblico internazionale). Tale art. 12 RR-III presenta un carattere sussidiario rispetto all'art. 10 RR-III. Quindi, l'ordine pubblico internazionale è sempre l'ultimo ricorso, e a dire il vero, come hanno fatto notare Mosconi e Campiglio, il suo margine d'intervento resta esiguo[44]. Tuttavia, esso non svanisce.

In terzo luogo, nel caso del c.d. "divorzio revocabile", cioè, quando il divorzio si può annullare su volontà dell'ex marito, come accade in alcuni Paesi musulmani, l'ordine pubblico internazionale deve intervenire. In certi Stati, verificatosi il divorzio, si apre un periodo di tempo nel quale l'ex marito può, senza l'intervento di alcuna autorità, decidere di "annullare il divorzio", in modo che gli ex-sposi ritornano ad essere "sposi" e tutto ciò per la sola volontà dell'uomo[45]. Questo tipo

41 P. Franzina, *The Law Applicable*, cit., pp. 85-129.
42 Testo in www.poderjudicial.es.
43 P. Franzina, *L'autonomia*, cit., pp. 488-496; A. Leandro, *Art. 10*, cit., pp. 1503-1509.
44 F. Mosconi, C. Campiglio, *op. cit*., p. 155.
45 A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Crisis matrimoniales*, cit., pp. 248-335.

di divorzio provoca una grande instabilità nello stato civile delle persone. Ciò può danneggiare i terzi ed anche la società dello Stato membro del foro considerata nel suo insieme. Perciò, in questi casi di "divorzio revocabile", è ragionevole nonché proporzionato e giusto far ricorso all'ordine pubblico internazionale del foro al fine di evitare l'applicazione, negli Stati membri che partecipano nel regolamento Roma III, di queste leggi straniere.

In quarto luogo, quando la causa di divorzio prevista nella legge regolatrice del divorzio è in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dal diritto internazionale e dalla Costituzione dello Stato membro partecipante, è naturalmente indicato l'intervento dell'ordine pubblico internazionale del foro. Ciò accade nel caso in cui il maltrattamento della moglie è considerato, ai sensi della legge straniera regolatrice del divorzio, una pratica abituale e normale nella società straniera e quindi non costituisce una "causa di divorzio". La questione ha sollevato una tempesta di polemiche nella pratica giudiziaria di alcuni Stati membri, dal momento in cui alcuni tribunali degli Stati membri hanno considerato che, in questi casi, il divorzio non era possibile, visto che la legge straniera regolatrice dello stesso, spesso la legge di un paese musulmano, non lo consentiva. Ciò si è verificato nel caso della sentenza dell'Amtsgericht Frankfurt am Main del 21 marzo 2007, nella quale un tribunale tedesco di primo grado ha rigettato la domanda di divorzio presentata da una donna marocchina contro il marito anche marocchino, aventi entrambi la residenza abituale in Germania[46]. I coniugi si erano sposati in Marocco secondo le regole coraniche. Il tribunale tedesco di primo grado ha ritenuto che nella cultura di quel Paese il maltrattamento della moglie fosse considerato come una pratica comune e fosse accettato dalla legge in modo tale da non costituire un motivo legale per lo scioglimento del matrimonio. Tuttavia, questo punto di vista sembra errato. Se il divorzio riguarda una coppia sufficientemente legata ad uno Stato membro, l'applicazione di un diritto straniero che non considera il maltrattamento della moglie come motivo di divorzio, dev'essere esclusa perché in contrasto palese con l'ordine pubblico internazionale dello Stato membro in questione. Infatti, l'applicazione di quella legge produrrebbe effetti dannosi per tutta la società di quello Stato membro partecipante nel regolamento Roma III.

In quinto luogo, nel caso di una legge straniera che prevede, come cause di divorzio, motivi contrari alla dignità o ai diritti fondamentali delle persone, l'ordine pubblico internazionale del foro deve intervenire. Ciò accade nel caso di divorzio ammesso da una legge straniera a causa del cambiamento di religione di uno dei coniugi.

In sesto luogo, l'ordine pubblico internazionale del foro deve operare contro l'applicazione di una legge straniera che permette un "divorzio privato" o "divorzio per contratto", cioè, un divorzio che sia conseguenza diretta dalla sola volontà dei coniugi e senza l'intervento di alcuna autorità[47]. Va sottolineato, tuttavia, che la legge designata dalle norme di conflitto del regolamento Roma III disciplina esclusivamente le "cause di divorzio". La questione di quali autorità, pubbliche o private,

[46] www.ag-frankfurt.justiz.hessen.de.

[47] C. Rimini, *Il ripudio innanzi ad un tribunale rabbino italiano e la sua rilevanza come divorzio ottenuto all'estero*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1992, pp. 55-69.

possano emettere una decisione di divorzio o separazione personale è una questione di procedura civile strettamente collegata all'organizzazione dei tribunali e autorità di ogni singolo Stato. Quindi, la possibilità di un "divorzio privato" nonché la determinazione delle autorità che possano pronunciare una decisione di divorzio resta sottoposta in ogni caso al diritto dello Stato membro in questione e non alla legge regolatrice del divorzio individuata secondo il regolamento Roma III, poiché si tratta di una questione tipicamente processuale (art. 12 l. 218/1995).

In settimo luogo, per ultimo, sembra giusto, come suggerisce Franzina, che l'ordine pubblico internazionale del foro debba operare se la legge straniera applicabile non consenta il divorzio, nonostante la vita matrimoniale sia diventata del tutto insostenibile[48].

Diversi casi in cui non vi è alcun *vulnus* dell'ordine pubblico internazionale in materia di separazione personale e divorzio possono essere ricordati.

In primo luogo, non fa scattare l'intervento dell'ordine pubblico internazionale del foro l'applicazione di una legge straniera che consente il divorzio per mutuo consenso, per la sola volontà di uno dei coniugi oppure per motivi non previsti nella legge del foro[49]. È interessante notare che i tribunali italiani applicano regolarmente la legge spagnola regolatrice del divorzio anche se questa ammette un "divorzio senza causa", cioè un divorzio derivato dalla sola volontà di uno dei coniugi. Non osta il fatto che, stando alla legge materiale italiana, una causa oggettiva di divorzio sia sempre richiesta[50]. Quindi, anche se la legge spagnola permette il divorzio derivato dalla sola volontà di uno dei coniugi, si deve ritenere che non esiste *vulnus* dell'ordine pubblico internazionale italiano. In tal senso si pronuncia la sentenza del Tribunale di Firenze del 18 maggio 2009 nel caso di un divorzio fra una donna fiorentina ed un cittadino spagnolo aventi residenza abituale a Madrid[51]. Tale presa di posizione è, tuttavia, il risultato di una chiara "logica interna europea". Infatti, l'art. 25 RB II-*bis*, relativo alla "divergenze fra le leggi", stabilisce che: "Il riconoscimento di una decisione non può essere negato perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio". Pertanto, se una decisione straniera di divorzio pronunciata in uno Stato membro e fondata su cause di divorzio non considerate dalla legge italiana dev'essere ammessa in Italia e circola liberamente nell'UE, anche la legge di uno Stato membro che prevede cause di divorzio ammesse in un altro Stato membro deve essere applicata in quest'ultimo Stato membro. Se le deci-

48 P. Franzina, *The Law Applicable*, cit., pp. 85-129.

49 Si vedano: SAP Barcellona, 19 luglio 2013 (divorzio tra coniugi marocchini); sentenze del Tribunal Supremo (Spagna) del, 6 aprile 1979 e del 15 luglio 2003; SAP Malaga del 15 marzo 2000; SAP Barcellona del 6 aprile 2000; tutte citate in A.-L. Calvo Caravaca, J. Carrascosa González, *Crisis matrimoniales*, cit., pp. 248-335.

50 V. *La Justicia italiana aplica por primera vez la ley española que regula el divorcio 'exprés'*, in *El País*, 15 giugno 2009, sociedad.elpais.com. Per quanto riguarda l'applicazione di un diritto straniero che prevede il c.d. "divorzio consensuale" si vedano la sentenza del Tribunale di Cosenza del 27 marzo 1992, in *Diritto di famiglia*, 1992, p. 1170, nonché sentenze del Tribunale di Pordenone del 14 settembre 2005, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2006, p. 181, della Cassazione del 25 luglio 2006, n. 16978, *ivi*, 2007, p. 432 ss., del Tribunale di Belluno del 6 marzo 2009, *ivi*, 2011, p. 140 ss., tutte citate da Leandro, *Art. 12*, cit., pp. 1512-1518, a p. 1516.

51 Cfr. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2011, p. 145.

sioni di divorzio degli Stati membri circolano liberamente nell'UE, le leggi degli Stati membri riguardanti il divorzio dovrebbero anche essere applicabili a prescindere dalla causa di divorzio considerata, come giustamente osservato da Leandro[52].

In secondo luogo, neanche il fatto che secondo una legge straniera sia più o meno difficile accedere allo *status* giuridico di "divorziato" o "separato", è sufficiente per attivare l'ordine pubblico internazionale.

In terzo luogo, una legge straniera che richiede la presenza di una causa oggettiva di divorzio non è contraria all'ordine pubblico internazionale italiano e neppure a quello spagnolo, sebbene, nel diritto spagnolo, non sia più richiesto il concorso di una causa oggettiva di divorzio. Questo è il caso, tra gli altri, della legge peruviana (sentenza della Corte di appello di Madrid del 6 luglio 2012, sul divorzio tra coniugi peruviani), dell'Ecuador (sentenza della Corte di appello di Guadalajara del 2 maggio 2013, sul divorzio tra coniugi ecuadoriani) e della boliviana (sentenza della Corte di appello di Vizcaya del 1° settembre 2015, sulla separazione personale tra coniugi boliviani)[53]. Quindi, se la legge straniera applicabile al divorzio richiede il concorso di una concreta ed oggettiva *causa divortii*, questa causa deve essere richiesta dal giudice del foro. Se la causa di divorzio non è soddisfatta, non si può dichiarare il divorzio e non si può chiamare in causa l'ordine pubblico internazionale. Anche per gli Stati membri la cui legge non richiede più una *causa divortii* oggettiva, come succede in Spagna, l'applicazione di una legge straniera che richiede tale causa oggettiva di divorzio non provoca l'intervento dell'ordine pubblico internazionale (SAP Isole Baleari del 12 aprile 2016, sul divorzio tra coniugi argentini)[54]. La sentenza della Corte di appello di Pontevedra del 20 aprile 2015 (divorzio tra coniugi argentini) sottolinea che visto che la legge argentina esige la presenza di una causa di divorzio e non si è dimostrata la sua esistenza nel caso di specie, non procede concedere il divorzio[55].

In quarto luogo, non interviene l'ordine pubblico internazionale del foro contro l'applicazione del diritto straniero che prevede solo il divorzio e non la separazione personale. Questo è il caso della legge del Marocco, della Svizzera fino al 2000, della Germania, Svezia e Finlandia[56]. Tali leggi non sono in contrasto con l'ordine pubblico internazionale italiano poiché sono leggi che, comunque, accolgono "soluzioni giuridiche per la crisi del matrimonio".

D'altro canto, si deve tenere presente che il processo di divorzio o separazione personale viene regolato dalla *lex fori* (*Lex fori regit proccessum*) e non dalla legge applicabile al divorzio ai sensi del regolamento Roma III (art. 12 l. 218/95: "Il processo civile che si svolge in Italia è regolato dalla legge italiana" e, nello stesso

---

52 A. Leandro, *Art. 10*, cit., pp. 1503-1509.

53 Testi in www.poderjudicial.es.

54 *Ibidem*.

55 *Ibidem*: "Nos encontramos ante la aplicación de un supuesto de divorcio causal, figura esta ya inexistente en la legislación civil española, pero que resulta aplicable en el presente proceso por ser la legislación nacional de los litigantes. No cabe entrar a analizar la bondad de dicha ley, que, por lo demás, no resulta discriminatoria, como alega una de las partes recurrentes, ya que no realiza distinción alguna de sexo o cualquier otra condición personal en favor de uno de los contrayentes".

56 Si veda la sentenza della Corte di appello di Girona del 19 maggio 2000, relativa alla legge svizzera. Testo in www.poderjudicial.es.

senso, art. 3 della "Ley de enjuiciamiento civil" spagnola). Quindi, se stando alle norme processuali della *lex divortii* il processo di divorzio è discriminatorio per uno dei coniugi per motivi di sesso o per altri motivi, il problema non si pone, dal momento che detta legge straniera non è applicabile agli aspetti processuali del divorzio che si svolge in Italia.

Bisogna ricordare inoltre che il regolamento Roma III non si applica agli "effetti" del divorzio o separazione personale. Infatti, il 10° 'considerando' RR-III indica che "[i]l presente regolamento dovrebbe applicarsi solo allo scioglimento o all'allentamento del vincolo matrimoniale" e che la "legge determinata dalle norme di conflitto del presente regolamento dovrebbe applicarsi alle cause del divorzio e della separazione personale". Nella stessa direzione si pronuncia l'art. 1, par. 2, RR-III, che esclude dall'ambito materiale del regolamento "d) il nome dei coniugi; e) gli effetti patrimoniali del matrimonio; f) la responsabilità genitoriale; g) le obbligazioni alimentari; h) i trust o le successioni". Di conseguenza, nei casi in cui la moglie resta dopo il divorzio in una situazione di evidente abbandono o di inferiorità per quando riguarda gli effetti del divorzio come l'affidamento dei figli, le conseguenze economiche del divorzio, il nome della donna, ecc., tali risultati non dipendono dalla legge regolatrice del divorzio (*lex divortii*), ma dalla legge applicabile a ciascuna delle "conseguenze collaterali" di un divorzio. Quindi, il regolamento Roma III non è applicabile a tali effetti del divorzio e logicamente nemmeno l'art. 12 RR-III può essere considerato. La questione dev'essere risolta nel contesto dell'ordine pubblico internazionale in ciascuna delle materie che possono essere qualificate come "effetti giuridici del divorzio". Così, ad esempio, se la legge che disciplina la custodia dei figli comuni dei coniugi stabilisce che essi debbano sempre essere affidati al padre o alla famiglia del padre, con esclusione totale e radicale della madre, l'art. 12 RR-III non può intervenire. L'ordine pubblico internazionale deve essere attivato, ma lo sarà nell'ambito della legge regolatrice dell'affidamento dei figli comuni. Un altro esempio può essere utile. La legge che disciplina lo scioglimento del regime matrimoniale o la legge che regola gli alimenti post-divorzio dovuti alla moglie possono lasciare questa senza il minimo sostegno economico. In questi casi, l'intervento dell'ordine pubblico internazionale eviterà l'applicazione della legge straniera applicabile a tali conseguenze collaterali del divorzio, determinata in conformità delle norme di conflitto proprie di queste materie, ma non interviene contro l'applicazione della legge regolatrice del divorzio o della separazione personale prevista dal regolamento Roma III, come già indicato da tempo dalla dottrina[57].

7. Nei primi due casi sopra descritti, ovvero i casi coperti dall'art. 10 RR-II, è obbligatorio applicare il diritto sostanziale del foro, vale a dire la legge del Paese del giudice adito. È questa la soluzione espressamente prevista dall'art. 10 RR-III.

In caso di intervento dell'ordine pubblico internazionale del foro (art. 12 RR-III), nulla dispone il regolamento Roma III. Visto che si tratta di una questione non disci-

[57] E. Vitta, *Diritto internazionale privato*, vol. II, Torino, 1973, pp. 298-300; G. Balladore Pallieri, *Diritto internazionale privato*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1974, p. 211; T. Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, p. 771; G. Conetti, *Art. 31*, cit., pp. 1179-1182.

plinata dal diritto internazionale privato europeo, la soluzione dev'essere lasciata nelle mani di ciascuno degli Stati membri partecipanti al regolamento. Questi Stati possono attivare le soluzioni che ritengano appropriate, cioè quelle contenute nelle loro regole nazionali di diritto internazionale privato (art. 16 l. 218/1995) o anche lasciare la soluzione nelle mani del giudice[58].

Comunque sia, occorre sottolineare che la semplice e pura irricevibilità della domanda di divorzio o di separazione personale non pare una soluzione accettabile. Ciò potrebbe portare ad un diniego di giustizia. I coniugi hanno diritto ad una decisione sul merito per quanto riguarda il loro divorzio o separazione personale ed una decisione sul fondo può solo avvenire se basata su una legge specifica.

D'altro canto, nel caso di coniugi che abbiano scelto diverse leggi applicabili al loro divorzio o separazione personale a modo di "diversi gradini" (art. 5 RR-III), è possibile sostenere che, qualora la legge scelta in primo luogo dai coniugi risulti contraria all'ordine pubblico internazionale del foro, dovrebbe essere applicata, se del caso, la seguente legge scelta dai coniugi[59].

In mancanza di scelta di legge fatta dai coniugi, può essere applicato il diritto individuato dai criteri di collegamento previsti "a cascata" dall'art. 8 RR-III. Ad esempio, qualora la legge del Paese di residenza abituale comune dei coniugi (art. 8, lettere a) e b), RR-III) risulti contraria all'ordine pubblico internazionale italiano, potrebbe essere applicata la legge nazionale comune dei coniugi (art 8, lett. c), RR-III). Soluzioni previste all'art. 16 l. 218/1995.

Solo nel caso in cui le soluzioni precedenti non possano trovare applicazione, si dovrebbe applicare la *lex fori*. D'altra parte, questa soluzione è adatta alla tradizione del "sistema latino", in base al quale, se i collegamenti del caso con il Paese del giudice adito giustificano la "non applicazione" della legge straniera tramite l'ordine pubblico internazionale del foro, allora quegli stessi collegamenti giustificano l'applicazione della *lex fori*. Così suggerisce Lagarde[60]. Inoltre, questa soluzione è perfettamente in linea con quella fornita dall'art. 10 RR-III.

8. Il regolamento Roma III ha dimostrato di essere un vero microsistema di diritto internazionale privato relativo alla legge regolatrice del divorzio e della separazione personale per gli Stati membri che vi partecipano. Il regolamento ha migliorato, non v'è dubbio, la certezza del diritto per le persone che si trovano nello spazio giudiziario europeo. Ha anche rilanciato la libera circolazione delle persone nello spazio europeo attraverso un'idea classica del diritto internazionale privato ovvero che si raggiunge un grado più elevato di giustizia se le norme di diritto internazionale privato sono comuni a diversi Stati e la legge applicabile non cambia a seconda del giudice adito. In tal modo, il c.d. *forum shopping*, che danneggia la certezza del diritto nonché la prevedibilità delle risposte fornite dal diritto internazionale privato,

[58] A. Leandro, *Art. 10*, cit., pp. 1503-1509.

[59] L. Álvarez de Toledo Quintana, *La cuestión previa de la "existencia de matrimonio" en el proceso de divorcio con elemento extranjero*, in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2013, pp. 140-208; G. Biagioni, *Tecniche*, cit., pp. 16 ss.

[60] P. Lagarde, *La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation*, in *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bruxelles, 1993, pp. 263-282; Id., *Private International Law: Public Policy*, in *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1994, pp. 33-37.

viene eliminato. È proprio per questo che solo in casi giustificati ed eccezionali, l'applicazione della legge regolatrice del divorzio può essere esclusa e un'altra soluzione emerge. Occorre mettere in rilievo che il regolamento Roma III ha seguito una linea di *favor divortii* all'europea, dato che la stragrande maggioranza dei casi in cui la legge regolatrice del divorzio può essere disapplicata accadono per favorire un divorzio che altrimenti sarebbe impossibile o molto faticoso. Il diritto europeo si muove, quindi, verso la libertà individuale di ogni persona, si muove verso l'individualismo. Ed è per questo che il regolamento Roma III favorisce il divorzio, il diritto a sposarsi ed a risposarsi, il diritto a circolare liberamente nell'UE, il diritto, dunque, di ogni singola persona ad iniziare una nuova vita in un nuovo Paese. La liquidità attuale dei rapporti personali, scrive Bauman, è il nostro contesto sociale[61]. È lo scenario nel quale l'individualismo sorge come un vero e proprio valore sotto la spinta delle norme del diritto internazionale privato europeo. L'individualismo è, senz'altro, *the sign of the times*, è il segno dei nostri tempi.

Abstract

Exclusion of the Law of Divorce and Rome III Regulation

The Rome IIII Regulation, which deals with the determination of the Law governing international divorces, allows the court to disregard the application of the law of divorce when exceptional circumstances arise. Apart from the case of the 'classic' public policy clause laid down in Art. 12 Rome III Regulation, this paper explores two other situations. Firstly, where the law applicable to divorce according to the Regulation makes no provision for divorce. Secondly, where that law does not grant one of the spouses equal access to divorce or legal separation on grounds of their sex. This paper shows the erosion of the traditional '*ordre public*' focus. The public policy clause has been overtaken by direct clauses which prevent the application, by the courts of the member States participating in the Rome III Regulation, of the laws that are not compatible with the European legal values.

61 Z. Bauman, *Liquid Times: Living in an Age of Uncertainty*, Cambridge, 2007, pp. 33-36.

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 289-316

Ruggiero Cafari Panico*

L'affievolimento dei diritti nella crisi economica e politica dell'Unione europea**

Sommario: 1. Introduzione. – 2. I meccanismi europei di gestione della crisi economica e finanziaria. – 3. La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di misure di salvataggio degli enti creditizi in difficoltà. Il ruolo delle corti costituzionali e della Corte EDU. – 4. I diritti dei cittadini migranti economicamente inattivi. – 5. Conclusioni.

1. La grave crisi economica e finanziaria che ha colpito, pur in diversa misura, gli Stati membri dell'Unione europea[1] si è presto trasformata in una crisi politica della stessa Unione, cogliendo del tutto impreparati non solo gli studiosi, ma anche le istituzioni europee. L'Unione non si è infatti dimostrata pienamente in grado di reagire all'impatto che le misure urgentemente adottate per fronteggiare la grave situazione creatasi potevano avere sulla tutela dei suoi principi e diritti fondamentali. A livello mondiale, la crisi ha prodotto effetti devastanti non solo sul piano economico, ma anche sul piano del diritto internazionale nei riguardi soprattutto della tutela dei diritti dell'uomo[2]. All'affievolimento del loro ruolo nei rapporti fra gli Stati si è inevitabilmente accompagnato un pari depotenziamento degli strumenti di loro tutela all'interno dei singoli Stati. Da tale fenomeno non poteva restare immune la stessa Unione europea. Le incertezze mostrate nella individuazione della base giuridica delle misure di austerità imposte nei confronti della Grecia, del Portogallo, dell'Irlanda e di Cipro, in parte adottate al di fuori del quadro giuridico dell'Unione[3], testimoniano l'evidente disagio delle istituzioni a confronto con una legislazione emergenziale di origine esterna al quadro comunitario e dunque non

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano.

** Il presente saggio riprende e rielabora la relazione, con lo stesso titolo, tenuta al convegno *Principi democratici e diritti fondamentali nell'Unione europea*, Bari, 24-25 novembre 2016.

1 L'attuale crisi economica "è un fenomeno senza precedenti per la nostra generazione", osservava già nel 2010 la Commissione nella Agenda Europa 2020, comunicazione del 3 marzo 2010, *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010)2020 def., a p. 8.

2 P. Picone, *Capitalismo finanziario e nuovi orientamenti dell'ordinamento internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, pp. 5-26, a p. 5.

3 Attraverso il ricorso a quello che è stato definito come un metodo "semi-intergovernativo": in merito, vedi F. Fabbrini, *Economic Policy in the EU after the Crisis: Using the Treaties to Overcome the Asymmetry of EMU*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 529-549, spec. p. 532.

pronte ad affrontare una realtà tanto nuova quanto inattesa. Colpisce al riguardo la apparente accondiscendenza verso gli interessi economici degli Stati più colpiti dalla attuale crisi mostrata, in presenza di circostanze ritenute eccezionali, dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU), entrambe chiamate a pronunciarsi sull'impatto delle misure di austerità adottate da tali Stati sul godimento dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione e riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Carta) e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Ad entrare in crisi è stato l'intero sistema multilivello di protezione dei diritti dell'individuo, in specie quelli sociali, garantiti all'interno dell'Unione europea dalla Carta e dalla normativa secondaria. Ad essere interessati non sono infatti solo i diritti economici, ma anche quelli della persona. In definitiva, i giudici europei e quelli nazionali sono stati chiamati a sciogliere i nodi problematici portati dalla complessa attuazione degli strumenti di *governance* economica e, al contempo, dall'esigenza degli Stati di adottare misure che assicurassero il loro equilibrio economico e finanziario. Si tratta di un ruolo delicato che ha comportato "la necessità di contemperare valori contrapposti, tutti di rango primario (art. 3 TUE), quali la coesione economica e sociale, da un lato, e la stabilità di bilancio, dall'altro"[4]. Per rispondere a tale sfida la Corte di giustizia parrebbe essersi allontanata dalla propria giurisprudenza più rigorosa, sacrificando in parte le proprie categorie tradizionali che avevano consentito l'affermazione del mercato unico e consentendo di fatto un affievolimento della tutela dei diritti del singolo in nome dell'interesse superiore alla salvaguardia dell'identità economica degli Stati membri. In realtà, la Corte ha dato prova di realismo nell'affrontare i problemi cui gli Stati da soli non parevano in grado di dare una risposta, consentendo al sistema dell'Unione di superare, pur con qualche "ammaccatura", una prova rivelatasi difficilissima e che non può ancora essere considerata del tutto conclusa. Dopo che la crisi ha anche rimesso di fatto in gioco la stessa libera circolazione, a scapito, in particolare, dei migranti economicamente inattivi, occorre infatti ricomporre il rapporto fra politica economica e politica sociale per giungere, più in generale, alla definizione di una nuova "identità europea"[5] in cui trovino spazio e pari dignità i vincoli economici e il dialogo sociale.

2. La crisi economica e finanziaria ha dato origine a pronunce della Corte di giustizia relative all'incidenza sulla Carta dei meccanismi di gestione della crisi stessa.

In occasione della crisi della Grecia sono stati istituiti il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (MESF) e il Fondo europeo per la stabilità finanziaria (FESF)[6], poi sostituiti dal 1° luglio 2013, mediante accordo tra gli Stati dell'euro-

[4] G. Tesauro, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 483-511, spec. p. 508.

[5] E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 201.

[6] Dubbi se la soluzione *ad hoc* per la Grecia (ricorso immediato ad accordo concluso tra gli Stati della zona euro e la Grecia al fine di coordinare una serie di prestiti bilaterali a tale Paese e successiva costituzione del MESF, in base all'art. 122, par. 2, TFUE, e quindi del FESF, poi sostituito dal MES), articolata "tra diritto internazionale, diritto UE e diritto privato", con "il diritto primario dell'Unione", sono sollevati, per tutti, da M. F. Cucchiara, Fiscal Compact *e Meccanismo Europeo di Stabilità:*

zona, dal Meccanismo europeo di stabilità (MES)[7]. L'istituzione del MES è stata esplicitamente autorizzata con un'opportuna modifica dell'art. 136 TFUE, cui, con una procedura di revisione semplificata, è stato aggiunto un nuovo par. 3[8], che subordina la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo "a una rigorosa condizionalità". Il quadro giuridico dell'intervento dell'Unione per far fronte alla crisi dell'area euro risulta così articolato su due livelli – quello intergovernativo (MES) e quello più propriamente comunitario (MESF e FESF) – che, intersecandosi e anche sovrapponendosi tra loro[9], hanno reso del tutto incerta la tutela dei diritti economici e sociali dei cittadini dei Paesi interessati dalle misure di austerità di cui, mediante la previsione della condizionalità, si è di fatto imposta l'introduzione a tali Stati membri. Fra i Paesi – Grecia, Portogallo, Irlanda e Cipro – interessati direttamente dal ricorso, anche cumulativamente, a tali meccanismi di stabilizzazione finanziaria, il caso greco è quello più significativo per l'estrema rilevanza, sul piano dei diritti, dei sacrifici richiesti ai cittadini di quel Paese e per la giurisprudenza formatasi al riguardo dinanzi alle Corti del Lussemburgo e di Strasburgo.

Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia, essa ha riguardato, in particolare, la compatibilità dell'istituzione del MES, che si pone per sua natura al di fuori dell'ordinamento giuridico dell'Unione[10], con la Carta e i diritti in essa riconosciuti[11]. Nel caso *Pringle*[12], la Corte, richiamando i principi generali relativi all'applicazione della Carta, le cui disposizioni, in base all'art. 51, par. 1, si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione[13],

quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, pp. 91-135, spec. p. 107 ss.

7 Vedi, in generale, G. M. Ruotolo, *La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, pp. 433-461; R. Cisotta, *Disciplina fiscale, stabilità finanziaria e solidarietà nell'Unione europea ai tempi della crisi: alcuni spunti ricostruttivi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, pp. 57-90; e M. F. Cucchiara, *op. cit.*

8 Decisione 2011/199/UE del Consiglio europeo, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro.

9 Vedi, in generale, A. Canepa, *Crisi dei debiti sovrani e regolazione europea: una prima rassegna e classificazione dei meccanismi e strumenti adottati nella recente crisi economico-finanziaria*, in *Rivista AIC*, 2015, n. 1, reperibile *online*.

10 Sulla legittimità del ricorso da parte degli Stati membri dell'Unione a strumenti di cooperazione intergovernativa in campo economico e monetario, nonostante la competenza attribuita in tale ambito all'Unione stessa, v. F. Fabbrini, *op. cit.*, p. 549, il quale rileva come, benché le disposizioni contenute nei Trattati impongano agli Stati "to act within the framework of EU law", cionondimeno "only additional financial resources or a fiscal capacity may allow the EU institutions to exercise those broad macroeconomic powers to promote growth and employment that they already enjoy" in base ai Trattati stessi.

11 Per tutti, F. Munari, *Da* Pringle *a* Gauweiler*: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, pp. 723-755, spec. p. 741 ss.

12 Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12.

13 *Ivi*, punto 179, dove si ricorda che "conformemente all'art. 51, paragrafo 1, della Carta, le disposizioni di quest'ultima si applicano agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del paragrafo 2 dello stesso articolo, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Pertanto, la Corte è chia-

ha concluso che l'instaurazione da parte degli Stati membri di un meccanismo di stabilità come il MES, che esula dalle competenze specifiche dell'Unione, non costituisce un'attuazione del diritto dell'Unione[14]. Pertanto, non si pone un problema di compatibilità dell'accordo istitutivo del MES stesso fra gli Stati membri dell'area euro con l'art. 47 della Carta che garantisce a tutti una tutela giurisdizionale effettiva[15]. La Corte non esclude tuttavia del tutto la possibilità di una verifica della compatibilità delle misure adottate nell'ambito del meccanismo così introdotto con i Trattati. Anzitutto, essa precisa che se "gli Stati membri la cui moneta è l'euro sono competenti a concludere tra loro un accordo relativo all'istituzione di un meccanismo di stabilità"[16], tuttavia essi "non possono esimersi dal rispetto del diritto dell'Unione nell'esercizio delle proprie competenze in tale settore"[17]. In secondo luogo, tale obbligo vale ovviamente anche per la Commissione cui gli Stati hanno affidato, al di fuori dell'ambito dell'Unione, "compiti come il coordinamento di un'azione comune da essi intrapresa o la gestione di un'assistenza finanziaria"[18]. Con il suo coinvolgimento nel Trattato MES, infatti, la Commissione, da un lato, promuove l'interesse generale dell'Unione, essendo tale Trattato diretto a garantire la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso, e, dall'altro, è chiamata "a monitorare la compatibilità con il diritto dell'Unione dei Protocolli d'intesa conclusi dal MES"[19]. Soprattutto, come rilevato dall'Avvocato generale Kokott, le misure di attuazione da parte degli Stati degli impegni così assunti in sede internazionale ricadono comunque sotto il vaglio della Corte di giustizia: "la compatibilità con il diritto dell'Unione dell'azione degli Stati membri nel quadro del MES è soggetta a un esame della Corte e dei giudici nazionali in base alla procedura ordinaria dell'art. 267 TFUE. A tal proposito, gli Stati membri devono stabilire, a norma dell'articolo 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE, i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare un'effettiva tutela giurisdizionale quantomeno in relazione all'attuazione nazionale delle condizioni"[20]. In tal modo sarebbe garantito il diritto del singolo a un ricorso effettivo come previsto dall'art. 47 della Carta[21].

Si delineerebbe così, seppur con difficoltà, un sistema di apparente tutela dei diritti dei singoli anche nei riguardi di misure adottate in conseguenza di impegni assunti al di fuori del quadro dell'Unione, incentrato sulla responsabilità degli Stati stessi e della Commissione. Come emerge però dalla giurisprudenza della stessa Corte, tale sistema si è rivelato presto inadeguato di fronte alla eccezionalità degli

---

mata a interpretare, alla luce della carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima".

14 *Ivi*, punto 180.

15 *Ivi*, punto 181.

16 *Ivi*, punto 68.

17 *Ivi*, punto 69: "[o]rbene, la rigorosa condizionalità cui il meccanismo di stabilità subordina la concessione di un'assistenza finanziaria in forza del paragrafo 3 dell'articolo 136 TFUE, il quale costituisce la disposizione su cui verte la revisione del TFUE, è diretta a garantire che, nel suo funzionamento, tale meccanismo rispetti il diritto dell'Unione, comprese le misure adottate dall'Unione nell'ambito del coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri".

18 *Ivi*, punto 158.

19 *Ivi*, punto 164.

20 Presa di posizione dell'Avvocato generale Kokott del 26 ottobre 2012, *Pringle*, punto 194.

21 *Ivi*, punto 193.

interessi che le misure di austerità intendevano garantire a scapito anche dei diritti dei singoli.

Il 20 settembre 2016 la Corte adotta, con riguardo al caso cipriota, due sentenze "gemelle", *Ledra Advertising*[22] e *Mallis*[23], relative rispettivamente alle responsabilità della Commissione per le misure di attuazione del programma di sostegno (MES) e all'imputabilità all'Unione delle dichiarazioni dell'Eurogruppo. In entrambi i casi la Corte esclude nel caso di specie la sussistenza di una responsabilità delle istituzioni dell'Unione, pur riconosciuta in via di principio sulla scia di quanto affermato nella sentenza *Pringle*, riformando in diritto le precedenti decisioni del Tribunale, ma accogliendone di fatto le conclusioni[24].

Nel caso *Ledra Advertising*, dinanzi al Tribunale era stata, in primo luogo, proposta domanda di annullamento di taluni punti del Protocollo d'intesa sulla politica di condizionalità specifica, concluso tra la Repubblica di Cipro e il MES il 26 aprile 2016, e, in secondo luogo, una domanda di risarcimento del danno che la ricorrente asseriva di aver subìto a causa sia della riduzione del valore del suo deposito bancario, come conseguenza delle misure di ristrutturazione del settore bancario adottate in adeguamento agli impegni previsti nel Protocollo, sia, più in generale, di una violazione da parte della Commissione del proprio obbligo di garantire la compatibilità del Protocollo stesso con il diritto dell'Unione. Veniva così sollevata la questione della responsabilità della Commissione per aver firmato, in forza dei poteri conferiti dall'art. 13 del Trattato MES, il Protocollo d'intesa contenente i "passaggi controversi" che, riguardando la "ristrutturazione e la risoluzione" di due istituti di credito ciprioti, avrebbero violato l'art. 1 del Protocollo n. 1 della CEDU e l'art. 17 della Carta, ovvero le disposizioni poste a tutela dei diritti di proprietà[25]. Sotto questo profilo il Tribunale rileva come, benché il Trattato MES affidi alla Commissione taluni compiti connessi alla realizzazione degli obiettivi di tale Trattato, da un lato, la Commissione ha firmato il Protocollo d'intesa unicamente in nome del MES e, dall'altro, le funzioni attribuite alla Commissione (e lo stesso vale per la BCE) impegnano il solo MES[26]. Tutto ciò rendeva irricevibile la domanda di risarcimento, in quanto relativa ad atti o comportamenti non riferibili alla Commissione[27]. A questo punto era evidente che non avrebbe avuto modo di porsi, neppure in subordine, la questione relativa al presunto obbligo della Commissione di garantire la compatibilità del Protocollo d'intesa con il diritto europeo[28], non essendo l'atto di sottoscrizione dell'accordo riferibile alla stessa Commissione. Il Tribunale considera invece anche tale domanda, che presuppone l'imputabilità dell'atto alla Commissione, escludendo tuttavia che fosse comunque configurabile in questo caso una sua possibile responsabilità. Sulla base di una sbrigativa valutazione il Tribunale ritiene infatti che non ricorrano nel caso in oggetto le condizioni

22 Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8 a 10/15 P.
23 Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-105 a 109/15 P.
24 Rispettivamente ordinanza del Tribunale del 10 novembre 2014, causa T-289/13, *Ledra Advertising*, e ordinanza del Tribunale del 16 ottobre 2014, causa T-327/13, *Mallis*.
25 Ordinanza *Ledra Advertising*, punto 35.
26 *Ivi*, punti 44 e 45.
27 *Ivi*, punto 47.
28 *Ivi*, punto 49.

richieste dall'art. 340 TFUE per la sussistenza della responsabilità extracontrattuale dell'Unione. In particolare, il Tribunale esclude che il danno lamentato possa essere comunque attribuibile al comportamento omissivo della Commissione, rilevando come "la firma del Protocollo d'intesa è avvenuta dopo la riduzione del valore del deposito della ricorrente"[29]. Così facendo il Tribunale evita in realtà di prendere posizione sulla questione della possibile imputabilità alla Commissione delle misure restrittive dei diritti fondamentali dei singoli introdotte dagli Stati membri in attuazione di impegni con essa assunti nel quadro degli accordi previsti dal sistema MES.

La questione è oggetto invece di specifico esame da parte della Corte. Anche la Corte muove dalla constatazione di come gli atti del MES siano estranei all'ordinamento dell'Unione, anche quando le sue istituzioni partecipino alle necessarie negoziazioni con gli Stati membri, per giungere però ad affermare, come già nel caso *Pringle*, che la Commissione, per il suo ruolo di custode dei Trattati, è tenuta a "monitorare la compatibilità con il diritto dell'Unione dei Protocolli d'intesa conclusi dal MES"[30], dovendo nel caso "astenersi dal firmare un Protocollo d'intesa sulla cui compatibilità con il diritto dell'Unione nutra dubbi"[31]. Il Tribunale è dunque incorso in errore nel ritenere "di non essere competente a esaminare il ricorso per risarcimento danni fondato sull'illegittimità dei punti controversi sulla base di una mera constatazione che l'adozione di detti punti non era formalmente imputabile né alla Commissione, né alla BCE"[32]. Affermata così l'imputabilità alla Commissione del comportamento tenuto con la sottoscrizione del Protocollo d'intesa, benché il Protocollo stesso esuli dall'ambito del diritto dell'Unione, la Corte affronta la questione della applicabilità della Carta e, in particolare, del suo art. 17, par. 1, ai fini di accertamento della sussistenza del requisito dell'illiceità del comportamento quale condizione, insieme all'effettività del danno e all'esistenza del nesso di causalità, per l'insorgere della responsabilità extracontrattuale dell'Unione[33]. Sul punto la Corte, da un lato, riafferma che la Carta non trova applicazione nel quadro del Trattato MES, non attuando gli Stati in tale ambito il diritto dell'Unione, e, dall'altro, precisa, rispetto alla precedente giurisprudenza *Pringle*, che la Carta trova comunque applicazione nei riguardi delle istituzioni dell'Unione anche quando esse "agiscono al di fuori del quadro giuridico dell'Unione"[34]. Del resto, ricorda sempre la Corte, la Commissione è comunque tenuta a vigilare sulla compatibilità con il diritto dell'Unione dei Protocolli d'intesa conclusi dal MES e a garantire così la loro compatibilità con i diritti fondamentali sanciti dalla Carta[35]. Il ragionamento della Corte prende però a questo punto una direzione che, vista la gravità della situazione, poteva essere anche prevedibile, coll'affermazione della

[29] *Ivi*, punto 54.
[30] Sentenza *Ledra Advertising*, punto 58.
[31] *Ivi*, punto 59.
[32] *Ivi*, punto 60.
[33] Per tutti, anche per i necessari riferimenti sulla vastissima dottrina e giurisprudenza esistente in materia, vedi R. Baratta, *La responsabilità aquiliana dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 513-530; e A. Maffeo, *Il* délai raisonable *nel contenzioso dell'Unione europea*, Napoli, 2016, p. 106 ss.
[34] Sentenza *Ledra Advertising*, punto 67.
[35] *Ibidem.*

prevalenza della legislazione emergenziale sui diritti fondamentali dei singoli. Se infatti la Corte si pone il problema della sussistenza "nell'ambito del Protocollo d'intesa", di una violazione "sufficientemente qualificata del diritto di proprietà" dei ricorrenti[36], è altrettanto vero che essa giustifica le restrizioni a tale diritto in nome dell'obiettivo di interesse generale perseguito da tali misure, "vale a dire quello di garantire la stabilità del sistema bancario della zona euro nel suo complesso"[37]. I servizi finanziari svolgono "un ruolo centrale nell'economia dell'Unione" e pertanto la salvaguardia degli istituti di credito, quando le loro difficoltà rischino di avere un effetto sistemico, propagandosi da una banca all'altra e ripercuotendosi anche su altri settori dell'economia[38], giustifica le limitazioni dei diritti di proprietà dei depositanti presso le banche interessate[39]. L'obiettivo di assicurare la stabilità del sistema bancario nella zona euro consente, anche quando si operi all'esterno del quadro dell'Unione, un intervento quale quello di cui in causa, che risulta così proporzionato ed ammissibile nella misura in cui non pregiudichi "la sostanza stessa del diritto di proprietà" dei soggetti interessati[40]. Che poi nella specie non venisse effettivamente pregiudicato "nella sostanza" il diritto di proprietà dei depositanti è questione che la Corte risolve sulla base della mera constatazione "del rischio imminente di perdite finanziarie cui sarebbero stati esposti i depositanti presso le due banche interessate in caso di fallimento di queste ultime"[41] e con la possibilità, invero alquanto remota, di un possibile futuro, seppur parziale, rimborso della perdita subita[42]. Inevitabile a questo punto la conclusione che alla luce di tali elementi dovesse escludersi che la Commissione abbia contribuito ad una violazione del diritto di proprietà garantito dalla Carta[43], che rimane così soggetto all'ampio margine di discrezionalità di cui godono gli Stati della zona euro, nel loro insieme, nello stabilire le situazioni di crisi del sistema finanziario e nell'imporre obblighi specifici a carico del singolo Stato in difficoltà, avvalendosi a tal fine, per la loro esecuzione, delle attività della Commissione.

L'esistenza di una sorta di "zona grigia", nello spazio creato dal confronto fra l'interesse degli Stati a trovare rimedi eccezionali a situazioni altrettanto eccezionali di crisi sistemica e l'affermazione dei diritti fondamentali dei singoli, in cui trovano legittimazione le misure restrittive dei diritti economici riconosciuti dalla Carta ai cittadini dell'Unione, viene confermata nella già ricordata sentenza *Mallis*, resa dalla Corte lo stesso giorno della sentenza *Ledra Advertising*, sempre con riguardo alle vicende cipriote. Anche in questo caso si tratta del già più volte menzionato Protocollo d'intesa firmato dalla Commissione europea con il Governo di Cipro nell'ambito del programma di sostegno alla stabilità di tale Paese. Ad essere oggetto della domanda di annullamento da parte, come nel caso *Ledra Advertising*,

36 *Ivi*, punto 68.
37 *Ivi*, punto 71
38 *Ivi*, punto 72.
39 *Ivi*, punto 73.
40 *Ivi*, punto 74.
41 *Ibidem.*
42 *Ivi*, punto 73.
43 *Ivi*, punto 76; non poteva così ritenersi soddisfatta la prima condizione per invocare la responsabilità extracontrattuale dell'Unione e delle sue istituzioni.

di titolari di depositi presso le banche oggetto delle misure di ristrutturazione finanziaria che lamentavano la perdita subita, è la dichiarazione, del 25 marzo 2013, dell'Eurogruppo[44] che, pur evocato nell'art. 137 TFUE e quindi disciplinato, con riguardo alla composizione e alle modalità di riunione, nel Protocollo n. 14 (sull'Eurogruppo) allegato al TFUE, non può a rigore né essere assimilato a una formazione del Consiglio, né essere qualificato come organo o organismo dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE. La dichiarazione controversa concerneva, in particolare, la ristrutturazione del settore bancario nella Repubblica di Cipro e, secondo i ricorrenti dinanzi al Tribunale, doveva essere ascritta alla Commissione e alla BCE, come tali destinatarie del ricorso. Il Tribunale ha avuto facile gioco nel rigettare il ricorso in quanto irricevibile, sulla base di due ordini di considerazioni. Anzitutto, essendo l'Eurogruppo una riunione informale dei ministri degli Stati membri interessati[45], le sue dichiarazioni non possono essere ascritte né alla Commissione né alla BCE; in secondo luogo, anche volendo ritenere la dichiarazione dell'Eurogruppo riferibile al sistema MES in generale, per il Tribunale è agevole ricordare che in base alla giurisprudenza *Pringle* "da una parte, le funzioni affidate alla Commissione e alla BCE nell'ambito del Trattato MES non comportano alcun potere decisionale proprio e, dall'altra, le attività esercitate da tali due istituzioni nell'ambito dello stesso Trattato impegnano il solo MES"[46]. A ciò si aggiunge che, non potendo comunque l'Eurogruppo essere considerato un organo decisionale, la sua dichiarazione non può essere ritenuta "quale atto destinato a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi"[47].

La Corte, chiamata a decidere sulla impugnazione delle ordinanze adottate a più riprese dal Tribunale sulla materia in oggetto, ha confermato tali decisioni, sottolineando come l'Eurogruppo debba essere considerato unicamente un "forum di discussione"[48], le cui dichiarazioni non possono essere in alcun modo ritenute una forma di decisione comune della Commissione e della BCE. La dichiarazione di cui si chiedeva l'annullamento non costituiva perciò un atto imputabile all'Unione, in quanto, come già affermato dal Tribunale, essa aveva natura meramente informativa, essendo volta a fornire notizia al pubblico dell'esistenza di un accordo politico con il Governo cipriota nell'ambito del sistema MES[49]. Di fronte ai dubbi sollevati in dottrina circa la reale natura dell'Eurogruppo[50], dei suoi atti, come pure, in generale, di quelli delle istituzioni che intervengono a vario titolo e con modalità diverse ad attuare il Meccanismo europeo di stabilità, la Corte esclude così ogni possibile sindacato su tali atti, per quanto destinati ad incidere in maniera significativa

44 Reperibile *online*.
45 Ordinanza *Mallis*, punto 42.
46 *Ivi*, punto 48.
47 *Ivi*, punto 53. Il Tribunale ha perciò concluso per l'irricevibilità del ricorso. Nello stesso senso vedi anche, con il medesimo oggetto e nello stesso giorno, le ordinanze del Tribunale del 16 ottobre 2014, causa T-328/13, *Tameio*; causa T-329/13, *Petros Chatzithoma*; causa T-330/13, *Lella Chatziioannou*; e causa T-331/13, *Nikolaou*, trattandosi di ricorsi diretti all'annullamento della dichiarazione dell'Eurogruppo del 25 marzo 2013.
48 Sentenza *Mallis*, punto 47.
49 *Ivi*, punto 59.
50 R. Baratta, *Diritto e prassi evolutiva dell'Europa*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, pp. 493-521.

all'interno del sistema dell'Unione sui diritti fondamentali dei singoli, senza alcuna garanzia di controllo democratico sulla loro adozione.

È però soprattutto nel caso della Grecia che emerge chiaramente l'assenza di strumenti di tutela nei confronti delle misure nazionali adottate nell'ambito del meccanismo intergovernativo di assistenza finanziaria posto in essere dagli Stati nell'urgenza di far fronte all'insorgere in quel Paese di una crisi di cui sono stati palesi fin dall'inizio l'estrema gravità e rischiosità per l'intera Unione[51]. Non solo i giudici del Lussemburgo ma anche la stessa Corte EDU si rifiutano di giudicare le possibili violazioni dei diritti economici e sociali dei singoli toccati dalle misure di austerità imposte dai meccanismi di assistenza, riconoscendo la legittimità della legislazione emergenziale così introdotta. È il Tribunale, nel caso *ADEDY*[52], a rigettare per difetto di legittimazione dei ricorrenti, in quanto non direttamente interessati dagli atti impugnati, la domanda di annullamento dell'atto di base del Consiglio, del 10 maggio 2010, adottato ai sensi degli articoli 126, par. 9, e 136 TFUE[53], in relazione al quale il Governo greco aveva introdotto misure di riduzione della spesa pubblica che avevano riguardato gli interessi finanziari e le condizioni di lavoro dei dipendenti pubblici rappresentati in giudizio dalla loro confederazione sindacale (ADEDY). Secondo i ricorrenti, in sostanza, "la Repubblica greca non poteva non dare seguito agli atti impugnati nella misura in cui il rispetto di tali atti sarebbe il presupposto per la concessione del sostegno finanziario a tale Stato attraverso il meccanismo intergovernativo"[54]. Il Tribunale non ha accolto tali argomentazioni, ritenendo che il Governo greco godesse "di un importante potere discrezionale" nell'attuazione degli impegni assunti[55], sicché l'atto di base non era idoneo a produrre effetti diretti sulla situazione giuridica dei ricorrenti che non potevano essere dunque considerati come diretti interessati ai sensi dell'art. 263, co. 4, TFUE[56]. Non sussistendo così le condizioni di ricevibilità, un'eventuale tutela dei diritti dei soggetti così lesi dalle misure di austerità adottate dal Governo greco sarebbe perciò

[51] Sull'insorgere della crisi in Grecia e negli altri Paesi dell'eurozona e sugli strumenti adottati per far fronte immediatamente ad essa, con atti in cui il livello intergovernativo e quello più propriamente dell'Unione finiscono inevitabilmente per confondersi, vedi, in generale, C. Kilpatrick, B. De Witte, *Editor's Introduction*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), *Social Rights in Times of Crisis in the Eurozone: The Role of Fundamental Rights Challenges*, 12 maggio 2010, pp. 1-4, reperibile *online*; nonché sulla situazione greca, in particolare, E. Pychogiopoulou, *Welfare Right in Crisis in Greece: The Role of Fundamental Rights Challenges*, *ivi*, pp. 5-18; e M. Yannakourou, *Challenging Austerity Measures Affecting Work Rights at Domestic and International Level. The Case of Greece*, *ivi*, pp. 19-29.

[52] Ordinanza del Tribunale del 27 novembre 2012, causa T-541/10.

[53] Decisione 2010/320/UE del Consiglio, dell'8 giugno 2010, indirizzata alla Grecia allo scopo di rafforzare e approfondire la sorveglianza della disciplina di bilancio e che intima alla Grecia di adottare misure per la riduzione del disavanzo ritenute necessarie a correggere la situazione di disavanzo eccessivo. Tale decisione era stata preceduta da una serie di atti tra cui, in particolare, l'istituzione, in occasione del vertice del Consiglio europeo del 25 marzo 2010, di un meccanismo intergovernativo di assistenza alla Grecia, cui aveva fatto seguito, il 3 maggio 2010, la sottoscrizione da parte della Grecia e della Commissione, in rappresentanza degli Stati della zona euro, di un *Memorandum of Understanding* contenente un programma di durata triennale volto al miglioramento delle finanze pubbliche greche e al ripristino della fiducia dei mercati.

[54] Ordinanza *ADEDY*, punto 71.

[55] *Ivi*, punto 73; vedi anche punto 84.

[56] *Ivi*, punto 73; vedi anche punto 88.

di competenza dei giudici nazionali, dinanzi ai quali i soggetti interessati avrebbero sempre la possibilità di far valere l'invalidità di tali atti, inducendo detti giudici a rivolgere una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia[57].

Sono stati peraltro proprio i giudici nazionali, ma non quelli greci, bensì quelli tedeschi nella specie, a porre un argine agli effetti di tali misure di austerità in una vicenda che ancora una volta ha evidenziato i limiti del sistema di stabilità, circoscrivendo l'applicabilità dei relativi provvedimenti entro i confini dell'ordinamento dello Stato interessato, anche quando la loro origine sia a livello di diritto dell'Unione o addirittura intergovernativo. Nel caso *Nikiforidis*[58] si trattava di un insegnante presso una scuola gestita dal Governo greco in Germania la cui retribuzione avrebbe dovuto essere ridotta in base alla normativa emergenziale greca. La Corte è stata così richiesta di esprimersi sulla circostanza se il contratto che regolava il rapporto di lavoro del sig. Nikiforidis, pur soggetto alla legge tedesca, dovesse tenere conto delle disposizioni greche, in quanto ritenute di applicazione necessaria ai sensi del regolamento Roma I[59]. La Corte ha escluso che le disposizioni greche di applicazione necessaria dovessero essere applicate al contratto ai sensi dell'art. 9, par. 3, del regolamento Roma I, in quanto non rientranti tra "quelle dello Stato del foro, o dello Stato nel quale gli obblighi derivanti dal contratto devono essere o sono stati eseguiti", potendo semmai il giudice prenderle in considerazione in quanto elementi di fatto, se consentito dal diritto applicabile[60]. Ciò che più conta è che la Corte, per giungere a tale conclusione, non ha preso in alcuna considerazione l'argomento, oggetto invece di valutazione da parte dell'Avvocato generale Szpunar, per cui sussisterebbe un obbligo per i Paesi membri dell'Unione di concorrere, in virtù del principio di leale collaborazione ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE[61], all'assolvimento da parte di un altro Stato, nella specie la Grecia, degli obblighi comunque assunti nei confronti dell'Unione, dando perciò efficacia alle misure di austerità adottate dal Governo greco sulla base della già ricordata decisione 2010/320/UE del Consiglio dell'Unione europea[62]. A questo riguardo, nel caso *Pringle*, l'Avvocato generale Kokott aveva sottolineato come il principio di solidarietà positiva, di cui agli articoli 3, par. 3, e 122, par. 1, TFUE, rappresenti uno strumento interpretativo delle disposizioni di assistenza reciproca in campo economico e finanziario[63], destinato quindi, a nostro avviso, a riflettersi sull'attuazione dei meccanismi di stabilità finanziaria mediante la previsione di forme di collaborazione tra gli Stati interessati, anche attraverso strumenti di diritto interno. Nel caso *Nikiforidis* l'Avvocato generale Szpunar esclude però che dal principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE possa dedursi alcun obbligo "di dare efficacia alle norme di un altro

57 *Ivi*, punti 89-90.

58 Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2016, causa C-135/15.

59 Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

60 Sentenza *Nikiforidis*, punto 55.

61 Vedi M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, il quale sottolinea gli impegni di leale collaborazione fra gli Stati che aderiscono a forme di collaborazione rafforzata cui sarebbe però estraneo il MES, sulla cui compatibilità con gli articoli 4, par. 3, e 20 TUE vengono sollevate forti perplessità nonostante quanto deciso dalla Corte di giustizia nel caso *Pringle* (p. 294 ss.).

62 Conclusioni dell'Avvocato generale Szpunar del 20 aprile 2016, sentenza *Nikiforidis*, punto 113 ss.

63 Presa di posizione *Pringle*, punto 142 ss.

Stato membro, nemmeno quando queste ultime dovessero servire all'assolvimento da parte dello Stato in questione, degli obblighi nei confronti dell'Unione"[64], evidenziando così le incongruenze di un sistema che, pur pretendendo di avvalersi delle istituzioni dell'Unione, non ne accetta i principi fondanti, tanto da non prevedere una reale collaborazione fra gli Stati, salvo poi concludere, come fa l'Avvocato generale nel caso in esame, che, nel decidere se dare o meno efficacia alle norme greche, "il giudice dovrebbe tenere conto del fatto che le norme in discorso sono state adottate da un altro Stato membro al fine di assolvere gli obblighi scaturenti dall'appartenenza all'Unione. Tuttavia, ciò non è determinante per la decisione definitiva che verrà adottata nel merito dal giudice adito"[65]. Considerazione questa che, in sede di interpretazione dell'art. 9, par. 3, del regolamento Roma I, è stata ripresa anche dalla Corte, ma che non fa che accrescere il senso di insoddisfazione per l'assenza di un chiaro quadro normativo di riferimento. Nel caso di specie, l'assenza di un obbligo di leale collaborazione che operi orizzontalmente tra gli Stati della zona euro è servita a tutelare i diritti del singolo, ma di certo non si può escludere che in altre circostanze essa possa operare in senso opposto ed avere perciò effetti negativi per il singolo stesso. Di certo questa assenza di obblighi di collaborazione rende ancora più grave l'isolamento dello Stato interessato dai meccanismi di stabilità e lasciato solo nell'attuare le necessarie misure di adeguamento.

Non hanno invece avuto alcun esito positivo per i diretti interessati i rinvii pregiudiziali effettuati dai giudici portoghesi alla Corte di giustizia nei casi *Sindicato dos Bancários do Norte* e *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins*, con riguardo alla compatibilità con il diritto dell'Unione delle misure di austerità introdotte dal governo di quel Paese[66]. Nel primo caso[67] la Corte, richiesta di annullare le misure statali di riduzione della retribuzione dei dipendenti pubblici ai sensi dell'art. 31 della Carta, si è dichiarata incompetente, ritenendo la questione priva di rilevanza comunitaria sulla base dell'art. 51, par. 1, della stessa Carta. Nel secondo

[64] Conclusioni *Nikiforidis*, punto 125. Pur rappresentando infatti l'obbligo di leale collaborazione "uno dei principi fondamentali del sistema del diritto dell'Unione" (punto 115), esso "vincola le autorità, inclusi gli organi giurisdizionali, di uno Stato membro esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione" (punto 116). Nel caso di specie invece "l'applicazione del regolamento Roma I si limita all'individuazione della legge applicabile a un determinato contratto. La decisione del merito della controversia non è invece adottata sulla base del regolamento Roma I, ma sulla base della legge applicabile (*lex causae*)" (punto 117).

[65] *Ivi*, punto 126. Si ricordi però una risalente giurisprudenza della Corte che, nella sentenza del 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/69, *Francia* c. *Commissione*, aveva affermato la stretta connessione fra gli obblighi di collaborazione (all'epoca senza ulteriore qualificazione) di cui all'art. 5 CEE e la mutua assistenza cui gli Stati membri sono tenuti quando si tratti di far fronte agli squilibri finanziari di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 120 TCEE (punto 16/17). In generale, vedi A. Lang, *La leale collaborazione e gli obblighi comunitari*, in F. Preite, A. Gazzanti Pugliese di Crotone (a cura di), *Atti notarili. Diritto comunitario e internazionale*, III, *Diritto comunitario*, in F. Preite (diretto da), *Trattato notarile*, Torino, 2011, pp. 11-36, spec. p. 13 ss.

[66] Si vedano, M. Nogueira de Brito, *Putting Social Rights in Brackets? The Portuguese Experience with Welfare Challenges in Times of Crisis*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), *op. cit.*, pp. 67-77, e J. Gomes, *Social Rights in Crisis in the Eurozone. Work Rights in Portugal*, *ivi*, pp. 78-84.

[67] Ordinanza della Corte di giustizia del 7 marzo 2013, causa C-128/12, *Sindicato dos Bancários do Norte*.

caso[68], la Corte si è limitata a riaffermare la propria incompetenza, richiamandosi a quanto già deciso nel caso precedente, senza fornire ulteriori indicazioni.

3. La crisi economica e finanziaria ha anche favorito il contenzioso relativo all'adozione di misure di salvataggio di enti creditizi in difficoltà adottate nel quadro, questa volta, del diritto dell'Unione. Anche in questo caso a prevalere nella giurisprudenza della Corte sono le medesime considerazioni relative al superiore interesse pubblico alla stabilità del sistema finanziario dell'area euro che giustificano limitazioni dei diritti economici dei singoli investitori.

Nel caso *Kotnik*[69], ad essere oggetto del rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale slovena era, in sostanza, la conformità con gli articoli da 107 a 109 TFUE del principio della condivisione degli oneri (*burden sharing*) da parte di azionisti e creditori subordinati come condizione per la concessione di un aiuto di Stato alle banche slovene, in relazione all'interpretazione, tra l'altro, dei punti da 40 a 46 della comunicazione della Commissione relativa all'applicazione delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria[70]. Ad essere lamentata era anche l'incompatibilità di tali misure con il diritto di proprietà garantito dall'art. 17 della Carta. La Corte ritiene infondata la censura in quanto il danno subìto è ricollegabile al normale rischio di ogni investimento[71] e soprattutto si giustifica con il superiore interesse pubblico alla stabilità del sistema finanziario dell'area euro minacciata da una crisi sistemica[72]. Non diversamente, nel caso *Dowling*[73], la Corte fa ancora una volta riferimento alla natura eccezionale delle misure adottate dal Governo irlandese, per giustificare la compressione dei diritti degli azionisti in tema di aumento di capitale, quali riconosciuti dalla seconda direttiva sul diritto societario[74]. Nel bilanciamento di interessi a prevalere è infatti l'esigenza di evitare il possibile rischio sistemico, già evidenziato

[68] Ordinanza della Corte di giustizia del 26 giugno 2014, causa C-264/12, *Sindicato Nacional dos Professionais de Seguros e Afins.*

[69] Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2016, causa C-526/14.

[70] Comunicazione della Commissione relativa all'applicazione, dal 1° agosto 2013, delle norme in materia di aiuti di Stato alle misure di sostegno alle banche nel contesto della crisi finanziaria ("La comunicazione sul settore bancario").

[71] Sentenza *Kotnik*, punto 73.

[72] *Ivi*, punto 88 ss. Non può così valere il richiamo alla giurisprudenza *Pafitis* (sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 1996, causa C-441/93), dove la misura adottata era di semplice risanamento e il contesto fattuale e giuridico non era comparabile a quello "straordinario", di cui in causa, "di grave turbamento di un'economia nazionale", in presenza del quale occorreva "porre rimedio a una crisi finanziaria sistemica atta ad incidere sull'intero sistema finanziario nazionale e sulla stabilità finanziaria dell'Unione" (sentenza *Kotnik*, punto 90). Così anche le conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 18 febbraio 2016, *Kotnik*, punto 104 ss.

[73] Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2016, causa C-41/15.

[74] Seconda direttiva 77/91/CEE del Consiglio, del 13 dicembre 1976, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società di cui all'articolo 58, secondo comma, del Trattato, per tutelare gli interessi dei soci e dei terzi per quanto riguarda la costituzione della società per azioni, nonché la salvaguardia e le modificazioni del capitale sociale della stessa.

nella sentenza *Kotnik*, e di garantire la stabilità del sistema finanziario della zona euro[75].

La difficoltà per i singoli di trovare una qualche forma di tutela dei loro diritti fondamentali[76] dinanzi alla Corte di giustizia, vuoi mediante i ricorsi per annullamento, vuoi tramite i rinvii pregiudiziali effettuati dai giudici nazionali, ha fatto sì che ad intervenire siano state le corti costituzionali di alcuni Paesi membri, con risultati tra loro a volte contraddittori e comunque anch'essi non del tutto soddisfacenti[77], in quanto se "chiamate a valutare la conformità del MES alle rispettive Costituzioni interne [esse] si sono per lo più mostrate prudenti, svolgendo un rigoroso bilanciamento dei diversi interessi e giungendo in ogni caso ad escludere una violazione delle norme costituzionali"[78]. In realtà, fra i Paesi riguardati dalle misure adottate nell'ambito del sistema MES, l'unica ad intervenire in contrasto con le misure adottate è stata la Corte costituzionale portoghese[79], con peraltro esitazioni e difficoltà ben comprensibili alla luce della opacità delle basi giuridiche dei meccanismi di stabilità posti in essere dagli Stati e dall'Unione anche al di fuori del sistema giuridico europeo. Richiesta, in più occasioni, di giudicare sulla compatibilità delle misure di austerità introdotte al fine di assicurare la stabilità finanziaria del Paese con i principi costituzionali interni di uguaglianza e rispetto della dignità umana, essa ha dichiarato, in alcuni casi, l'illegittimità[80] dei tagli così effettuati alle retribuzioni dei dipendenti pubblici, reputando che il rispetto dei principi costituzionali fosse coerente con l'osservanza del diritto dell'Unione. Il ragionamento della

[75] *Ivi*, punto 54: "[s]ebbene vi sia un evidente interesse pubblico a garantire, in tutta l'Unione, una tutela forte e coerente degli azionisti e dei creditori, tale interesse non può essere ritenuto prevalente, in ogni circostanza, rispetto all'interesse pubblico consistente nel garantire la stabilità del sistema finanziario".

[76] In argomento, vedi A. Vettorel, *The European Stability Mechanism: Human Rights Concerns Without Responsibilities?*, in *Perspectives on Federalism*, 2015, n. 3, reperibile *online*.

[77] Vedi G. Bronzini, *Le misure di* austerity *e la giurisprudenza "multilivello". Verso lo scollamento tra protezione europea e protezione interna*, in *Questione giustizia*, 2015, reperibile *online*. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca in merito alla compatibilità dei meccanismi di stabilità finanziaria con la legge fondamentale, dopo la sentenza del 21 giugno 2016 che ha dichiarato legittimo il programma di acquisto di titoli di Paesi in crisi (OMT), vedi, per tutti, L. F. Pace, *And Indeed It Was a (Failed) Nullification Crisis: The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court and the Winners and Losers of the Final Showdown in the OMT Case*, in *SIDI Blog*, 2016, reperibile *online*.

[78] Così F. M. Cucchiara, *op. cit.*, p. 110, anche per riferimenti alle posizioni delle corti costituzionali dei vari Paesi membri.

[79] In merito, vedi, per tutti, R. Cisotta, D. Gallo, *The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: A Reappraisal*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), *op. cit.*, pp. 85-103; nonché, F. Munari, *Crisi dell'euro e crisi delle regole:* rule of law *o ragion politica? Il diritto dell'Unione dinanzi a nuove sfide*, in O. Porchia (a cura di), Governance *economica europea. Strumenti dell'Unione, rapporti con l'ordinamento internazionale e nell'ordinamento interno*, Napoli, 2015, pp. 33-56, spec. p. 53 ss.; nonché F. Pereira Coutinho, *Austerity on the Loose in Portugal: European Judicial Restraint in Times of Crisis*, in *Perspectives on Federalism*, 2016, n. 3, pp. E-105-E-132, reperibile *online*.

[80] Vedi, in particolare, Tribunal Constitucional, Acòrdãos n. 353/2012 del 5 luglio 2012, n. 187/2013 del 5 aprile 2013 e n. 474/2013 del 29 agosto 2013: per un commento, vedi, per tutti, C. Salazar, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 2013, n. 4, reperibile *online*, anche per ulteriori riferimenti; e D. Butturini, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, *ivi*, 2016, n. 3, p. 10 ss.

Corte, di certo sofferto[81], si basa sul bilanciamento fra la valenza costituzionale dei vincoli scaturenti dall'appartenenza all'Unione e la necessaria salvaguardia dei principi, costituzionalmente sanciti, di "proteção da confiança, da igualdade e/ou da proporcionalidade"[82] e pare chiaramente ispirato alla teoria dei controlimiti, quale unico reale rimedio di fronte all'eccessiva ingerenza della legislazione emergenziale, applicata però non nei confronti della norma europea, in quanto tale, ma delle misure interne attuative degli impegni assunti in ambito europeo per garantire la stabilità finanziaria del Paese.

Opposta è la valutazione del Consiglio di Stato greco che, in particolare, nella decisione del 20 febbraio 2012 respinge le censure relative alla violazione del diritto di proprietà quale tutelato sia dalla Costituzione greca sia dalla CEDU, giustificando le misure di austerità che avevano comportato tagli alle pensioni con la situazione economica di emergenza e il preminente interesse pubblico[83]. Analoga la posizione assunta dalla Corte suprema dell'Estonia che con decisione del 12 luglio 2012[84] ha ritenuto che la stabilità finanziaria dell'area euro costituisca un bene comune a tutti i Paesi membri tanto da assumere a livello nazionale un valore costituzionale.

Particolare il caso dell'Italia e della Spagna, Paesi non direttamente interessati dal MES, ma comunque richiamati dall'Unione all'adozione di misure idonee ad assicurare la stabilità finanziaria dei due Paesi[85]. Nel nostro Paese si è proceduto nel 2012 a riformare di conseguenza la stessa Carta costituzionale introducendo all'art. 81 il principio del pareggio di bilancio[86], ritenuto una sorta di "super-norma" ordinante tutte le altre disposizioni della Costituzione, tanto da far pensare ad una sorta di arrendevolezza costituzionale al governo dei numeri[87] che troverebbe conferma nella giurisprudenza della stessa Corte. In particolare, nella sentenza n. 310/2013, del 17 dicembre 2013[88], la Corte, pronunciandosi sul blocco degli stipendi dei

---

81 Non a caso la decisione contiene opinioni concorrenti ed opinioni dissenzienti per le quali si rinvia a T. Abbiate, *Portogallo: la giurisprudenza del Tribunale costituzionale al tempo della crisi. Una nuova in materia di legge di bilancio*, in *Forum costituzionale*, 2013, reperibile *online*.

82 Tribunal Constitucional, Acòrdão n. 187/2013, par. 30.

83 Decisione del Consiglio di Stato greco, n. 668/2012, per la quale vedi M. Yannakourou, *op. cit.*, p. 22 ss.

84 Sentenza della Corte Suprema dell'Estonia del 12 luglio 2012, n. 3-4-1-6-12, spec. par. 163 ("The Supreme Court *en banc* finds that the economic and financial sustainability of the euro area is contained in the constitutional values of Estonia") e 208; in merito, vedi F. Munari, *Crisi dell'euro*, cit., p. 55.

85 Per il caso italiano, con riferimento alla lettera inviata dalla BCE in data 5 agosto 2011 al nostro Governo, in cui esprimendo preoccupazioni sulla situazione finanziaria del Paese si raccomandava fortemente l'adozione di una serie di misure di austerità, vedi D. Tega, *Welfare Rights in Italy*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), *op. cit.*, pp. 50-59, spec. p. 51 ss.; e A. Lo Faro, *Fundamental Rights Challenges to Italian Labour Law Developments in the Time of Economic Crisis: An Overview*, *ivi*, pp. 60-66, spec. p. 65. Per la lettera inviata in stessa data al *premier* spagnolo e sulle risposte di entrambi i governi, vedi A. Viterbo, *La politica di condizionalità della BCE: problematiche e prospettive*, in O. Porchia (a cura di), *op. cit.*, pp. 98-125, spec. p. 115 ss.

86 Per il processo di costituzionalizzazione, nei singoli Paesi membri, dei vincoli di bilancio, vedi i contributi in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2016.

87 Così G. Bronzini, *op. cit.*, anche per ulteriori riferimenti.

88 Sentenza della Corte costituzionale del 17 dicembre 2013, n. 310. Si vedano però anche le sentenze dell'11 ottobre 2012, n. 223, e del 5 giugno 3013, n.116, dove è stata dichiarata l'incostituzionalità di taluni tagli al trattamento economico di determinate categorie, quali i magistrati, suscitando numerose

professori universitari, ha ritenuto legittima la disposizione in questione sulla base proprio del principio di equilibrio dei bilanci della Pubblica amministrazione anche in ragione del più ampio contesto economico europeo. Nella successiva sentenza n. 10/2015, dell'11 febbraio 2015[89], sulla c.d. *Robin tax*, la Corte ha fatto invece riferimento all'obbligo di rispetto dei parametri europei per negare l'applicazione retroattiva degli effetti della dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione in oggetto. Una inversione di tendenza sarebbe però rintracciabile nella sentenza n. 70/2015[90], del 30 aprile 2015, dove, in tema di blocco delle indicizzazioni delle pensioni, la Corte ha riaffermato lo statuto costituzionale dei diritti sociali, destinati a prevalere sulle esigenze finanziarie, e confermato la necessità di far ricorso alle ordinarie tecniche di bilanciamento dei valori costituzionali anche in presenza di misure anti-crisi[91].

Diverso l'atteggiamento assunto dal Tribunale costituzionale spagnolo[92], mostratosi prudente se non riluttante[93] ad occuparsi della questione della compatibilità costituzionale delle misure di austerità adottate da quel Paese con riguardo, in particolare, alla loro incidenza sul godimento dei diritti sociali[94], stante la presenza di un vincolo costituzionale di *deficit* di bilancio. I commentatori[95] si limitano perciò a ricordare gli effetti riflessi della sentenza della Corte di giustizia nel caso *Aziz*[96], in tema di *housing* sociale, la cui rilevanza sul piano della tutela dei diritti in tempo di crisi è peraltro oltremodo limitata.

Quanto infine alla Corte EDU, anch'essa ha assunto un atteggiamento di prudenza, se non di *self-restraint*[97], di fronte ai problemi posti dalla crisi economica

---

critiche per il diverso trattamento rispetto a situazioni sostanzialmente non dissimili, a dimostrazione comunque delle "evidenti tensioni tra l'applicazione delle misure di austerità varate dagli Stati membri nel contesto dell'UME e i principi costituzionali su cui si fonda il nostro ordinamento": F. Munari, *Crisi dell'euro*, cit., p. 54.

89 Sentenza della Corte costituzionale dell'11 febbraio 2015, n. 10. In merito, vedi B. Brancati, *Decidere sulla crisi: le Corti e l'allocazione delle risorse in tempi di "austerità"*, in *Federalismi*, 2015, n. 16, p. 28 ss., reperibile *online*.

90 Sentenza della Corte costituzionale del 30 aprile 2015, n. 70. In merito, vedi, anche per ulteriori richiami, D. Butturini, *op. cit.*, p. 13 ss.

91 Sentenza della Corte costituzionale n. 70/2015, par. 10 del "considerato in diritto". Vedi anche sentenza della Corte costituzionale del 23 luglio 2015, n. 178, anch'essa relativa a situazioni emergenziali ed in cui si fa espresso riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU favorevole alla ricerca di un giusto equilibrio fra le esigenze di interesse generale della comunità e i requisiti di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo (sul punto vedi *infra*): par. 17 del "considerato in diritto". In merito vedi, D. Butturini, *op. cit.*, p. 28 ss.

92 Vedi M. González Pascual, *Welfare Rights and Euro Crisis – The Spanish Case*, in C. Kilpatrick, B. De Witte (eds.), *op. cit.*, pp. 95-103, e M. Luz Rodriguez, *Labour Rights in Crisis in the Eurozone: The Spanish Case*, *ivi*, pp. 104-113.

93 G. Fontana, *I giudici europei di fronte alla crisi economica*, 2014, p. 14 ss., reperibile *online*. Vedi, anche per valutazioni comparative, C. Marchese, *Vincoli di bilancio, finanza pubblica e diritti sociali. Prospettive comparate: Germania, Spagna, Portogallo e Grecia, STU 273 – Estratto*, febbraio 2016, p. 36 ss., reperibile *online*.

94 M. González Pascual, *op. cit.*, p. 98 ss.

95 *Ivi*, p. 100 ss.

96 Sentenza della Corte di giustizia del 14 marzo 2013, causa C-415/11.

97 F. Saitto, *La "solitudine" delle corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerity e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, 2016, pp. 421-450, spec.

dei Paesi dell'area euro[98]. Le considerazioni relative all'esistenza di una situazione economica di emergenza sono parse infatti sufficienti anche alla Corte EDU per giustificare le misure di austerità introdotte nel 2010 dal Governo greco e la conseguente riduzione dei trattamenti pensionistici dei dipendenti pubblici, rendendo quindi vani i ricorsi promossi anche dinanzi a quella Corte dalla sig.ra Koufaki e dalla Confederazione sindacale del pubblico impiego (ADEDY)[99], che lamentavano una presunta violazione dell'art. 1, par. 1, del Protocollo n. 1. La Corte ha infatti ritenuto che, alla luce del quadro di particolare difficoltà economica in cui erano state adottate, tali misure non avevano comportato un sacrificio eccessivo per gli interessati e comunque non avevano superato il margine di discrezionalità di cui godevano le autorità nazionali, non potendo la Corte, in tali circostanze, sindacare se esse fossero anche le più idonee o le sole possibili per far fronte alla situazione[100]. Alla stessa conclusione la Corte è giunta, sempre nel 2013, anche nel caso *Da Conceição Mateus*[101], con riguardo alle misure di riduzione del trattamento pensionistico adottate dal Portogallo, ritenendole rispondenti all'interesse pubblico a fronteggiare la situazione di emergenza economica, proporzionate e comunque coerenti con la discrezionalità di cui gode il governo di quel Paese. Infine, nel caso *Mamatas e altri*[102], la Corte è tornata ad occuparsi delle vicende greche con riguardo alle misure di *bail in*, ritenute anch'esse giustificate dall'interesse generale alla stabilità economica.

Volendo trarre una prima conclusione, il quadro fin qui delineato mostra una sostanziale affermazione a livello sia nazionale sia europeo della legislazione emergenziale nei riguardi dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione. In particolare, la responsabilità dell'Unione, pur affermata in astratto, viene poi esclusa nel caso concreto, risultando di fatto oltremodo difficile, se non impossibile, dimostrare la

p. 448.

98 N. Napoletano, *Estensione e limiti della dimensione economica e sociale della Convenzione europea dei diritti umani in tempo di crisi economico-finanziaria*, in *Diritti umani e diritto internazio*nale, 2014, pp. 389-428, spec. p. 423 ss.

99 Decisione della Corte EDU del 7 maggio 2013, *Koufaki e ADEDY* c. *Grecia*.

100 In merito, vedi anche la decisione della Corte EDU del 7 febbraio 2012, *Mihăieş e Senteş*, avente ad oggetto la riduzione dello stipendio dei dipendenti pubblici operata dal Governo rumeno: "l'ingérence (…) poursuivait un but d'utilité publique, à savoir sauvegarder l'équilibre budgétaire entre les dépenses et les recettes publiques de l'État qui était confronté à une situation de crise économique" (par. 18); nonché, ancora con riguardo alla introduzione di un contributo straordinario di solidarietà da parte del Governo portoghese, la decisione della Corte EDU del 24 settembre 2015, *Silva Carvalho Rico*, dove viene confermato il precedente orientamento sulla prevalenza dell'interesse pubblico in situazioni di crisi, facendo anche ampio richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale portoghese. Infine, per considerazioni sulla giurisprudenza della Corte EDU in tema di diritto di proprietà, M. Marini, *Il caso Northern Rock: il consolidarsi del nuovo paradigma proprietario nel nuovo diritto privato europeo*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2014, pp. 493-514.

101 Decisione della Corte EDU dell'8 ottobre 2013, *Da Conceição Mateus e Santos Januário* c. *Portogallo*.

102 Sentenza della Corte EDU del 21 luglio 2016, *Mamatas e altri* c. *Grecia*. In questo caso a rivolgersi alla Corte europea dei diritti dell'uomo sono stati ben 6.320 cittadini greci, piccoli risparmiatori, i cui ricorsi sono stati però tutti respinti, alcuni perché dichiarati inammissibili, altri perché ritenuti infondati nel merito, principalmente in quanto "l'ingerenza" nel diritto di proprietà si giustificava in nome dello scopo perseguito: "à savoir, le maintien de la stabilité économique et la restructuration de la dette, dans l'intérêt général de la communauté" (par. 103).

sussistenza delle condizioni richieste per la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni. Lo stesso varrebbe per una eventuale violazione da parte delle norme nazionali delle disposizioni della Carta o di altre norme di fonte pattizia. Nel primo caso, troverebbero difatti applicazione nei riguardi degli Stati principi analoghi a quelli che regolano la responsabilità extracontrattuale dell'Unione, con tutte le difficoltà già enunciate, cui si aggiungerebbe la prova della rilevanza comunitaria della fattispecie, che può risultare tutt'altro che agevole, come si desume dalla decisione della Corte nel caso *Ullens de Schooten*[103]. Nel secondo, già in occasione delle vicende greche si era posto il problema dell'applicazione del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966 oppure della Carta sociale europea del 1961 e del Protocollo addizionale del 1995 su un sistema di reclamo collettivo al Comitato europeo dei diritti sociali, ma il Consiglio di Stato[104] aveva concluso comunque, a vario titolo, per la esclusione della rilevanza di tali strumenti.

Quanto agli organi costituzionali dei vari Paesi costretti ad attuare politiche recessive per far fronte alla crisi economica e finanziaria[105], essi, come nel caso italiano, hanno assunto atteggiamenti oscillanti, dovuti anche alla possibile presenza di vincoli costituzionali di rispetto del principio di parità del bilancio. Resterebbe ai singoli, nel sistema multilivello di tutela dei diritti, la possibilità di avvalersi dei rimedi giurisdizionali previsti dalla CEDU. Anche questa opzione si rivela però impercorribile, a conferma di come quella zona grigia cui si è fatto cenno interessi trasversalmente tutto il sistema multilivello di tutela dei diritti economici e sociali della persona, qualunque sia la loro fonte normativa. A prevalere sono sempre e comunque le esigenze statali, siano esse determinate autonomamente oppure, come nei casi oggetto di esame, siano esse imposte dai meccanismi di stabilità intergovernativi e da quelli comunitari. Di fronte ai primi i giudici nazionali sono privi ovviamente di rimedi che non siano quelli previsti dalle singole costituzioni, in relazione agli impegni assunti in sede internazionale, di fronte ai secondi l'unico possibile rimedio sarebbe probabilmente rappresentato dal ricorso al limite della tutela dei valori fondamentali, sociali ed economici, costituenti l'identità nazionale di un Paese, ai sensi dell'art. 4, par. 2, TUE. A parte il tentativo della Corte costituzionale portoghese, non ci pare però vi siano allo stato attuale precise prese di posizione in tal senso a livello dei singoli Stati. Ciò fa sì, ancora una volta, che la legislazione emergenziale si ponga in quella zona grigia in cui gli Stati possono

[103] Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2016, causa C-268/15. Non è stata così ritenuta sussistente, ai sensi dell'art. 340 TFUE, una "violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers" da parte della BCE in relazione alle misure da essa adottate per la ristrutturazione del debito pubblico greco: sentenza del Tribunale del 24 gennaio 2017, causa T-749/15, *Nausicaa Anadyomène*, punti 69 e 123. Si veda però, dello stesso Tribunale, la sentenza del 10 gennaio 2017, T-577/14, *Gascogne*, dove l'Unione è stata condannata, a titolo di responsabilità extracontrattuale, per la durata eccessiva di un procedimento giurisdizionale.

[104] Per i necessari riferimenti, vedi E. Psychogiopoulou, *op. cit.*, p. 9 ss., e M. Yannakourou, *op. cit*., p. 22 ss. In merito, in particolare, all'azione di controllo esercitata dall'ILO nei riguardi oltre che della Grecia anche di Portogallo e Spagna per le rispettive riforme del mercato del lavoro, vedi L. Mola, Governance *economica e diritti economici e sociali nell'Unione europea: il ruolo dell'ILO a fronte della crisi economico-finanziaria*, in O. Porchia (a cura di), *op. cit*., pp. 195-222, spec. p. 207 ss.

[105] Per l'atteggiamento invece della giurisprudenza dei Paesi "creditori", vedi G. Fontana, *op. cit.*, p. 25 ss.

operare, avvalendosi dell'Unione, in un regime di sostanziale sospensione dei diritti economici sanciti dalla Carta e dalla CEDU. Gli strumenti sono quelli del ricorso al metodo intergovernativo per preservare la sovranità degli Stati sulle questioni di bilancio e finanza pubblica, oppure, quando ad applicarsi è comunque il diritto dell'Unione, ad un bilanciamento dell'interesse alla stabilità finanziaria degli Stati membri, mediante finanze pubbliche sane e stabilità dei prezzi, che assume quindi valenza di obiettivo primario, ai sensi degli articoli 3, par. 3, TUE, e 119, paragrafi 2 e 3, e 127, par. 1, TFUE, e i diritti fondamentali riconosciuti ai cittadini europei, in cui l'unico correttivo al prevalere dei primi è il giudizio di proporzionalità, sempre che non si voglia esplorare la strada del ricorso al limite del rispetto dell'identità nazionale. Quello stesso interesse alla stabilità finanziaria assume valenza costituzionale all'interno dei singoli Stati membri, privando così i singoli di tutela a livello sia nazionale sia dell'Unione, con l'aggravante che in questo secondo caso il processo di adozione degli atti alla base dei vari meccanismi di stabilità finanziaria risulta oltremodo opaco e, come già osservato, privo dei requisiti di democraticità, non essendo previsto il coinvolgimento del Parlamento europeo o dei parlamenti nazionali[106].

4. L'arretramento della tutela dei diritti dei singoli in questi ultimi anni di emergenza economica non ha riguardato solo i diritti economici, ma anche quelli sociali e della persona, soprattutto nei confronti delle componenti più deboli della società quando queste si sono avvalse dei diritti connessi alla libertà fondamentale di circolazione[107]. La sentenza *Regno Unito*, del 14 giugno 2016[108], rappresenta probabilmente, anche solo perché pronunciata alla vigilia del *referendum* del 23 giugno 2016 sull'uscita dello stesso Regno Unito dall'Unione europea, il punto di arrivo di una evoluzione giurisprudenziale in cui un ruolo fondamentale ha avuto la sentenza *Brey*, del 19 settembre 2013[109], non a caso più volte richiamata nel caso *Regno Unito* dal governo di quel Paese a sostegno delle proprie ragioni. Chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione della direttiva 2004/38, che subordina, in particolare, l'esercizio del diritto di soggiorno in un altro Stato membro per un periodo superiore a tre mesi alla disponibilità di risorse economiche sufficienti a garantire il sostentamento

[106] La gestione degli interventi di salvataggio è infatti affidata "principalmente a istituzioni che operano o secondo il metodo intergovernativo, come il MES, o in una posizione di piena indipendenza dagli organi rappresentativi, come la BCE": F. Donati, *Crisi dell'euro*, governance *economica e democrazia nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, pp. 337-361, spec. p. 360.

[107] Sul diritto di libera circolazione e soggiorno, vedi C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2014, II ed., p. 97 ss.; per quanto riguarda invece, in particolare, i riflessi della crisi economico-finanziaria su tale libertà fondamentale, vedi, per tutti, anche per ulteriori riferimenti, R. Palladino, *Protezione delle finanze degli Stati membri e ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 533-556.

[108] Sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2016, causa C-308/14.

[109] Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2013, causa C-140/12.

dell'interessato e del suo nucleo familiare[110], e del regolamento 883/2006[111], in tema di libera circolazione delle persone e di riconoscimento delle prestazioni sociali[112], la Corte pone al centro delle proprie considerazioni la valutazione dell'eccessivo onere economico rappresentato dalla concessione di tali prestazioni ai cittadini economicamente inattivi che esercitano la libera circolazione. L'esistenza di risorse economiche sufficienti diviene così un limite alla solidarietà transnazionale, mentre il diritto di soggiorno opera come condizione per il godimento delle prestazioni sociali da parte di cittadini dell'Unione che non posseggano o non posseggano più la qualità di lavoratore, nel rispetto del principio di proporzionalità. Inizia con tale decisione il tramonto del "mito" della cittadinanza sociale e, in una Europa in cui gli Stati conoscono le difficoltà create dalla crisi economica, la libera circolazione dei cittadini economicamente inattivi finisce per assumere le sembianze riprovevoli del "turismo sociale", ossia di immigrazione motivata dal desiderio opportunistico di accedere alle prestazioni di *welfare* dei Paesi di destinazione, più generose di quelle previste nei Paesi d'origine[113]. Ne consegue un onere economico divenuto non più sostenibile per i sistemi finanziari e previdenziali degli Stati membri interessati da tale fenomeno migratorio.

È la Germania a sollevare esplicitamente il problema del turismo sociale nel caso *Dano*, deciso dalla Corte con sentenza dell'11 novembre 2014[114]. A confrontarsi sono la dimensione sociale della cittadinanza europea e gli interessi dello Stato

[110] Art. 7, par. 1, lett. b), 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 familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri.

[111] Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

[112] La direttiva consente al cittadino economicamente inattivo di ottenere l'assistenza sociale solo se ciò non comporta un onere eccessivo per lo Stato membro in cui soggiorna, mentre il regolamento lo equipara al cittadino con riguardo alle prestazioni speciali in denaro non contributive. Nel caso *Brey* la questione era se il riferimento contenuto nell'art. 70 del regolamento alla disciplina nazionale comportasse anche l'applicazione della direttiva e perciò la possibilità, ai sensi della direttiva stessa, di introdurre limitazioni legate all'onere economico delle prestazioni in discorso per lo Stato interessato. I due aspetti vanno in realtà tenuti distinti nel senso sopra chiarito: così R. Rossolini, *L'assistenza sociale ai cittadini europei migranti economicamente inattivi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, pp. 125-137, spec. p. 136, dove si critica la Corte di giustizia per aver "troppo sbrigativamente" equiparato le erogazioni speciali in denaro non contributive alle prestazioni di assistenza sociale. Sul punto vedi anche R. Palladino, *op. cit.*, la quale sottolinea come la giurisprudenza della Corte si basi, oltre che sulla operazione ermeneutica di "associazione" o "connessione" tra la nozione di prestazione speciale di denaro a carattere non contributiva, di cui al regolamento, con quella di sistema di assistenza sociale, di cui alla direttiva, anche sull'affermazione "della facoltà in capo agli Stati membri di subordinare la concessione di prestazioni sociali a cittadini dell'Unione economicamente inattivi al requisito che essi soddisfino le condizioni per disporre di un diritto di 'soggiorno legale' nello Stato membro ospitante" (p. 540). Diversamente vedi le conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 6 ottobre 2015, *Regno Unito*, il quale, dopo aver stabilito che nella specie si trattava di prestazioni di sicurezza sociale, ai sensi del regolamento (punto 46), successivamente ritiene applicabile la giurisprudenza formatasi nella sentenza *Brey* e in quelle successive nei casi *Dano* e *Alimanovic*, relative a prestazioni di assistenza sociale, di cui alla direttiva (punto 61 ss.).

[113] Vedi M. Ferrera, *Rotta di collisione. Euro contro Welfare?*, Bari, 2016, p. 35.

[114] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2014, causa C-333/13. Per un commento, vedi S. Barbou des Places, *La cohérence du droit de la libre circulation des personnes à l'épreuve de la mobilité des indigents*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2015, pp. 133-147.

ad evitare un onere eccessivo. Ne emerge un nuovo modello di solidarietà sociale selettivo[115], in cui è forte la stigmatizzazione[116] del comportamento dei cittadini economicamente inattivi, non meritevoli, come nel caso di specie, di ricevere prestazioni sociali, in quanto non dispongono di risorse economiche sufficienti per poter rivendicare il beneficio del diritto di soggiorno ai sensi della direttiva 2004/38[117]. Di qui il superamento del binomio residenza, come prevista dal regolamento 883/2004, e diritto alla prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, che non necessariamente seguono la prima, in quanto esse sono concesse, in base al medesimo regolamento, esclusivamente nello Stato membro di residenza dell'interessato, conformemente alla normativa dello stesso. Ne consegue che nulla osta a che "la concessione di tali prestazioni ai cittadini dell'Unione economicamente inattivi sia subordinata al requisito che essi soddisfino le condizioni per disporre di un diritto di soggiorno nello Stato membro ospitante ai sensi della direttiva 2004/38"[118]. I cittadini (dell'Unione) migranti possono così essere "esclusi dal beneficio di talune 'prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo' ai sensi dell'articolo 70, paragrafo 2, del regolamento n. 883/2004, mentre tali prestazioni sono garantite ai cittadini dello Stato membro ospitante che si trovano nella medesima situazione, allorché tali cittadini di altri Stati membri non godono di un diritto di soggiorno in forza della direttiva 2004/38 nello Stato membro ospitante"[119]. Affinché dunque il cittadino economicamente inattivo e i suoi familiari non "divengano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante"[120], possono essere introdotte limitazioni nel caso in cui detti cittadini dell'Unione non abbiano mai stabilito un nesso con la società dello Stato membro ospitante grazie, ad esempio, al lavoro e al versamento di imposte e non dispongano dunque di un diritto di soggiorno "legale". Per contro l'accesso alle prestazioni sociali sulla base del principio di parità di trattamento finisce per essere riconosciuto a pieno titolo solo ai cittadini economicamente attivi, con la conseguenza paradossale di condizionare di fatto il beneficio del godimento delle prestazioni sociali al possesso di risorse economiche alla cui assenza tali prestazioni dovrebbero invece ovviare.

Sempre la Germania è poi al centro del caso *Alimanovic*, deciso con sentenza del 15 settembre 2015[121], dove di nuovo si affronta il tema degli abusi conseguenti al turismo sociale, ma con riferimento ai cittadini in cerca di occupazione (*job seekers*). Il risultato, non del tutto convincente, è che, anzitutto, le prestazioni in oggetto, pur qualificate dal giudice del rinvio come prestazioni di sussistenza a carattere non contributivo, ai sensi del regolamento 883/2004[122], sono invece considerate alla stregua di prestazioni di assistenza sociale ai sensi della direttiva 2004/38; e che, di

[115] M. E. Bartoloni, *La libera circolazione dei cittadini europei economicamente inattivi tra principio di non discriminazione e tutela dei sistemi nazionali di* welfare, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, pp. 476-482, spec. p. 482.
[116] Sentenza *Dano*, punto 39.
[117] *Ivi*, punto 78.
[118] *Ivi*, punto 83.
[119] *Ivi*, punto 84.
[120] *Ivi*, punto 70, nonché punto 71.
[121] Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2015, causa C-67/14.
[122] *Ivi*, punto 46.

conseguenza, lo Stato membro può invocare nei confronti dei cittadini in cerca di lavoro la deroga di cui all'art. 24, par. 2, della medesima direttiva che consente di non accordare a detto cittadino la prestazione di assistenza sociale richiesta[123]. Giova a questo punto rilevare come espressamente la Corte escluda di dover verificare se l'eventuale riconoscimento del diritto alle prestazioni sociali costituirebbe un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale considerato nel suo complesso[124], non ritenendolo necessario, in quanto nel caso di specie si era ecceduto il termine di sei mesi successivi alla cessazione dell'attività lavorativa, ma soprattutto perché si tratterebbe di una prova eccessivamente gravosa per lo Stato interessato a fronte del numero potenzialmente elevato di richieste che potrebbe ricevere[125]. Il disfavore nei confronti dei cittadini economicamente inattivi è dunque completo, senza che possa rilevare il fatto che almeno formalmente possa trattarsi di cittadini europei in cerca di occupazione.

Se dunque la lotta al turismo sociale diviene centrale nella giurisprudenza della Corte, vi è tuttavia il rischio che, per proteggere le finanze pubbliche e dunque il legittimo interesse dello Stato, si finisca per compromettere il principio fondamentale della libera circolazione e dunque dei diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, come evidenzia l'Avvocato generale Wahl nelle conclusioni rese nel caso *Saint Prix*[126], dove si trattava di un periodo di maternità integrativa della durata di tre mesi che viene infine ritenuto dalla Corte[127] "ragionevole" e non tale da costituire un "onere eccessivo".

Giungiamo così alla già ricordata sentenza *Regno Unito* dove la Corte, accogliendo la posizione del Governo di quel Paese, riconosce che il diritto di soggiorno legale costituisce la condizione per l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, sulla base di una interpretazione letterale del regolamento. La conseguente limitazione dei diritti sociali opera nei fatti una discriminazione indiretta che trova tuttavia giustificazione nell'esigenza di protezione delle finanze pubbliche dello Stato ospitante, ai sensi della giurisprudenza *Brey*, nel rispetto del principio di proporzionalità.

La giurisprudenza ora seppur in breve richiamata segna sicuramente una battuta d'arresto nel processo di integrazione su base solidale, ma trova giustificazione in quelle stesse esigenze di interesse pubblico generale che la crisi economica ha fatto emergere, in termini di stabilità finanziaria e di riduzione dei costi sociali[128].

---

123 *Ivi*, punto 57.

124 *Ivi*, punto 58.

125 *Ivi*, punto 62.

126 Conclusioni dell'Avvocato generale Wahl del 12 dicembre 2013, causa C-507/12, *Saint Prix*, punto 47. La solidarietà fra gli Stati impone infatti che la valutazione dell'onere per lo Stato avvenga sulla base delle specifiche circostanze, alla luce del principio di proporzionalità, senza che, ad esempio, la mera circostanza che il cittadino di un altro Stato membro riceva assistenza sociale possa essere considerata di per sé sufficiente a dimostrare "che questi costituisce un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante" (punto 48).

127 Sentenza *Saint Prix*, punto 42.

128 Nella sentenza del 2 giugno 2016, causa C-233/14, *Regno dei Paesi Bassi*, la Corte di giustizia, nell'interpretare l'ambito di applicazione della deroga prevista dall'art. 24, par. 2, della direttiva 2004/38, ha riconosciuto il legittimo interesse dello Stato membro a circoscrivere i vantaggi sociali erogati con risorse pubbliche a coloro che non dimostrino un legame minimo con tale Stato; nella specie si trattava dell'esclusione degli studenti Erasmus dal contributo alle spese di trasporto riconosciuto

Anche i diritti sociali connessi alla libera circolazione ne sono stati toccati e la Corte di giustizia, come già accennato all'inizio, ha dato indubbiamente prova di realismo (politico)[129] nel fornire una risposta che, a Trattati invariati, fosse in grado di conciliare gli interessi economici degli Stati e il principio di libera circolazione, sacrificando, in nome della lotta agli abusi, i soggetti economicamente e socialmente più deboli, ovvero i cittadini migranti economicamente inattivi, ma salvaguardando il principio in sé. Del resto le conclusioni della Corte non sono dissimili da quanto gli stessi Stati avevano convenuto nell'Accordo di rinegoziazione (*Remain*) concluso nel febbraio 2016 con il Regno Unito e subordinato all'esito del *referendum* sull'uscita dall'Unione[130]. In esso si legge infatti che gli Stati membri concordano sull'opportunità di introdurre misure volte a limitare, in generale, il flusso dei lavoratori migranti e, in particolare, sul fatto che, per quanto riguarda le persone economicamente inattive, il loro diritto di "soggiornare nello Stato membro ospitante dipende, ai sensi del diritto UE, dal fatto che tali persone dispongano per se stesse e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divengano un onere a carico dello Stato membro ospitante". Gli Stati membri hanno perciò il diritto di "prevenire abusi di diritto o frodi".

La giurisprudenza della Corte non è certo esente da critiche, specie quando la tutela della finanza pubblica diviene un obiettivo prevalente, tanto da giustificare il requisito del soggiorno legale per poter usufruire delle prestazioni sociali[131], ma soprattutto, seppur giustificabile nella attuale situazione, costringe ad interrogarsi su quale sia il reale contenuto della cittadinanza dell'Unione, se cioè abbia una dimensione effettivamente sociale[132] o rappresenti solo una libertà economica "rafforzata"[133], e se dunque si debba ora parlare oltre che di *deficit* democratico anche di *deficit* sociale. La risposta è che al momento il bilanciamento tra obiettivi di tutela sociale e strumenti di stabilità del mercato appare estremamente complicato, tanto da far dubitare della possibilità stessa di costruire una reale cittadinanza sociale europea[134], quando le ragioni economiche appaiono ben più determinanti nel cammino dell'Unione. Vero è infatti che la giurisprudenza comunitaria pare troppo spesso volta più ad eliminare situazioni di discriminazione che a riconoscere

---

invece agli altri studenti anche stranieri ma in possesso di un permesso di soggiorno permanente: in senso critico, vedi R. Palladino, *op. cit.*, p. 554.

129 A. Monica, *Nota*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, pp. 1785-1788, spec. p. 1788, a commento della sentenza *Alimanovic*; vedi anche S. Montaldo, *L'ordine pubblico economico europeo e gli interessi economici degli Stati membri alla prova della crisi*, in O. Porchia (a cura di), *op. cit.*, pp. 57-80, a p. 80: "la Corte di giustizia, nonostante le sirene dell'emergenza derivante dalla crisi, ha sino ad oggi dimostrato di governare con prudenza e coerenza le tentazioni centrifughe, sotto l'egida dei principi di proporzionalità e di non discriminazione e dei diritti fondamentali".

130 Conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 febbraio 2016, sez. D, pp. 19-24. Per un commento, vedi M. Bonini, *Il Regno Unito e l'Unione europea: il futuro del processo di integrazione all'ombra della strategia (perdente) del "do ut des"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, pp. 597-601.

131 Vedi R. Palladino, *op. cit.*, p. 555.

132 M. E. Bartoloni, *Lo* status *del cittadino dell'Unione in cerca di occupazione: un limbo normativo?*, in *European papers*, 2016, n. 1, pp. 153-162, spec. p. 154, reperibile *online*.

133 M. Messina, *Nota*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2016, pp. 659-663, spec. p. 663.

134 P. Gargiulo, *La cittadinanza sociale europea tra mito e realtà*, in E. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, pp. 229-255, spec. a p. 255.

(nuove) situazioni giuridiche soggettive in sé considerate, non favorendo così il processo di costruzione di una cittadinanza dell'Unione a tutto tondo per la quale occorrerà probabilmente attendere una specifica iniziativa degli Stati, ove se ne realizzino in futuro, sul piano politico, le condizioni.

5. Fino a non molto tempo fa sarebbe stato difficile anche solo immaginare una situazione di crisi dei valori della persona quale quella oggi conosciuta all'interno del sistema dell'Unione, che ha mostrato tutte le proprie carenze e che pare incapace di adottare da sola i necessari correttivi. A questo punto è facile immaginare che, in mancanza di una ripresa di iniziativa politica da parte della Commissione, poco probabile al momento stante la sua debolezza, o del Parlamento europeo, che, con colpevole ritardo, solo ora pare uscire dallo stato di torpore in cui era caduto, la parola debba tornare agli Stati, perché, agendo nel caso anche all'esterno del sistema comunitario, diano nuova forza e vitalità ad una Unione che fino al momento di avvio della crisi aveva avuto nel progressivo rafforzarsi dei diritti, sul piano materiale, dell'individuo e, sul piano politico, del cittadino dell'Unione, il proprio momento trainante e al contempo qualificante.

Tutta la storia più recente dell'Unione, a partire da Amsterdam (1997), per passare per Nizza (2001), per il mancato Trattato costituzionale (2004) e per finire con Lisbona (2009), ha visto al centro l'individuo, i suoi diritti, in un contesto di progressiva valorizzazione dei diritti umani fondamentali che, in un avvicinamento costante ai contenuti della CEDU, ha trovato la propria espressione con la proclamazione a Nizza, prima, della Carta e, poi, con l'attribuzione ad essa nel Trattato di Lisbona del medesimo valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE). In questa prospettiva il processo di democraticizzazione dell'Unione, intesa come riduzione del *deficit* che l'ha sempre contraddistinta, s'intreccia con l'affermazione dei diritti fondamentali, concorrendo entrambe alla costruzione politica dell'Europa. Lo standard di democrazia voluto dall'Unione muove infatti proprio dall'esigenza di una valorizzazione sempre al rialzo della dignità e dei diritti della persona. Non a caso il preambolo della Carta pone la persona al centro dell'azione dell'Unione e lo stesso avviene negli articoli 2 e 6 TUE.

I due aspetti – democrazia e tutela dei diritti – paiono tra loro indissolubilmente legati e l'attribuzione nel 2012 del premio Nobel per la pace all'UE, oggi apparentemente dimenticata, sembrava il giusto coronamento, col riferimento alla attività svolta per la promozione dei diritti dell'uomo, di tale cammino. Ma, ironia della sorte, proprio in quel momento le basi su cui si fondava il processo di affermazione dei diritti fondamentali dell'Unione già conoscevano le prime crepe e la *governance* democratica, che aveva retto il progresso dell'Unione, iniziava a cedere a favore delle esigenze più prettamente economiche[135] imposte dalla crisi finanziaria sempre più allarmante che poneva a rischio la stabilità dei singoli Stati e dell'Unione stessa. In tale situazione le certezze di una volta venivano presto poste in dubbio. Ad imporsi erano nuovi bisogni, non sempre compatibili con il rispetto rigoroso

[135] Vedi, tra gli altri, M. Condinanzi, *Unione economica e monetaria e politica sociale*, in A. Tizzano (a cura di), *Verso i 60 anni dei Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, pp. 241-252, spec. p. 245 ss.

dei diritti in specie sociali del singolo, ma che, spinti dalla necessità di ricercare affannosamente soluzioni idonee a fronteggiare la nuova realtà economica, finivano, da un lato, per valorizzare il ruolo dei singoli Stati a scapito di quello dell'Unione, priva sul piano politico e giuridico di strumenti efficaci, e, dall'altro, a relegare in un secondo piano la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo. La stessa Corte di giustizia, ma più in generale l'intero sistema di tutela multilivello, basato sul confronto fra i giudici del Lussemburgo, quelli di Strasburgo e le corti costituzionali dei singoli Stati, ha subìto le conseguenze di tale difficile momento[136], finendo per assumere posizioni in cui il bilanciamento fra le esigenze di integrazione fra gli ordinamenti e gli interessi degli Stati ha visto prevalere questi ultimi. Il risultato è che per consentire agli Stati di trovare le soluzioni più idonee per affrontare la crisi, da un lato, si è permesso loro di uscire dal quadro normativo dell'Unione, dall'altro, si è limitata, per un ambito corrispondente, l'applicazione dei diritti sanciti nella Carta.

L'adozione di strumenti di stabilità, quale il Trattato MES, è avvenuta non solo mediante trattati internazionali, con conseguente rinuncia di fatto da parte dell'Unione all'esercizio di proprie prerogative, ma anche con sacrificio dei diritti economici dei singoli, per quanto questo potesse risultare necessario; le esigenze di sostenibilità dei sistemi sociali dei singoli Stati hanno ridotto l'applicazione dei benefici sociali connessi all'esercizio della libertà di circolazione. L'atteggiamento del Regno Unito, che già prima del *referendum* sull'uscita dall'Unione, in sede di rinegoziazione della propria partecipazione all'Unione, aveva posto in discussione il riconoscimento dei diritti sociali connessi all'esercizio da parte dei cittadini europei della libertà di circolazione, ottenendo una sostanziale acquiescenza da parte degli altri Stati membri, peraltro confermata dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia nel caso *Regno Unito*, ha finito per mettere ancora più a nudo le difficoltà politiche di una Unione la cui *governance* non è più in grado apparentemente di far valere con pienezza i diritti prima sanciti.

Curioso è il fatto che nell'ambito della tutela multilivello a reagire siano state in taluni casi le corti costituzionali di alcuni Paesi, tra cui, almeno in parte, il nostro, che, di fronte alla rinuncia da parte dell'Unione a far valere determinati diritti in nome dei sacrifici resi necessari dalla ricerca di una soluzione alle vicende economiche e finanziarie, si sono invece di fatto appellate proprio ai valori dell'Europa per riaffermare taluni diritti sociali che le restrizioni imposte dagli strumenti di stabilità introdotti rischiavano di cancellare.

Le decisioni della Corte di giustizia nei casi *Pringle* e *Ledra Advertising* testimoniano quanto affermato circa il prevalere delle superiori esigenze di salvaguardia del sistema economico degli Stati membri rispetto alla tutela dei diritti fondamentali dei cittadini quali sanciti nella Carta. L'atteggiamento della Corte costituzionale portoghese mostra invece tutto il disagio che tale sacrificio può comportare per i diritti sociali. A farne le spese sono però le fasce più deboli di lavoratori, in specie i migranti e tra loro le donne, che l'Unione non riesce a (o non vuole più) tutelare, come sembrava fare in passato, per compiacere i rinati egoismi statali. Lo stesso senso di appartenenza all'Unione che la cittadinanza esprime diviene così oggetto di

[136] Vedi A. Morrone, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, pp. 79-106, spec. p. 98 ss.

una diversa valutazione: i diritti ad essa connessi già sono condizionati all'esercizio della libertà di circolazione, ora quando concessi non sono neppure assoluti, dipendendo da un diritto derivato[137] che si presta a interpretazioni politicamente orientate.

Il *vulnus* così arrecato ad un sistema che si era cullato nella illusione di poter creare un mondo giuridico capace di vivere di forza propria, anche senza il necessario supporto politico che una integrazione in senso maggiormente federale può fornire, appare in tutta la sua evidenza, mettendo a nudo le contraddizioni che solo una congiuntura economica favorevole aveva nascosto.

L'intero sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali è colpito da tale fenomeno recessivo che vede prevalere le esigenze economiche su quelle della società. Il Parlamento europeo, nel marzo 2014[138], ha deplorato che l'adozione dei programmi di aggiustamento economico che hanno riguardato la Grecia, l'Irlanda, il Portogallo e Cipro sia avvenuta mediante accordi conclusi al di fuori del metodo comunitario, senza alcun coinvolgimento dello stesso Parlamento, mettendo in luce, in particolare, la mancanza di trasparenza dei meccanismi condizionali cui si è fatto ricorso e l'assenza del controllo democratico[139]. La speranza è che, seppur tardivamente, si proceda con il prossimo Libro bianco sul rafforzamento della zona euro[140], previsto per la primavera 2017, ad un riordino dell'intero assetto normativo.

L'impressione è che ci si trovi ancora di fronte ad una fase delicatissima di bilanciamento tra obiettivi di tutela dei valori comuni e nuove regole economiche che, riguardando la corretta gestione finanziaria e la copertura di spesa, ben poco hanno a che vedere con la tutela dei diritti fondamentali. In tali circostanze l'impegno nell'ambito dei diritti della persona può venir meno e cedere il passo alla soluzione dei problemi economici e finanziari in una ottica di emergenza, e non solo di questi, in quanto alla crisi economica si sono aggiunti altri fattori di turbamento degli equilibri politici dell'Unione. Il rischio è che vi sia un ribaltamento del metodo laddove sono i problemi a dettare il principio giuridico da applicare e non viceversa.

Basti ricordare come il problema dell'immigrazione, che pure è sul piano economico certamente meno impattante dei meccanismi di stabilità, abbia posto in crisi l'intero meccanismo della libera circolazione che pure è un elemento fondante del processo di integrazione.

L'adesione ai valori comuni, che rappresenta la sintesi dell'unione nella diversità, sembra per la prima volta veramente sotto attacco, senza che la *governance*

---

137 R. Palladino, *op. cit.*, p. 556.

138 Risoluzione del Parlamento europeo su aspetti occupazionali e sociali del ruolo e delle attività della troika (BCE, Commissione e FMI) relativamente ai Paesi dell'area dell'euro oggetto di un programma, 13 marzo 2014, doc. P7_TA(2014)0240. In merito, vedi N. Bruun, *Social Policy and Labour Law during Austerity in the European Union*, in *European Policy Analysis*, 2015, n. 2, reperibile *online*.

139 G. L. Tosato, *L'Unione Economica e Monetaria: evoluzione e criticità legali*, in A. Tizzano (a cura di), *op. cit.*, pp. 223-240, spec. p. 238 ss.; per una diversa valutazione del ruolo del Parlamento europeo, che sarebbe stato "pienamente coinvolto nell'adozione delle misure collocate nel quadro giuridico dell'Unione", vedi S. Izzo, *Il ruolo del Consiglio europeo nella crisi dell'euro*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, pp. 683-708, spec. p. 704 ss.

140 Comunicato stampa della Commissione europea del 21 ottobre 2015, *Completare l'Unione economica e monetaria dell'Europa: la Commissione adotta misure concrete per rafforzare l'UEM*.

politica, così come oggi tratteggiata, sia in grado di assicurare il necessario bilanciamento e la corrispondente integrazione degli interessi dei vari Paesi membri[141].

Si impone dunque una rilettura dell'intero contesto su cui si fonda nel sistema dell'Unione la tutela dei valori comuni. La stessa natura ibrida dell'Unione, fondata, da un lato, sui valori costituzionali tratti dagli ordinamenti degli Stati e sul primato che assumono le norme europee da esse tratte su quegli stessi valori nazionali, e, dall'altro, sulla affermazione del rispetto delle identità nazionali (art. 4, par. 2, TUE), in funzione di controlimite[142], che deve però avvenire nei limiti dei principi fondamentali dell'ordinamento europeo, rischia di essere rimessa in discussione.

Non solo dunque gli equilibri istituzionali sono stati posti ulteriormente a rischio, avendo gli Stati preferito far ricorso al metodo intergovernativo per fronteggiare la crisi[143], così sfuggendo di fatto, da un lato, al sistema europeo di protezione dei diritti e, dall'altro, al controllo democratico del PE, ma da ultimo la crisi economica ha anche rallentato il processo di coesione sociale, con effetti negativi sulla tutela dei diritti, divenuti finanziariamente condizionati in quanto inevitabilmente aggrediti dalle misure di *austerity*.

A ciò si aggiunge che la riforma della *governance* economica europea ha sollevato il problema della legittimazione delle istituzioni europee, facendo emergere tutte le contraddizioni e le debolezze del modello europeo. L'asimmetria determinatasi tra gli obiettivi di tutela sociale, da un lato, e un diritto europeo fondato sul mercato e la concorrenza, dall'altro, viene accentuata dalla ridefinizione della *governance* economica europea: ne emerge un quadro confuso e disordinato in cui si evidenzia la mancanza di un equilibrio fra la funzione di garanzia e quella di legittimazione. Il problema diviene così di nuovo politico. In conclusione, la domanda da porsi non è quale sarà il destino dei valori in Europa, ma quale sarà il destino della stessa idea di Europa e quindi anche dei suoi valori, in assenza di una concreta iniziativa politica da parte degli Stati "capace di recuperare i consensi perduti al progetto europeo soprattutto tra i cittadini"[144]. Questa rinnovata progettualità è stata anche suggestivamente definita come "messianismo politico"[145], esprimendo così la necessità di adottare "scelte coraggiose, non più rinviabili, in campo istituzionale, economico e sociale"[146]. In difetto di tali iniziative, il rischio è che la zona grigia cui si è fatto più volte cenno, in cui vige un regime di sostanziale sospensione dei diritti fondamentali dei singoli ogniqualvolta ricorrano situazioni eccezionali di

---

141 Si veda, L. Di Majo, A. Gasparro, M. Vittori, *L'omogeneità di valori nell'Unione europea tra crisi economica e tutela dei diritti fondamentali: quali scenari?*, in *Federalismi*, 2014, n. 19, reperibile *online*.

142 B. Raganelli, *Dal bail-out al bail-in: la posizione della Corte di giustizia (Nota a Corte di giustizia, 19 luglio 2016, causa C-526/14)*, in *Il Foro Italiano*, dicembre 2016, reperibile *online*.

143 M. F. Cucchiara, *op. cit.*, p. 113.Vedi anche J. Tomkin, *Contradiction, Circumvention and Conceptual Gymnastics: The Impact of the Adoption of the ESM Treaty on the State of European Democracy*, in B. de Witte (eds.), *The Euro Crisis and the State of European Democracy*, 2013, pp. 64-81, reperibile *online*.

144 M. Carta, *La* Governance *dell'Unione europea al tempo della crisi*, in M. Carta (a cura di), *Quale futuro per l'Europa tra crisi, rilancio e utopia*, Catanzaro, 2015, pp. 43-66, spec. a p. 65.

145 J. H. H. Weiler, *Introduzione. Democrazia senza popolo: le mutazioni genetiche del DNA dell'integrazione europea*, in M. Carta (a cura di), *op. cit.*, pp. 9-27, spec. p. 20 ss.

146 M. Carta, *op. cit.*, p. 65.

emergenza economica e finanziaria, finisca per ampliarsi con la prevalenza, da un lato, del metodo intergovernativo, o comunque di meccanismi in cui l'Unione svolge un ruolo strumentale ed esecutivo, e, dall'altro, col riaffermarsi, come limite a tale imposizione, del principio della salvaguardia dell'identità nazionale, in una riedizione della teoria dei controlimiti, a tutela questa volta dei valori economici e sociali posti alla base della singola comunità nazionale che risulterebbero altrimenti pregiudicati dall'interesse superiore di salvaguardia del sistema economico e finanziario degli Stati membri dell'Unione. La negoziazione per l'uscita del Regno Unio dall'Unione può rappresentare l'occasione per un rilancio dell'iniziativa comune europea, anche apportando ai Trattati le modifiche che si rendessero necessarie[147], da un lato, valorizzando il maggior ruolo assunto nella gestione della crisi dal Consiglio europeo, e, dall'altro, potenziando la legittimità democratica del Parlamento europeo, in modo da ridurre le forme di interferenza degli Stati esterne ai Trattati e ricondurre così il tutto nell'ambito dell'Unione e del suo sistema di tutela dei diritti. Per conseguire tale risultato occorre che si formi una forte volontà politica[148] diretta a perseguire una maggiore integrazione, fornendo alle istituzioni le competenze e gli strumenti[149], specie in campo fiscale e monetario, atti, da un lato, a rendere effettivo l'esercizio delle competenze loro già oggi attribuite nel settore dell'Unione economica e monetaria e, dall'altro, ad evitare che, in un processo di integrazione "sempre più differenziata ed asimmetrica"[150], dove ad imporsi è sempre più l'idea di una Unione a geometria variabile, possano ripetersi situazioni di crisi sistemica come quella attuale.

147 L'auspicio è infatti che il Parlamento europeo riprenda ad esercitare in pieno i propri poteri "preparing and presenting a comprehensive treaty reform proposal" che possa contribuire "to halting the momentum of nationalist forces, and to provide some political courage to pro-EU ones": così R. Castaldi, *The Failure of Intergovernmentalism in Tackling the EU Crisis and the European Parliament's Initiative*, in *Perspectives on Federalism*, 2016, n. 3, pp. E-I-E-XV, spec. p. E-XIII, reperibile *online*. In merito alle possibili proposte di modifica dei Trattati da parte del Parlamento europeo, vedi G. Verhofstadt, *Report on Possible Evolutions of and Adjustments to the Current Institutional Set-Up of the European Union*, 20 dicembre 2016, doc. A8-0390/2016, in senso peraltro critico nei confronti di proposte volte a promuovere ulteriori forme di collaborazione "alla carta", basate quindi sul metodo intergovernativo (paragrafi 6-12).

148 S. Izzo, *op. cit.*, p. 707.

149 "The hope may be that once the member states find the doors to step out of EU law foreclosed, they will eventually start investing and improving the common EU house in which they live": F. Fabbrini, *op. cit.*, p. 549.

150 S. Izzo, *op. cit.*, p. 703.

Abstract

The Weakening of the Rights in the EU's Economic and Political Crisis

Over the last few years the Eurozone Member States have experienced a deep economic and financial crisis. National governments have taken the lead in the crisis management but the intergovernmental method has failed. The austerity measures introduced in response to the crisis through the European Stability Mechanism (EMS) have significantly impacted on the protection of economic and social rights at national level. Nevertheless the Court of Justice held that EMS is not subject to the EU Charter of fundamental rights and the European Court of Human Rights has taken a stance in favor of the compatibility of a range of social crisis measures with the European Convention. By contrast, domestic constitutional courts have so far demonstrated an ambivalent attitude towards the cutback of welfare rights with the exception of the Portuguese Constitutional Tribunal which has reaffirmed the guarantee of the essential core of fundamental rights against austerity policies. The need to maintain the economic stability of the Member States has also justified restrictions to the freedom of movement and connected social assistance for migrant European citizens economically inactive. All that can turn out to be an existential threat for the EU as such. Against this background the Member States must take the initiative again. Next treaty revision should bring into the Treaties the intergovernmental stability mechanisms, ensuring democratic decision-making process, and create a European fiscal capacity in order to reduce both democratic and social deficit.

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 317-342

Francesco Bestagno*

La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri**

Sommario: 1. La "sanità pubblica" nel diritto primario dell'UE. – 2. Le misure dell'UE di sostegno, coordinamento e completamento dell'azione degli Stati membri a protezione della salute umana. – 3. La competenza concorrente in ordine a "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica". – 4. Basi giuridiche per l'armonizzazione normativa in materia sanitaria da parte dell'UE. – 5. La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla competenza dell'UE ad adottare atti di armonizzazione in materia sanitaria. – 6. La protezione della salute alla luce dell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali. – 7. La (limitata) rilevanza dell'art. 35 della Carta a sostegno di pretese individuali. – 8. Il riferimento a norme di diritto primario diverse dall'art. 35 della Carta nel riconoscimento di spazi di tutela della salute per i singoli individui. – 9. La salute come bene pubblico e il suo bilanciamento con altri diritti e libertà sanciti dal diritto primario dell'UE.

1. L'articolata ripartizione delle competenze in materia sanitaria tra Unione europea e Stati membri è il riflesso del progressivo aumento di importanza della tutela della salute umana nelle varie attività dell'Unione europea e dell'incidenza di queste attività in un settore (la sanità pubblica) che è tradizionalmente oggetto delle politiche sociali degli Stati membri. L'analisi che verrà condotta nelle pagine che seguono porrà in luce il rilievo centrale accordato nel diritto dell'UE alle esigenze di tutela sanitaria della collettività, ossia alla salute nella sua "dimensione pubblica"; parallelamente, si valuterà anche in quale misura sia stata data rilevanza sinora alla "dimensione individuale" della salute, vale a dire alla considerazione dei bisogni, delle aspettative e dei diritti delle persone, specie nel caso in cui necessitino di cure mediche, in particolare alla luce della previsione di una norma dedicata alla salute nella Carta dei diritti fondamentali.

La protezione della salute umana è contemplata in numerose disposizioni di diritto primario dell'UE[1]. Il gruppo più numeroso di norme al riguardo, collocate in

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

** Il presente lavoro è costituito dalla relazione, rivista e integrata, presentata al XXI Convegno SIDI, "La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari", Parma, 9-10 giugno 2016. Ringrazio la prof.ssa L. Pineschi, organizzatrice del Convegno e curatrice dei relativi atti, per avere acconsentito alla pubblicazione del presente contributo anche in questa sede.

[1] Sul piano strettamente terminologico, è degno di nota che nella versione italiana del TFUE i termini "salute" e "sanità" si alternino in modo apparentemente intercambiabile, ma in maniera singolare

titoli attinenti a campi molto diversi tra loro, si rinviene nel TFUE[2]. Questo dato è un evidente riflesso della possibilità che molte delle azioni e delle politiche dell'UE in svariati ambiti incidano in modo rilevante e diffuso su questioni sanitarie[3].

Il rilievo trasversale della tutela della salute nell'ordinamento dell'UE trova espressione sul piano normativo nella disposizione per cui "tutte le politiche ed attività dell'Unione" garantiscono "un livello elevato di protezione della salute umana"[4]. Questa previsione, introdotta solo con il Trattato Amsterdam nell'articolo specificamente dedicato alla politica sanitaria (oggi art. 168, par. 1, TFUE)[5], si riscontra attualmente in diverse norme di portata generale, quali in particolare la c.d. "clausola sociale" inserita nel Trattato di Lisbona all'art. 9 TFUE (che indica gli obiettivi di natura sociale che l'UE deve perseguire nella definizione delle sue politiche e azioni) e la norma dedicata alla "protezione della salute" nella Carta dei diritti fondamentali (art. 35, seconda frase)[6].

L'ampliamento della sfera di rilevanza delle considerazioni di politica sanitaria nel diritto dell'UE è reso manifesto dall'inserimento nel TFUE di un titolo appositamente dedicato alla "sanità pubblica". In questa materia non si rinvenivano previsioni specifiche nel Trattato di Roma del 1957, al pari del resto che per le altre politiche sociali in generale, le quali nella concezione dei fondatori della CEE erano riservate alla competenza degli Stati membri[7]. Solo con il Trattato di Maastricht del 1992 fu previsto nel TCE un titolo relativo alla materia sanitaria, che è interamente occupato da un'unica previsione normativa[8]. La norma è stata progressivamente

---

rispetto ad altre versioni linguistiche del Trattato nelle quali si utilizza invece un unico termine (*santé*, *salud*, *gesundheit*, *health*).

2 Si vedano i seguenti articoli del TFUE: 4, paragrafi 2; 6; 9; 36; 45, par. 3; 52; 114, par. 3, 114, paragrafi 6 e 8; 153; 168; 169; 191; 202; 207, par. 4. Nella Carta dei diritti fondamentali si vedano gli articoli 31; 32; 35.

3 Sulla "crescente pervasività" dell'azione e della competenza dell'UE in materia di salute umana, v. A. Oddenino, *Profili internazionali ed europei del diritto alla salute*, in R. Ferrara (a cura di), *Salute e sanità*, Milano, 2010, p. 65 ss., spec. p. 131 ss.

4 L'obiettivo del livello elevato di protezione della salute umana era contemplato nella norma del TCE in materia di mercato interno dell'art. 100A TCE (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, punto 88), ed è oggi presente nell'art. 114, par. 3, TFUE.

5 Al momento dell'introduzione nel TCE – con il Trattato di Maastricht – della norma generale in materia di sanità pubblica (all'epoca art. 129 TCE) questo obiettivo non era espressamente contemplato e venne inserito solo con il Trattato di Amsterdam nell'articolo (rinumerato come art. 152 TCE, oggi art. 168 TFUE). Per i primi riferimenti alla previsione in questione, v. le sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito* c. *Commissione*, punto 120, e del 4 aprile 2000, causa C-269/97, *Commissione* e *Parlamento europeo* c. *Consiglio*, punto 48.

6 Cfr. anche l'analoga espressione nell'art. 114, par. 3, TFUE.

7 Cfr. E. Mossialos, G. Permanand, R. Baeten, T. K. Hervey, *Health Systems Governance in Europe, the Role of European Union Law and Policy*, Cambridge, 2010, p. 5 ss.; F. Costamagna, *I servizi socio-sanitari nel mercato europeo. L'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di concorrenza, aiuti di Stato e libera circolazione di servizi*, Napoli, 2011, p. 6 ss. Sulla (lenta) affermazione degli obiettivi sociali nel diritto dell'UE, accanto ai diritti sociali, v. E. Triggiani, *La complessa vicenda dei diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 9 ss.

8 Si trattava del titolo X del TCE dedicato alla "sanità pubblica" (oggi titolo XIV TFUE), all'epoca contenente l'art. 129 TCE (oggi art. 168 TFUE).

ampliata in occasione di diverse modifiche successive dei Trattati, sino a giungere al testo attuale dell'art. 168 TFUE.

La formulazione di questa disposizione, che rappresenta ovviamente il principale punto di riferimento nella materia di cui ci occupiamo, è il punto di arrivo – forse temporaneo – di un processo che ha sancito il progressivo incremento di rilevanza dell'intervento dell'UE in campo sanitario, pur collocando ancora la politica sanitaria tra le competenze spettanti agli Stati membri in via prioritaria (ma non in via esclusiva). Per effetto delle modifiche che si sono succedute nel tempo, l'art. 168 TFUE presenta ben sette paragrafi, che si sviluppano con un'estensione considerevole, tanto da non potere certo essere preso come modello di tecnica di redazione normativa. La sua notevole lunghezza è lo specchio da un lato della varietà (e della delicatezza) degli aspetti generali della protezione della salute, di carattere collettivo e organizzativo, che formano oggetto della disposizione. D'altro lato, e forse in maggior misura, la norma riflette la ricerca di una definizione puntuale delle competenze rispettive dell'UE e degli Stati membri in campo sanitario.

Nel quadro che ne risulta, il baricentro delle scelte di politica sanitaria è imperniato in linea di principio sulle decisioni autonome degli Stati membri, mentre l'azione dell'UE non è destinata a sostituirsi alla competenza nazionale nella gestione e nella prestazione dei servizi sanitari – salvo che in alcuni settori specifici –, bensì solo ad offrire un'azione di supporto e di coordinamento[9]. La competenza dell'UE in questo campo è infatti principalmente da ricondurre alla categoria delle competenze di sostegno, coordinamento e completamento, nelle quali è esclusa l'armonizzazione delle legislazioni nazionali e sono invece consentite "misure di incentivazione" (art. 168, par. 5, TFUE). Come espressa deroga, all'UE è riconosciuta una competenza concorrente, con la connessa possibilità di adottare atti di natura legislativa, solo in ordine ai "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica" (art. 4, par. 2, lett. k), e art. 168, par. 4, TFUE). In una logica di sussidiarietà (che pervade l'intero articolo) le iniziative dell'UE sono quindi previste in ordine a problemi rispetto ai quali l'azione individuale degli Stati membri si possa rivelare comparativamente meno efficace di un'azione coordinata tra gli Stati stessi o dell'Unione nel suo complesso (cfr. art. 5, par. 3, TUE).

Nella prospettiva di circoscrivere in modo netto i confini dell'intervento dell'UE va letto l'inserimento (con il Trattato di Amsterdam) di una sorta di "clausola di garanzia" a chiusura dell'articolo, che esprime la volontà politica degli Stati membri di conservare il controllo del settore in esame (art. 168, par. 7, TFUE)[10]. La norma rimarca infatti che è riservata agli Stati membri la definizione della propria politica

[9] In questo senso si v. il 19° 'considerando' del regolamento (UE) n. 282/2014, dell'11 marzo 2014, sulla istituzione del terzo programma d'azione dell'Unione in materia di salute (2014-2020): "La politica dell'Unione in materia di salute mira a completare e sostenere le politiche sanitarie nazionali, incoraggiare la cooperazione tra gli Stati membri e promuovere il coordinamento fra i loro programmi".

[10] Art. 168, par. 7, TFUE: "L'azione dell'Unione rispetta le responsabilità degli Stati membri per la definizione della loro politica sanitaria e per l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e di assistenza medica. Le responsabilità degli Stati membri includono la gestione dei servizi sanitari e dell'assistenza medica e l'assegnazione delle risorse loro destinate. Le misure di cui al paragrafo 4, lettera a) non pregiudicano le disposizioni nazionali sulla donazione e l'impiego medico di organi e sangue". La frase centrale del paragrafo è stata inserita con il Trattato di Lisbona.

sanitaria, l'organizzazione dei servizi sanitari e di assistenza medica e la gestione delle risorse a tale riguardo, e pone a carico dell'UE l'obbligo di rispettare la sfera di discrezionalità statale così definita[11].

Gli Stati membri mantengono la responsabilità per le scelte fondamentali di natura organizzativa e *lato sensu* politica in campo sanitario, quali le modalità di finanziamento dei sistemi nazionali o l'eventuale decentramento territoriale della gestione e dell'erogazione dei servizi[12]. L'azione dell'Unione non è quindi destinata a sostituirsi alla competenza nazionale nel settore in questione, che si manifesta principalmente con il mantenimento di sistemi sanitari nazionali autonomi e con caratteristiche anche molto diverse tra di loro. In altri termini, non sono ipotizzabili forme estese di "integrazione positiva", quali una riforma organica dei sistemi sanitari nazionali dei Paesi membri in un quadro giuridico armonizzato, né tantomeno la costituzione di un unico sistema sanitario nell'UE, salvo in caso di modifica dei Trattati (e in particolare dell'art. 168, par. 7, TFUE)[13].

Le scelte nazionali in materia di politica sanitaria devono, comunque, essere adottate nel rispetto del diritto primario e secondario dell'UE[14]. In numerosi casi, nella giurisprudenza della Corte di giustizia è entrata in considerazione la compatibilità tra diversi aspetti della politica sanitaria nazionale con il diritto dell'UE, e specialmente con i vincoli posti dalle norme sul mercato interno, in definitiva in una prospettiva

---

[11] Parallelamente, l'organizzazione statale dei servizi sanitari (e di quelli sociali e di istruzione) è tutelata a fronte di possibili riflessi negativi di accordi commerciali internazionali sugli scambi di servizi: la conclusione di questi accordi è infatti subordinata al raggiungimento dell'unanimità in seno al Consiglio dell'UE (art. 207, par. 4, lett. b), TFUE). Sul punto, anche per riferimenti giurisprudenziali, v. R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 725, nota 21.

[12] Su alcuni principi di fondo comuni ai vari sistemi sanitari degli Stati membri dell'UE, nonché su alcune delle principali differenze tra questi ultimi (tra cui la differenza tra sistemi finanziati con assicurazioni sociali – c.d. "sistema Bismarck" – e sistemi finanziati con la tassazione – c.d. "sistema Beveridge"), v. T. K. Hervey, J. V. McHale, *European Union Health Law, Themes and Implications*, Cambridge, 2015, p. 211 ss. Con riguardo alla differenza da ultimo citata, relativa al finanziamento dei sistemi sanitari, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed presentate il 15 dicembre 2005 nella causa C-372/04, *Watts*, punto 21. Si v. anche il 12° 'considerando' del regolamento (UE) n. 1025/2012 del Parlamento europeo e Consiglio, del 25 ottobre 2012, sulla normazione europea: "rimane di competenza esclusiva degli Stati membri stabilire i principi fondamentali in materia di (…) sistemi sanitari nonché definire le condizioni quadro per la gestione, il finanziamento, l'organizzazione e la consegna dei servizi forniti nel quadro di tali sistemi (…)".

[13] Cfr. al riguardo G. Fares, M. Campagna, *La tutela della salute nell'ordinamento comunitario*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea*, Napoli, 2011, p. 325 ss., a p. 332 ss. nonché a p. 348 ss. Un ulteriore indizio della volontà politica degli Stati membri di limitare l'incidenza di forme di "integrazione positiva" in materia sanitaria emerge ad esempio dall'esclusione espressa dei servizi sanitari, intesi in un'ampia accezione, dall'ambito di applicazione dell'art. 2, par. 2, della direttiva 2006/123 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno (c.d. "direttiva servizi").

[14] Nelle pagine che seguono si potrà dare conto solo in misura molto limitata della cospicua giurisprudenza dell'UE sul punto. Con riferimento all'impatto attuale e potenziale del diritto dell'UE e della giurisprudenza dell'UE sui sistemi sanitari nazionali, si rimanda, tra i numerosi approfondimenti sull'argomento, ai recenti studi di A. Andreangeli, *Healthcare Services, the EU Single Market and Beyond: Meeting Local Needs in an Open Economy —How Much Market or How Little Market?*, in *Legal Issues of European Integration*, 2016, p. 145 ss., spec. p. 147 ss.; M. Guy, W. Sauter, *The History and Scope of EU Health Law and Policy*, CCP Working Paper 16-2, 2016, competitionpolicy.ac.uk, spec. p. 15 ss.

di "integrazione negativa"[15]. Si può però considerare che le sentenze della Corte non abbiano inciso su aspetti fondamentali dell'assetto dei sistemi sanitari nazionali e non abbiano privato essenzialmente gli Stati della sfera di autonomia decisionale in materia di politica sanitaria[16]. La prospettiva cui i giudici dell'UE paiono attenersi correntemente, di un rispetto di fondo per i margini di scelta delle autorità degli Stati membri in questo campo, si può cogliere nell'affermazione, non isolata, in base alla quale il diritto dell'UE "non restringe la competenza degli Stati membri ad impostare i loro sistemi di previdenza sociale e ad adottare, in particolare, norme miranti a organizzare ed erogare i servizi sanitari e l'assistenza medica"[17], purché ciò avvenga nel rispetto del diritto dell'UE. E meritano di essere notati i richiami talora operati dalla Corte a questo specifico riguardo alla clausola di riserva di competenza dell'art. 168, par. 7, TFUE (o al precedente art. 152, par. 5, TCE)[18].

2. Il carattere eminentemente sussidiario dell'azione dell'UE in campo sanitario si concretizza in primo luogo nell'attribuzione all'UE di competenze ad adottare azioni per sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri per la "tutela e [il] miglioramento della salute umana" (art. 6 TFUE)[19]. In conformità a quanto stabilito in generale per questa categoria di competenze (art. 2, par. 5,

---

15 Il fatto che l'UE abbia inciso maggiormente sulle politiche sanitarie degli Stati membri con forme di integrazione negativa attraverso l'operato della Corte di giustizia rispetto a forme di integrazione positiva attraverso atti normativi è sottolineato ad esempio da T. K. Hervey, *EU Law and National Health Policies: Problem or Opportunity?*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2007, n. 2, p. 1 ss., che a questo riguardo rimarca l'esistenza di "an imbalance – a deficit – between the EU's regulatory powers and its deregulatory powers", e osserva che "deregulatory integration is secured by unpredictable acts of private litigation. National regulatory norms, including those aimed at achieving social policy goals, may be removed by the power of EU market law".

16 Cfr. F. Costamagna, *op. cit.*, p. 224 ss.; F. Niggemeier, *Artikel 168 AEUV*, in H. von der Groeben, J. Schwarze, A. Hatjem (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, III, Baden-Baden, 2015, p. 1740 ss., a p. 1775.

17 Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, punto 29; la Corte precisa nel punto successivo che nel valutare il rispetto del diritto dell'UE da parte dello Stato "occorre tenere conto del fatto che lo Stato membro può decidere il livello al quale intende garantire la tutela della sanità pubblica e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto. Poiché tale livello può variare da uno Stato membro all'altro, si deve riconoscere agli Stati membri un margine di discrezionalità". Si possono qui ricordare solo alcune tra le numerose pronunce della Corte di giustizia che ribadiscono queste affermazioni con riguardo a campi diversi; accanto alla sentenza *Hartlauer*, relativa alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi sanitari, v., a titolo di esempio: in materia di libera circolazione delle merci (ossia di medicinali), sentenza del 7 febbraio 1984, causa 238/82, *Duphar*, punto 16; in materia di libera prestazione di servizi, sotto il profilo della "mobilità dei pazienti": sentenza del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Muller Fauré, Van Riet*, punto 100; in materia di libertà di stabilimento (per le farmacie): sentenza del 19 maggio 2009, cause riunite C-171 e 172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes*, punti 18 e 19, e, più di recente, sentenza del 13 febbraio 2014, causa C-367/12, *Sokoll-Seebacher*, punto 26.

18 Cfr. ad es. le sentenze della Corte di giustizia del 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, punto 146; del 19 maggio 2009, C-531/06, *Commissione* c. *Italia*, punto 35; del 1° giugno 2010, cause riunite C-570 e 571/07, *Blanco Pérez* e Gómez, punto 43.

19 La "tutela e il miglioramento della salute umana" rappresentano infatti il primo dei settori nei quali "[l]'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri" (art. 6, lett. a), TFUE).

TFUE)[20], l'art. 168 TFUE esclude "qualsiasi armonizzazione" delle legislazioni nazionali e prevede l'adozione di "misure di incentivazione" per proteggere la salute umana (adottate con procedura legislativa ordinaria).

Le "misure di incentivazione" più rilevanti adottate ai sensi dell'art. 168, par. 5, TFUE sono costituite dai programmi di azione, che prevedono il (co)finanziamento di attività degli Stati membri in materia sanitaria[21]. Nel quadro di tali programmi, in coerenza con il principio di sussidiarietà, le iniziative finanziabili sono in genere le "azioni aventi un chiaro valore aggiunto dell'Unione", con l'obiettivo generale di "integrare, sostenere e aggiungere valore alle politiche degli Stati membri", anche "accrescendo la sostenibilità dei sistemi sanitari"[22]. Anche diversi atti di natura non vincolante (quali comunicazioni[23] o atti con tenore raccomandatorio)[24] rientrano in una più generica opera di orientamento e coordinamento su scala europea delle politiche degli Stati membri.

Un importante esempio di atto adottato ai sensi dell'art. 168, par. 5, TFUE è la decisione 1082/2013, relativa alle minacce per la salute con carattere transfrontaliero[25]. Si tratta di uno strumento recente, pensato per situazioni di natura eccezionale, ma i cui meccanismi sono stati chiamati ad operare già poco dopo la sua entrata in vigore, in relazione all'emergenza relativa all'epidemia del virus Ebola di fine 2014. L'atto è un modello molto chiaro di come l'UE possa intervenire in questa materia senza intaccare le competenze interne degli Stati membri. La decisione

[20] Ai sensi dell'art. 2, par. 5, TFUE: "[i]n taluni settori e alle condizioni previste dai trattati, l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri, senza tuttavia sostituirsi alla loro competenza in tali settori. Gli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione adottati in base a disposizioni dei trattati relative a tali settori non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri".

[21] V. da ultimo il regolamento 282/2014. Sul tema, v. T. Clemens, K. Michelsen, H. Brand, *Supporting Health Systems in Europe: Added Value of EU Actions?*, in *Health Economics, Policy and Law*, 2014, n. 9, p. 49 ss., spec. p. 58 ss.

[22] Cfr. l'art. 7, par. 2, lettere a) e b), del regolamento 282/2014, e il 5° 'considerando': "[c]onformemente al principio di sussidiarietà, l'accento dovrebbe essere posto sugli ambiti in cui siano in gioco questioni chiaramente di carattere transfrontaliero o di mercato interno, oppure laddove si possano realizzare vantaggi significativi e una maggiore efficienza nella collaborazione a livello di Unione". Si v. inoltre il 6° 'considerando' per un'elencazione di esempi di iniziative "aventi un valore aggiunto per l'Unione" che possono risultare finanziabili, nel rispetto delle responsabilità degli Stati membri nella definizione della politica sanitaria (7° 'considerando') e dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (36° 'considerando').

[23] Cfr. ad es. la comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni, del 30 aprile 2004, Sanità elettronica – migliorare l'assistenza sanitaria dei cittadini europei: Piano d'azione per uno spazio europeo della sanità elettronica (SEC(2004)539), COM(2004)356 def.

[24] Cfr. ad es. gli Orientamenti sulle politiche in favore dell'occupazione, nell'Allegato I alla decisione 2015/1848 del Consiglio, del 5 ottobre 2015, in particolare: "Orientamento 8: stimolare l'inclusione sociale, combattere la povertà e promuovere le pari opportunità", ai sensi del quale, a fronte dei cambiamenti demografici e della maggiore longevità della popolazione, "gli Stati membri dovrebbero migliorare la qualità, l'accessibilità, l'efficienza e l'efficacia dei sistemi di assistenza sanitaria e di assistenza a lungo termine salvaguardandone nel contempo la sostenibilità".

[25] Decisione 1082/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2013, relativa alle gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero. La decisione predispone strumenti di sorveglianza epidemiologica, monitoraggio, allarme rapido e lotta contro le gravi minacce per la salute a carattere transfrontaliero (art. 1).

mira infatti a "completare le politiche nazionali"[26] e in questa prospettiva soprattutto prevede varie forme di coordinamento dell'azione degli Stati membri (scambi di informazioni, principalmente, e modalità per favorire risposte coordinate e analoghe a possibili epidemie), nel quadro di uno schema di cooperazione che però fa salvo il principio per cui le concrete risposte alla minaccia per la salute restano nella sfera decisionale dei singoli Stati.

Le caratteristiche del tipo di competenza in questione risultano chiare dal fatto che la decisione non comporta l'armonizzazione delle discipline nazionali: i casi clinici riconducibili ad un'epidemia sono affrontati sulla base dei protocolli stabiliti dalle autorità statali, senza che vi sia un'armonizzazione dei protocolli medesimi sul piano europeo. L'azione dell'UE per contrastare minacce gravi per la salute con carattere transfrontaliero si risolve quindi in una (preziosa) attività di collegamento tra Stati membri, Commissione e OMS, come è avvenuto nel caso dell'emergenza del virus Ebola[27]. I meccanismi posti in essere dall'UE con la decisione di cui si parla possono quindi rendere concretamente possibili risposte coordinate e coerenti da parte degli Stati membri interessati. Tuttavia, la mancanza della competenza dell'UE ad adottare iniziative di armonizzazione normativa si può riflettere nell'assenza di reazioni comuni e uniformi alle emergenze sanitarie, il che può in concreto limitare l'efficacia delle risposte alla diffusione di malattie nei casi di rischi per la salute di carattere transfrontaliero[28].

3. Accanto alla competenze di natura complementare e di coordinamento in materia sanitaria, all'UE è attribuita una competenza concorrente in ordine ai "problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica" (art. 4, par. 2, lett. k), TFUE), ossia in concreto in tre specifici settori indicati dall'art. 168, par. 4, TFUE[29]. La previsione di questa forma di competenza e della connessa possibilità di adottare atti di armonizzazione normativa risale al Trattato di Amsterdam, e verosimilmente discende dal verificarsi, negli anni precedenti, di alcune vicende su scala internazionale relative alla diffusione di plasma infetto destinato a trasfusioni di sangue

[26] *Ivi*, 1° 'considerando'.

[27] In particolare, il Comitato di sicurezza sanitaria (composto da rappresentanti degli Stati membri) e il Sistema di allarme rapido e di reazione, istituiti sulla base della decisione hanno svolto un ruolo rilevante di raccordo e scambio di informazioni tra le autorità sanitarie degli Stati membri tra loro, con la Commissione europea e con l'OMS. Cfr. F. Casolari, *La reazione alla diffusione del virus Ebola: verso un nuovo paradigma nella* governance *internazionale delle pandemie?*, in L. P. Tronconi (a cura di), *Unione europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate*, *Quaderni di Sanità pubblica*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 177 ss., a p. 197.

[28] *Ivi*, p. 201.

[29] Ai sensi dell'art. 168, par. 4, TFUE, l'UE può adottare "per affrontare i problemi comuni di sicurezza: a) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; tali misure non ostano a che gli Stati membri mantengano o introducano misure protettive più rigorose; b) misure nei settori veterinario e fitosanitario il cui obiettivo primario sia la protezione della sanità pubblica; c) misure che fissino parametri elevati di qualità e sicurezza dei medicinali e dei dispositivi di impiego medico". L'elenco di tali materie va inteso come tassativo, in quanto in campo sanitario l'attribuzione all'UE della competenza concorrente ha natura derogatoria rispetto alla natura complementare e di supporto della competenza dell'UE in materia sanitaria: come chiarisce espressamente la norma, si tratta di una deroga all'art. 2, par. 5, TFUE e all'art. 6, lett. a), TFUE.

o al manifestarsi dell'encefalopatia spongiforme bovina[30]. I tre settori, in cui l'UE può adottare atti legislativi di ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri sono rappresentati dalla qualità e sicurezza degli organi e sostanze di origine umana, del sangue e degli emoderivati; dalla protezione della sanità pubblica con riguardo ai "settori veterinario e fitosanitario"; dalla qualità e sicurezza dei medicinali. Le misure specifiche di protezione della salute formano spesso oggetto di atti di esecuzione della Commissione, il cui carattere tecnico porta non di rado i giudici dell'UE a limitare il proprio sindacato ai casi di errore manifesto e sviamento di potere, riconoscendo alla Commissione un ampio margine di apprezzamento[31].

Va comunque osservato che la possibilità che l'UE proceda all'adozione di atti di armonizzazione nei campi indicati resta subordinata all'obbligo generale di rispettare la competenza degli Stati membri nell'organizzazione e nella gestione dei sistemi sanitari nazionali (art. 168, par. 7, TFUE). Tra le tre materie indicate come rientranti nella competenza concorrente, la disciplina relativa alla qualità e sicurezza di materiali di origine umana si presta ad incidere maggiormente sull'autonomia organizzativa degli Stati membri in campo sanitario. In particolare, le direttive di armonizzazione in tale campo stabiliscono sul piano sostanziale che le donazioni debbono avere carattere volontario, gratuito e informato, e pongono vincoli sul piano organizzativo e procedurale relativi ai centri di raccolta[32]. Proprio nell'ottica di salvaguardare l'autonomia degli Stati membri, quindi, l'art. 168 TFUE precisa specificamente che quest'ultimo settore può formare oggetto solo di atti di armonizzazione "minima", rispetto ai quali è consentito agli Stati di adottare discipline nazionali con *standard* più elevati[33].

La dinamica dell'armonizzazione minima e della permanenza di spazi di discrezionalità in capo agli Stati membri nell'adozione di misure di protezione, nei settori da ultimo menzionati, è emersa in modo chiaro nella recente sentenza *Léger*[34], sull'interpretazione della normativa dell'UE relativa alla fissazione dei parametri di sicurezza del sangue, adottata nell'esercizio della suddetta competenza concorrente[35]. Nella causa davanti al giudice nazionale era entrata in considerazione

[30] Cfr. F. Niggemeier, *op. cit.*, p. 1759; M. Guy, W. Sauter, *op. cit*., p. 13.

[31] V. di recente, anche per ulteriori indicazioni giurisprudenziali, la sentenza del Tribunale dell'11 febbraio 2015, causa T-204/11, *Spagna* c. *Commissione*, punto 31, con specifico riferimento al regolamento (UE) n. 15/2011 della Commissione, del 10 gennaio 2011, sui metodi di analisi riconosciuti per la rilevazione delle biotossine marine nei molluschi bivalvi vivi, adottato in attuazione dei regolamenti (CE) 853/2004 e 854/2004, del 29 aprile 2004, adottati ai sensi dell'art. 152, par. 4, lett. b), TCE (oggi art. 168, par. 4, lett. b), TFUE).

[32] Cfr. al riguardo la direttiva 2002/98 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 2003, che stabilisce norme di qualità e di sicurezza per la raccolta, il controllo, la lavorazione, la conservazione e la distribuzione del sangue umano e dei suoi componenti; la direttiva 2004/23 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, sulla definizione di norme di qualità e di sicurezza per la donazione, l'approvvigionamento, il controllo, la lavorazione, la conservazione, lo stoccaggio e la distribuzione di tessuti e cellule umani; la direttiva 2010/45 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 luglio 2010, relativa alle norme di qualità e sicurezza degli organi umani destinati ai trapianti.

[33] Cfr. l'art. 168, par. 4, lett. a), e l'art. 168, par. 7, ultima frase, TFUE.

[34] Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2015, causa C-528/13.

[35] Il riferimento è alla citata direttiva 2002/98/CE. La causa riguardava l'interpretazione dell'allegato III della direttiva 2004/33/CE della Commissione, del 22 marzo 2004, applicativa della direttiva stessa, il quale specifica i "Criteri di esclusione permanente di donazioni allogeniche" (v. sentenza *Léger*, punti 18-20).

l'esclusione permanente dalla possibilità di donare il sangue – prevista da una normativa francese – a carico di chi dichiarasse di aver avuto rapporti sessuali a rischio, indicati specificamente come rapporti omosessuali tra soggetti di sesso maschile[36]. Trattandosi di una disciplina nazionale adottata nell'attuazione del diritto dell'UE, e quindi in un campo in cui gli Stati membri sono tenuti a rispettare anche i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali, si pose il problema della compatibilità con la Carta stessa dell'esclusione dal novero dei donatori. In particolare, una volta constatata la sussistenza di una violazione, nella legge francese, del divieto di discriminazione in base all'orientamento sessuale (art. 21, par. 1, della Carta), la Corte considerò la restrizione potenzialmente giustificabile ai sensi della clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta[37]. A parere dei giudici dell'UE, la limitazione in questione rispondeva a "una finalità di interesse generale riconosciuta dall'Unione", ossia l'esigenza di garantire un livello elevato di tutela della salute umana ai sensi dell'art. 35, seconda frase, della Carta (e dell'attuale 168 TFUE)[38]. Al giudice nazionale fu tuttavia riservato il compito di valutare la proporzionalità di questa esclusione rispetto ai metodi di rilevazione del rischio per la salute e all'esistenza di metodi meno restrittivi[39].

La soluzione prospettata dalla Corte nella sentenza risulta quindi imperniata sul bilanciamento tra il principio di non discriminazione e la tutela della salute pubblica. Ci si trova di fronte ad un esempio di come l'obiettivo di proteggere la salute (intesa nella sua dimensione collettiva) sia impiegato con una certa frequenza nella recente giurisprudenza dell'UE come base giustificativa per normative nazionali (o anche dell'UE) che pure comportano delle restrizioni a diritti o principi anche con carattere fondamentale[40].

4. Nel corso degli anni, l'UE ha inciso sulle scelte degli Stati membri in materia di politica sanitaria in modo più o meno diretto con numerosi atti normativi, malgrado il carattere in linea di principio sussidiario della sua competenza al riguardo e nonostante i limiti posti all'armonizzazione in questa materia. Ancor prima dell'inserimento nei Trattati della specifica previsione dedicata alla politica sanitaria, gli atti dell'UE avevano avuto un impatto sulla materia anche senza ricorrere all'apposita previsione dell'art. 168 TFUE. Riflessi decisamente importanti in materia sanitaria hanno avuto atti adottati sulla base di norme relative alle libertà nel mercato unico, che ad esempio hanno riguardato il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale[41], o il riconoscimento delle qualifiche professionali per l'esercizio delle atti-

[36] La normativa francese specifica il concetto di "[p]ersone il cui comportamento sessuale le espone ad alto rischio di contrarre gravi malattie infettive trasmissibili col sangue", stabilito in generale nell'allegato III della direttiva 2004/33, punto 2.1 (cfr. sentenza *Léger*, punto 23).

[37] Sentenza *Léger*, punto 50. Come noto, l'art. 52, par. 1, della Carta prevede le condizioni in presenza delle quali sono compatibili con la Carta stessa determinate limitazioni dei diritti fondamentali.

[38] *Ivi*, punto 57.

[39] *Ivi*, punto 59 e punti 63-68.

[40] *Infra*, par. 9.

[41] Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale; la materia era stata disciplinata in tempi molto risalenti nel regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione

vità mediche, paramediche, e dei farmacisti[42]. Si può ricordare altresì il ricorso alla "clausola di flessibilità" oggi contemplata nell'art. 352 TFUE, talora unitamente alle norme sul mercato unico testé menzionate[43], ma anche come unica base giuridica. A quest'ultimo riguardo si può ricordare ad esempio la creazione di un numero unico di emergenza (il numero telefonico 112)[44], che riguarda i soccorsi non solo di natura sanitaria, ma che ha avuto e ha tuttora un'incidenza significativa nella gestione di questo specifico genere di soccorsi e richiede un'attività organizzativa non semplice (con difficoltà che hanno ad esempio toccato lo Stato italiano)[45].

Il riferimento normativo utilizzato con particolare frequenza come base giuridica per attività di armonizzazione inerenti alla materia sanitaria è costituito dall'art. 114 TFUE[46], che riguarda il funzionamento del mercato unico in generale (ossia una materia rientrante nella competenza concorrente ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. a), TFUE). È evidente come possa riscontrarsi sotto molti versi l'incidenza sulla tutela della salute umana in senso lato degli atti di armonizzazione: si pensi in particolare al ravvicinamento delle norme sugli *standard* tecnici dei prodotti e ai connessi profili di sicurezza per gli utilizzatori e i consumatori. Proprio in questa prospettiva la norma in questione contempla espressamente l'ipotesi in cui le proposte della Commissione possano incidere nella materia della sanità (art. 114, par. 3, TFUE). Sotto questo profilo la norma non è neutra sul piano dei valori che le istituzioni dell'UE devono tenere in considerazione, in quanto non contempla semplicemente l'esigenza del corretto funzionamento del mercato interno, ma sancisce anche il principio per cui ogni proposta di atti di armonizzazione debba attenersi ad un livello di protezione elevato della salute[47].

Non è raro che l'art. 114 TFUE figuri accanto ad altre disposizioni del TFUE in atti normativi che hanno base giuridica plurima, ossia in genere, per quanto qui

---

dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità.

42 Direttiva 2005/36/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, che ha come base giuridica "l'articolo 40, l'articolo 47, par. 1 e par. 2, prima e terza frase, e l'articolo 55" del TCE (oggi articoli 43, 53 e 62 TFUE). La materia aveva formato oggetto di una disciplina comunitaria risalente, in particolare nelle direttive del Consiglio che dalla fine degli anni settanta avevano regolamentato il riconoscimento delle qualifiche di infermiere, responsabile dell'assistenza generale, dentista, veterinario, ostetrica, farmacista e medico.

43 V. ad es. la direttiva 77/452/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1977, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di infermiere, nonché il menzionato regolamento 883/2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

44 Decisione 91/396/CEE del Consiglio, del 29 luglio 1991, sull'introduzione di un numero unico europeo per chiamate di emergenza.

45 In materia, v. sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2009, causa C-539/07, *Commissione* c. *Italia*, nella quale la Corte ha accertato la mancata esecuzione da parte dell'Italia dell'obbligo di rendere possibile ai servizi di soccorso l'identificazione dell'ubicazione del chiamante per tutte le chiamate telefoniche effettuate al numero di emergenza 112, previsto da una delle direttive che hanno fatto seguito alla decisione istitutiva di tale numero unico europeo.

46 Cfr. ad esempio la direttiva 2001/83/CE del Parlamento europeo e Consiglio, del 6 novembre 2001, recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, che aveva come base giuridica l'art. 95 TCE (oggi art. 114 TFUE).

47 Cfr. sul tema R. Mastroianni, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 319 ss., a p. 338.

rileva, accanto alla disposizione sulla politica sanitaria[48]. Il che si verifica quando le istituzioni dell'UE reputino che i diversi obiettivi e campi di attinenza dei singoli atti – sia relativi al funzionamento del mercato interno sia di politica sanitaria – abbiano eguale rilevanza nel contesto degli atti stessi. Del resto, non vi sono differenze di rilievo nelle procedure deliberative contemplate nell'art. 114 e nell'art. 168, par. 4, TFUE[49]. Tale doppia base giuridica è propria, ad esempio, della direttiva "sulla mobilità transfrontaliera dei pazienti" (direttiva 2011/24)[50], che rappresenta uno degli atti di armonizzazione che ha ricevuto maggiore attenzione in questa materia[51].

5. L'emanazione di atti di ravvicinamento delle legislazioni che hanno ad oggetto il funzionamento del mercato interno, ma che sono chiaramente attinenti alla tutela della salute umana, può porre problemi di compatibilità con il carattere in linea di principio preminente della competenza statale in materia di sanità pubblica. In altri termini, l'armonizzazione giustificata in forza delle esigenze di funzionamento del mercato interno (*in primis* in base all'art. 114 TFUE) appare a prima vista in contrasto con i menzionati articoli 2, par. 5, e 168, par. 5, TFUE, che invece escludono l'armonizzazione normativa nei settori di competenza complementare qual è in linea di principio la politica sanitaria. L'antinomia potrebbe essere risolta dando prevalenza a queste ultime norme e quindi escludendo l'ammissibilità di atti di armonizzazione, in considerazione della loro specialità (*ratione materiae*) rispetto alle norme che riguardano il mercato unico in generale. Di segno opposto è invece la soluzione che si è affermata nella giurisprudenza dell'UE dello scorso decennio, e che appare oggi consolidata sul piano normativo e giurisprudenziale. La Corte di giustizia ha infatti riconosciuto in concreto la legittimità di atti di ravvicinamento delle legislazioni nazionali in materie che non solo sono attinenti in senso lato alla tutela della salute umana, ma che sono anzi espressamente indicate come casi in cui l'armonizzazione è esclusa nell'art. 168, par. 5, quali la protezione della salute pubblica in relazione al tabacco.

---

48 Cfr. ad esempio il regolamento (CE) 726/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, istitutivo dell'Agenzia europea per i medicinali e di procedure di autorizzazione e sorveglianza dei medicinali per uso umano e veterinario, che ha come basi giuridiche l'art. 95 TCE e l'art. 152, par. 4, TCE, corrispondenti agli attuali articoli 114 e 168, par. 4, TFUE.

49 Sia nell'art. 114 che nell'art. 168 TFUE è prevista la procedura legislativa ordinaria per l'adozione degli atti normativi, con la sola differenza che la procedura prevista dall'art. 168 TFUE richiede non solo la consultazione del Comitato economico e sociale, come anche l'art. 114 TFUE, ma anche quella del Comitato delle Regioni.

50 Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera. Su di essa v. in particolare G. Di Federico, *La direttiva 2011/24/UE e l'accesso alle prestazioni mediche nell'Unione europea*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2012, p. 693 ss.; M. Inglese, *Le prestazioni transfrontaliere e la tutela della salute*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2012, p. 109 ss.

51 Si può peraltro notare come la direttiva presenti un riferimento invero molto generico alle ragioni sottostanti al ricorso alla base giuridica dell'art. 168 TFUE: il 1° 'considerando' al riguardo motiva solo sottolineando che "un livello elevato di protezione della salute umana deve essere garantito anche nel caso in cui l'Unione adotti atti a norma di altre disposizioni del trattato". Viceversa, sono molto più dettagliate le considerazioni relative all'art. 114 TFUE (nel 2° 'considerando'), in quanto, come si dirà nel paragrafo che segue, sul quest'ultimo punto il legislatore ha ripreso argomenti sviluppati dalla Corte di giustizia nella giurisprudenza precedente alla direttiva.

Nella giurisprudenza dell'UE dei primi anni duemila[52] la Corte ha infatti affermato in primo luogo che il divieto di ravvicinamento delle legislazioni nazionali previsto dall'attuale art. 168, par. 5, TFUE "non implica (…) che provvedimenti di armonizzazione adottati sul fondamento di altre disposizioni del Trattato non possano avere un'incidenza sulla protezione della salute umana"[53]. Con specifico riguardo all'art. 114 TFUE, i giudici dell'UE hanno considerato che l'armonizzazione ai sensi di quest'ultima norma sia ammissibile anche se la tutela della salute abbia "ampiamente ispirato" le scelte operate dal legislatore dell'UE[54], purché sussista la necessità di eliminare ostacoli derivanti da disparità nelle legislazioni degli Stati membri[55]. In altri termini, nella prospettazione della Corte la possibilità di adottare provvedimenti di armonizzazione in materie che incidono sulla salute umana discende, in base all'art. 114 TFUE, dall'esistenza di un effettivo bisogno di armonizzazione per il funzionamento e l'instaurazione del mercato interno; al ricorrere di questa circostanza non si può configurare un'elusione del divieto di armonizzazione di cui all'art. 168, par. 5, TFUE[56].

A conferma di come la soluzione indicata dalla Corte di giustizia appaia ormai consolidata nel diritto dell'UE, è interessante notare i suoi evidenti riflessi sul piano normativo nella nota direttiva 2011/24 sull'assistenza sanitaria transfrontaliera, che già si è citata. L'atto riproduce infatti alla lettera le affermazioni che si rinvengono nella giurisprudenza dell'UE menzionata in precedenza, nel 'considerando' relativo al ricorso alla base giuridica dell'art. 114 TFUE (oltre che dell'art. 168 TFUE), per il miglioramento del funzionamento del mercato interno e a prescindere dalla sua specifica attinenza a scelte di politica sanitaria[57].

Questo approccio ha trovato ulteriori conferme nelle tre recenti sentenze[58] che hanno riconosciuto la validità della direttiva sulla disciplina dei prodotti del tabacco[59], nelle quali la Corte ha ribadito che in linea di principio l'armonizzazione

---

[52] Cfr. la già citata sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, *Germania* c. *Parlamento* e *Consiglio*, punto 88; nonché le successive sentenze del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco*, punti 62 e 75; del 14 dicembre 2004, causa C-434/02, *Arnold André*, punto 32, e causa C-210/03, *Swedish Match*, punto 31; del 12 dicembre 2006, causa C-380/03, *Germania* c. *Parlamento* e *Consiglio*, punti 39 e 95. In argomento cfr. D. Wyatt, *Community Competence to Regulate Medical Services*, in E. Spaventa, M. Dougan (eds.), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005, p. 131 ss., a p. 139.

[53] Sentenza del 5 ottobre 2000, *Germania* c. *Parlamento* e *Consiglio*, punto 78.

[54] Cfr. la sentenza 12 dicembre 2006, *Germania* c. *Parlamento* e *Consiglio*, punto 96; cfr. anche le sentenze del 5 ottobre 2000, *Germania* c. *Parlamento* e *Consiglio*, punto 88, e *British American Tobacco*, punto 75.

[55] La sussistenza di ostacoli di tale genere venne ad esempio esclusa nella sentenza del 5 ottobre 2000, *Germania* c. *Parlamento* e *Consiglio*, punto 99, con il conseguente annullamento della direttiva in questione inerente alla pubblicità di prodotti del tabacco.

[56] *Ivi*, punto 79.

[57] Direttiva 2011/24/UE, il cui 2° 'considerando' chiarisce che a fronte dell'esigenza di armonizzazione, "la normativa dell'Unione deve basarsi su questa base giuridica anche nel caso in cui la protezione della sanità pubblica sia un elemento determinante delle scelte operate".

[58] Sentenze della Corte di giustizia del 4 maggio 2016: causa C-358/14, *Polonia* c. *Parlamento* e *Consiglio*, causa C-477/14, *Pillbox 38*, e causa C-547/14, *Philip Morris*.

[59] Direttiva 2014/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014, sul ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative alla lavo-

in tale materia si giustifica anche se "la tutela della salute [sia] determinante nelle scelte da operare", per il solo ricorrere di un'esigenza di ravvicinamento delle legislazioni[60]. Merita peraltro di essere osservata, in ordine alla correttezza della base giuridica dell'atto oggetto di queste tre sentenze, la rilevanza del tutto secondaria che ha assunto la questione del riparto di competenze in materia di politica sanitaria, questione che invece, come si è detto, nello scorso decennio aveva animato diverse importanti cause pure attinenti alla materia dei prodotti del tabacco[61]. Solo in uno dei tre procedimenti relativi alla direttiva 2014/40, ossia nella causa *Polonia* c. *Parlamento* e *Consiglio*, è stata messa in dubbio la correttezza della base giuridica facendo riferimento al fatto che l'art. 168, par. 5, TFUE esclude misure di armonizzazione con specifico riferimento alla lotta al tabagismo. Ed è anche significativo che l'unica contestazione a questo riguardo sia stata sollevata non dallo Stato ricorrente, ma da uno Stato interveniente (la Romania)[62]. Parallelamente, anche la risposta della Corte in argomento è stata formulata incidentalmente e solo con il richiamo alla precedente giurisprudenza, ad ulteriore riprova del fatto che il diritto dell'UE sul punto sembra assestato su di una posizione che al momento non suscita contrasti di rilievo.

Ha invece formato oggetto di contestazioni in tutte e tre le cause il rispetto del principio di sussidiarietà nell'emanazione della direttiva in questione, il che si spiega considerando che, come si è detto, la materia della politica sanitaria è permeata dell'idea del carattere sussidiario dell'azione dell'UE rispetto a quella degli Stati membri. Sul punto, le sentenze hanno fatto leva non sugli obiettivi di tutela della salute, pure presenti nella direttiva stessa, ma su quelli ("interdipendenti") di eliminazione e prevenzione di ostacoli al funzionamento del mercato interno: le pronunce concordano sul fatto che, anche a voler considerare che la tutela della salute avrebbe potuto essere meglio perseguita dai singoli Stati membri, solo l'intervento del legislatore dell'UE appariva idoneo a scongiurare i rischi di divaricazione delle normative nazionali nel settore oggetto di armonizzazione[63]. E partendo dall'affermazione per cui nei casi di specie sussistono i presupposti e le esigenze di un'attività di armonizzazione, la Corte riconosce al legislatore dell'UE un'ampia discrezionalità nelle scelte normative di natura tecnica sulle misure da adottare[64].

---

razione, alla presentazione e alla vendita dei prodotti del tabacco e dei prodotti correlati e che abroga la direttiva 2001/37/CE. Sul contenuto della direttiva e sulle vicende che hanno accompagnato l'*iter* legislativo, v. T. K. Hervey, J. V. McHale, *op. cit.*, p. 393 ss.

60 *Polonia* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, punto 34; *Philip Morris*, punto 60. Con riguardo alla direttiva in discussione, quest'ultima esigenza è stata ravvisata nei rischi di divergenze normative in ordine ai prodotti del tabacco, specie per le possibili differenze nei livelli di protezione cui avrebbero potuto tendere i legislatori nazionali: *Polonia* c. *Parlamento* e *Consiglio*, punti 56-61; *Philip Morris*, punti 98 ss., 102 ss., 118 ss.; *Pillbox 38*, punti 58 e 112.

61 Cfr. in questo senso le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 23 dicembre 2015, relative alla causa C-358/14, *Polonia* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, punto 2.

62 Cfr. *Polonia* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, punto 26.

63 *Ivi*, punto 116 ss.; *Philip Morris*, punto 220 ss.; *Pillbox 38*, punto 149 ss.

64 V. le sentenze *Polonia* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, punto 37; *Philip Morris*, punti 63, 80, 134 e cfr. anche punto 166, sui limiti del sindacato della Corte in merito alle "valutazioni complesse" di tipo giuridico, economico e sociale operate dal legislatore dell'UE; *Pillbox 38*, punto 49. Sull'opportunità di questo approccio poco interventista della Corte in un campo che è oggetto di scelte politiche e tecniche da parte delle istituzioni che partecipano al procedimento legislativo dell'UE, v. P. Koutra-

Più in generale, a prescindere da queste ultime sentenze, e nonostante la soluzione consolidata che si è posta in luce, non si può escludere che nella materia in esame si ripropongano anche in futuro problemi di delimitazione delle rispettive sfere di competenza dell'UE e degli Stati membri, e quindi dell'estensione della possibilità di procedere all'armonizzazione normativa in campi attinenti alla tutela della salute. Da questo punto di vista, è ragionevole considerare che avrà rilevanza in concreto la misura della disponibilità e dell'interesse degli Stati membri a "cedere" alcuni margini di autonomia normativa in campi pertinenti alla tutela della salute umana[65]. In senso contrario, potrà emergere la volontà degli Stati stessi (o di alcuni di essi) di opporsi a iniziative di armonizzazione, il che appare più probabile soprattutto per settori strettamente legati alla gestione dei sistemi sanitari nazionali, rispetto ai quali si può più verosimilmente prefigurare l'invocazione della "clausola di garanzia" dell'art. 168, par. 7, TFUE[66].

6. Il rango del bene giuridico della salute umana nell'ordinamento dell'Unione europea emerge chiaramente anche dalla presenza all'interno della Carta dei diritti fondamentali di una norma dedicata specificamente alla "protezione della salute", ossia l'art. 35 della Carta[67]. Posto che la Carta non estende le competenze dell'UE[68], la sua entrata in vigore (col Trattato di Lisbona) non incide sul complesso quadro di ripartizione delle competenze che sopra si è delineato, nel quale la responsabilità dell'organizzazione dei servizi sanitari spetta in linea di principio agli Stati membri.

Va però sottolineato che proprio sul settore sanitario appare specificamente focalizzata la prima frase dell'art. 35 della Carta, che non enuncia in generale un diritto fondamentale alla salute complessivamente considerato, bensì lo specifico diritto "di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche"[69]. Ora, posto che, come si è detto, incombe sugli Stati membri la gestione delle cure mediche – nel

---

KOS, *Reviewing Harmonization: The* Tobacco Products Directive *Judgments*, *Editorial*, in *European Law Review*, 2016, p. 305 ss.

65 Con riguardo alla rilevanza di considerazioni *lato sensu* politiche accanto a quelle più strettamente di natura giuridica, nella delimitazione delle competenze di supporto, coordinamento e completamento (e quindi anche alla competenza in materia di politica sanitaria), cfr. quanto osservano in generale P. CRAIG, G. DE BÙRCA, *EU Law: Text, Cases, and Materials*, Oxford, 2015, VI ed., p. 87: "The scope of EU legislative activity within this areas will be bounded by what is acceptable to the Member States in the Council and the European Parliament".

66 Si potrebbe osservare che anche la menzionata direttiva 2011/240/UE sull'assistenza sanitaria transfrontaliera attiene alla gestione dei sistemi sanitari nazionali. In questo caso, tuttavia, l'approvazione della direttiva si era resa necessaria proprio nell'interesse degli Stati membri, per definire in modo chiaro la portata dei principi che la Corte di giustizia stava sviluppando con una giurisprudenza sempre più incisiva, in ordine alla libertà dei pazienti di ricevere prestazioni sanitarie in Stati membri diversi da quello di affiliazione al sistema previdenziale nazionale, e in ordine al diritto di ottenere il rimborso delle spese sostenute per le cure all'estero a carico dello Stato di affiliazione. Sulla genesi della direttiva 2011/24/UE cfr. per tutti F. COSTAMAGNA, *op. cit.*, p. 187 ss.

67 In questo lavoro non è possibile fare riferimento a tutte le norme della Carta che sono legate direttamente o indirettamente alla salute umana: il carattere "pervasivo" del diritto alla salute emerge infatti anche dalle numerose interconnessioni che possono essere ampiamente ravvisate con diversi diritti fondamentali enunciati nella Carta.

68 Cfr. art. 6, par. 1, 2° cpv., TUE; art. 51, par. 2, della Carta.

69 Art. 35 della Carta, prima frase: "[o]gni persona ha il diritto di accedere alla prevenzione sanitaria e di ottenere cure mediche alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali".

quadro della più generale responsabilità nell'organizzazione dei servizi sanitari –, la prima parte della norma appare destinata ad operare più probabilmente nei confronti degli Stati stessi che delle istituzioni dell'UE. La seconda frase dell'art. 35 della Carta, invece, in cui si ribadisce l'obiettivo "orizzontale" di tutela elevata della salute[70], è più chiaramente indirizzata alle istituzioni dell'UE, ma rileva ovviamente pure per gli Stati membri quando diano attuazione alle norme di diritto dell'UE.

Il rispetto dell'autonomia degli Stati membri in materia sanitaria si coglie anche nell'enunciazione del diritto fondamentale in questione, in particolare nella parte in cui la norma specifica che tale diritto spetta ad ogni persona "alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali". Lasciare in capo agli Stati membri la determinazione delle condizioni alle quali subordinare l'accesso alle cure è una manifestazione del principio di sussidiarietà (come confermano le spiegazioni della Carta)[71], che pervade la materia della salute pubblica nel diritto dell'UE. Precisazioni analoghe si riscontrano nella maggioranza delle norme del titolo IV della Carta ("solidarietà"), il quale raggruppa disposizioni relative per lo più a diritti sociali, ossia diritti la cui promozione in generale forma tradizionalmente oggetto di scelte di politica sociale in buona parte riservate agli Stati[72].

Tale precisazione può però rivelarsi atta a limitare la portata e gli effetti della previsione sulla protezione della salute di cui qui si parla. La nota sentenza *AMS* ha infatti esplicitato alcuni limiti in presenza dei quali alle norme della Carta può essere riconosciuta l'idoneità a produrre effetti diretti negli ordinamenti interni degli Stati membri: da una formula analoga a quella impiegata nell'art. 35 della Carta (prevista nell'art. 27)[73], la Corte ha desunto la mancanza di attitudine dell'articolo che la contiene ad essere invocato in giudizio al fine di ottenere la disapplicazione di norme del diritto nazionale[74]. La possibilità di applicare lo stesso schema di ragionamento all'art. 35 della Carta induce a ritenere probabile che la Corte non ne farebbe discendere un diritto soggettivo (alle cure) che i singoli possano far valere innanzi ai giudici nazionali. Il che non toglie, ovviamente, che la disposizione di cui si parla possa entrare in considerazione anche in misura rilevante come parametro

[70] Art. 35 della Carta, seconda frase: "[n]ella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche ed attività dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione della salute umana".

[71] Cfr. le *Spiegazioni inerenti alla Carta*, *sub* art. 52, par. 6, che precisano che gli articoli della Carta che rimandano alle legislazioni e prassi nazionali si pongono "nell'ottica della sussidiarietà".

[72] Si noti che all'interno del titolo IV della Carta, l'art. 35 (insieme all'art. 36 sui servizi di interesse economico generale) è l'unico a prevedere espressamente la rilevanza delle condizioni fissate dalle sole legislazioni e prassi nazionali e non anche dall'Unione europea. Invece, è comune agli articoli 27, 28, 30, 34, par. 1, e 34, par. 3, della Carta la condizione della conformità a quanto stabilito "dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali". Emerge quindi anche sotto questo profilo la centralità della sfera di competenza statale nelle scelte di politica sanitaria.

[73] In base all'art. 27 della Carta, il "[d]iritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa" deve essere garantito ai lavoratori o ai loro rappresentanti "nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali".

[74] Sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, punti 44-46. Cfr. N. Lazzerini, *(Some of) the Fundamental Rights Granted by the Charter May Be a Source of Obligations for Private Parties: AMS*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 907 ss.; A. Di Pascale, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea: diritti fondamentali?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 1148 ss.

di interpretazione o di validità di norme dell'UE che incidono in materia sanitaria, con possibili riflessi sull'interpretazione e sull'applicazione di norme nazionali[75].

La rilevanza dell'art. 35 della Carta è del resto destinata ad aumentare nel caso in cui si consolidi la tendenza all'ampliamento degli spazi di intervento dell'UE con atti normativi nella materia in esame. A quest'ultima tendenza, infatti, corrisponde un'analoga estensione della rilevanza della norma medesima nei confronti degli Stati membri, posto che in generale l'applicazione della Carta nei confronti di questi ultimi è circoscritta alle situazioni che ricadono nell'ambito del diritto dell'UE[76]. Grava quindi sui giudici nazionali il compito di valutare in quali casi concreti entra in gioco la normativa dell'UE che inerisce direttamente o indirettamente alla materia sanitaria, per evitare che la Corte si dichiari incompetente a risolvere eventuali questioni pregiudiziali relative all'art. 35 della Carta, come è avvenuto in passato e come si vedrà nel paragrafo che segue.

7. Nella giurisprudenza successiva all'entrata in vigore della Carta – in un contesto in cui si moltiplicano i riferimenti a tale testo normativo nelle sentenze dei giudici dell'UE – si deve rilevare che l'art. 35 della Carta non ha avuto un ruolo di rilievo nella soluzione di questioni inerenti a pretese dei singoli nella materia di cui ci occupiamo. A quest'ultimo riguardo, vanno ricordati alcuni casi in cui la Corte ha dichiarato la propria incompetenza a pronunciarsi su quesiti pregiudiziali relativi specificamente alla norma in questione, o comunque non ha accolto le argomentazioni dei singoli interessati, in sostanza confermando l'esistenza di margini discrezionali per le scelte politiche e normative degli Stati membri nelle materie in questione.

Una decisione in cui emerge in maniera evidente una risposta sostanzialmente negativa della Corte al tentativo di fondare una pretesa individuale direttamente sulla prima frase dell'art. 35 della Carta ha riguardato il caso Široká, inerente ad un obbligo di vaccinazione per i minori sancito dalla legislazione di uno Stato membro[77]. In relazione alla contestazione di quest'obbligo da parte del genitore di un minore da vaccinare, le questioni vertevano sulla portata dell'art. 35 della Carta e dell'art. 168 TFUE. Sotto il primo profilo, il giudice nazionale chiedeva se il diritto di accesso alle cure, enunciato nella Carta, contempli anche il diritto a scegliere quali cure ricevere (e quindi anche la scelta *di non ricevere* determinate prestazioni sanitarie). Sotto il secondo profilo, si chiedeva di valutare se l'obbligo di sottoporsi a vaccinazione corrisponda e anzi discenda dagli obiettivi di tutela della salute sanciti dal diritto dell'UE. La Corte si ritenne manifestamente incompetente a giudicare sul caso, in base alla considerazione per cui nella materia della vaccinazione non entra in gioco alcuna disposizione di diritto dell'UE, con la conseguente irrilevanza nel caso di specie dell'art. 35 della Carta (in ragione dei limiti materiali

[75] L'auspicio che la Corte di giustizia possa ricavare dall'art. 35 della Carta spunti interpretativi atti ad offrire tutele effettive per i singoli, ad esempio individuando contenuti essenziali minimi di cure che gli Stati membri debbono garantire, è formulato ad es. da B. Rudolf, *Artikel 35*, in J. Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden, 2014, p. 541 ss., spec. p. 547 ss.

[76] V. l'art. 51, par. 2, della Carta e la nota sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, Åkerberg Fransson, punto 19.

[77] Ordinanza della Corte di giustizia del 17 luglio 2014, causa C-459/13, Široká c. *Úrad verejného zdravotníctva Slovenskej republiky.*

di applicazione della Carta, di cui si è già parlato)[78]. Anche l'art. 168 TFUE fu considerato dalla Corte privo di incidenza sulla disciplina degli Stati membri relativa all'obbligatorietà o meno delle vaccinazioni[79], in sostanza con la conferma che le determinazioni degli Stati membri a questo riguardo restano nella sfera della potestà legislativa nazionale.

Questa soluzione impedì alla Corte di pronunciarsi sul problema di merito, che avrebbe posto l'interessante questione del bilanciamento "interno" tra le due frasi dell'art. 35 della Carta. Sul punto si contrappongono infatti l'interesse del singolo che abbia intenzione di non vaccinarsi e l'interesse della collettività ad essere protetta dalla diffusione di virus patogeni di cui il soggetto non vaccinato può essere portatore. Possono quindi entrare in concorso tra loro il diritto individuale contemplato dalla prima frase dell'art. 35 della Carta e le esigenze di tutela della collettività previste dalla seconda frase dell'articolo. Ragionando in via ipotetica, si può considerare che la Corte, se dovesse affrontare in concreto la questione (ad esempio con riguardo ad un'eventuale normativa europea in questa materia), potrebbe essere incline a dare prevalenza all'interesse della collettività alla protezione della salute pubblica garantita dai vaccini su larga scala, rispetto alle valutazioni del singolo che ritenga di non doversi vaccinare. Nel quadro complessivo della giurisprudenza dell'UE emerge infatti, come vedremo, una grande attenzione per la dimensione collettiva della salute, mentre ha sinora avuto minore spazio la dimensione individuale.

Solo un cenno merita un altro tentativo di ottenere la disapplicazione di una normativa nazionale per il suo presunto contrasto con l'art. 35 della Carta nel caso *Rossius* e *Collard* c. *Belgio*[80]. Nel merito, invero, l'invocazione di quest'ultima norma appariva piuttosto ardita, in quanto concerneva la contestazione di una sanzione per condotte di commercio irregolare di tabacco, sulla base dell'assunto che la normativa belga che disciplinava il settore dei prodotti del tabacco (e quindi in sostanza ne consentiva il commercio malgrado si tratti di un prodotto nocivo) fosse incompatibile con l'obiettivo di tutela della salute contemplato dalla Carta. Anche in questo caso la dichiarazione di manifesta incompetenza da parte della Corte si fondò sulla collocazione dell'oggetto della questione pregiudiziale al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE[81]. Nella prospettiva indicata in questa ordinanza, dall'art. 35 della Carta non discendono limitazioni per gli Stati membri nella disciplina del commercio di determinati prodotti, seppure nocivi per la salute umana, in mancanza di altre prescrizioni del diritto dell'UE sulla specifica materia.

Presenta decisamente maggiore interesse la questione sottostante alla richiesta di misure d'urgenza rigettata dal Presidente del Tribunale dell'UE nel caso *Alsharghawi* c. *Consiglio*[82]. Oggetto della domanda era la sospensione dell'esecuzione di decisioni

---

78 *Ivi*, punto 25, con riferimento all'art. 51, par. 2, della Carta.

79 *Ivi*, punto 19.

80 Ordinanza della Corte di giustizia del 23 maggio 2011, cause riunite C-267 e 268/10.

81 *Ivi*, spec. punti 16 e 19. La Corte sottolineò (punti 24 e 28) che la questione concerneva in definitiva la validità della normativa nazionale che si assumeva in contrasto con gli articoli 35 della Carta e 6 TUE – questione sulla quale la Corte non può pronunciarsi – e, d'altra parte, che l'ordinanza di rinvio non poneva alcuna questione di validità della normativa dell'UE relativa alla tassazione del tabacco per contrasto con l'art. 35 della Carta.

82 Ordinanza del 20 agosto 2014, causa T-532/14 R.

del Consiglio dell'UE che comportavano, *inter alia*, l'interdizione dell'ingresso e del transito nell'UE di alcuni soggetti, tra cui il cittadino libico ricorrente[83]. A sostegno della domanda, che mirava ad ottenere l'accesso al territorio di uno Stato membro dell'UE, l'interessato faceva valere in particolare l'esigenza di sottoporsi a cure mediche in Francia, invocando il diritto alla salute ai sensi dell'art. 35 della Carta. L'argomento fu rigettato (in modo piuttosto sbrigativo) dal Presidente del Tribunale dell'UE, sulla base dell'affermazione per cui l'art. 35 della Carta non implica un diritto assoluto di accedere al territorio dell'UE per essere curato. L'ordinanza contiene un giudizio di bilanciamento, benché ridotto all'essenziale, tra la pretesa del singolo ad entrare nel territorio di uno Stato membro (per sottoporsi a cure mediche) e l'interesse dell'UE a mantenere in vigore le misure interdittive, con il riconoscimento nel caso concreto della preminenza di quest'ultimo interesse generale[84]. Le ragioni individuali relative alla tutela della salute sono quindi apparse subordinate rispetto ad interessi collettivi inerenti alla politica estera e di sicurezza.

Con riguardo alla specifica questione della rilevanza delle necessità sanitarie nelle decisioni relative all'ingresso nell'UE di cittadini di Paesi terzi, va notato che gli Stati membri non sono privi di margini di discrezionalità. Con riferimento al caso da ultimo esaminato, le decisioni in questione lasciavano comunque agli Stati membri la possibilità di valutare autonomamente eventuali ragioni umanitarie urgenti a favore del soggetto richiedente l'ingresso, e quindi di consentire su tale base l'accesso al territorio nazionale malgrado i provvedimenti interdittivi dell'UE[85]. Più in generale, una speculare discrezionalità si ravvisa in capo agli Stati membri nel rigetto di eventuali richieste di ingresso presentate da soggetti provenienti da Paesi terzi, pur in presenza di ragioni di salute. Il fatto che non sussista un diritto di accedere agli Stati membri dell'UE per esigenze terapeutiche – come affermato anche nell'ordinanza *Alsharghawi* – si può evincere in particolare dal "codice dei visti"[86]: i motivi di rifiuto dell'ingresso, che sono elencati tassativamente, sono oggetto di una

[83] Le misure interdittive di cui si chiedeva la sospensione erano contenute nelle decisioni 2011/137/PESC, del 28 febbraio 2011, e 2011/178/PESC, del 23 marzo 2011. Le misure restrittive previste nella decisione riguardavano una serie di persone che avrebbero partecipato a gravi violazioni dei diritti dell'uomo in Libia negli anni 2010 e 2011. Per il profilo che qui interessa, la richiesta di sospensiva mirava ad ottenere la possibilità per l'interessato di sottoporsi a controlli cardiologici presso il proprio medico curante in Francia. Nell'ordinanza si osserva, accanto a varie argomentazioni di diritto, che non si rilevavano ostacoli di fatto per l'interessato ad accedere a cure equivalenti nel proprio Paese di residenza (il Sudafrica), nonché che non si ravvisavano le ragioni di urgenza a sostegno della richiesta di misure cautelari.

[84] *Ivi*, punto 25, nel quale si osserva che l'art. 35 della Carta e le norme nazionali francesi in materia di accesso e scelta delle cure "ne sauraient en aucun cas (…) accorder un droit absolu d'entrée en France qui primerait, sans autre examen, les mesures restrictives instaurées à l'encontre de la Libye auxquelles il a été soumis. À supposer que le requérant puisse bénéficier d'un tel droit d'entrée, celui-ci devrait être mis en balance avec la finalité de ces mesures restrictives et ne pourrait les primer que s'il était établi que le seul cardiologue au monde qui soit capable de lui administrer un traitement efficace est celui qui se trouve à Paris. Or (…), cette preuve n'a pas été apportée". Si vedano al riguardo anche il punto 30 ss. dell'ordinanza.

[85] *Ivi*, punto 27.

[86] Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti.

valutazione ampiamente discrezionale da parte dei singoli Stati membri[87], e lasciano in definitiva la possibilità alle autorità nazionali di rigettare una richiesta di ingresso motivata da necessità mediche e anzi di tenere in considerazione proprio lo stato di salute nell'adottare la decisione negativa al riguardo[88].

8. Una conferma della riluttanza della Corte di giustizia a fare riferimento al diritto alla salute come diritto individuale si riscontra in casi in cui la soluzione di problemi sostanziali di particolare rilevanza è stata fondata su norme di diritto primario diverse dall'art. 35 della Carta, malgrado i richiami a quest'ultimo articolo da parte degli Avvocati generali nelle cause in questione.

Rimanendo nel campo dell'immigrazione, cui si è fatto cenno in chiusura del precedente paragrafo, il diritto di accesso alle cure enunciato nella prima frase dell'art. 35 della Carta non è entrato in considerazione in due importanti sentenze nei casi conosciuti rispettivamente come *M'Bodj* e *Abdida*, in cui aveva un ruolo centrale la necessità di cure mediche di soggetti immigrati[89]. Il problema specifico affrontato dai giudici dell'UE riguardava l'esistenza di lacune nei sistemi sanitari nazionali di Stati terzi, e in particolare le condizioni di permanenza nel territorio dell'UE di persone che necessitavano di terapie che non potevano essere fornite nei Paesi terzi di origine[90]. Limitandoci qui a ricordare i punti essenziali delle affermazioni contenute nelle due pronunce, nella sentenza *M'Bodj* è stato negato che l'assenza di cure adeguate nel Paese di origine possa di per sé fondare il diritto dell'individuo malato alla c.d. "protezione sussidiaria"[91]. Le lacune nel sistema sanitario del Paese terzo non sono infatti qualificabili come un atto intenzionale dell'autorità estera volto a causare un "danno grave" (presupposto per la concessione della protezione in discussione)[92].

---

87 V. sentenza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2013, causa C-84/12, *Koushkaki*, punto 63, sul fatto che le autorità degli Stati membri, nel valutare le richieste di un visto, "dispongono di un ampio margine discrezionale per quanto riguarda le condizioni di applicazione di tali disposizioni e la valutazione dei fatti rilevanti al fine di stabilire se al richiedente possa essere opposto uno di tali motivi di rifiuto".

88 È verosimile, infatti, che la gravità della malattia possa portare le autorità dello Stato membro richiesto a considerare (ai sensi dell'art. 32 del regolamento 810/2009) che l'ingresso debba essere negato, ritenendo che il richiedente "sia una minaccia per (…) la salute pubblica", o "non dimostr[i] di disporre di mezzi di sussistenza sufficienti (…) per la durata prevista del soggiorno" (in concreto, in vista di una probabile lunga degenza), o perché "vi siano ragionevoli dubbi (…) sulla sua intenzione di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto" (proprio per il possibile protrarsi delle esigenze terapeutiche).

89 Le due sentenze, inerenti a fattispecie differenti ma che implicavano problematiche analoghe sono state rese dalla Corte di giustizia nella medesima data del 18 dicembre 2014, causa C-542/13, *Mohamed M'Bodj* c. *Belgio*, e causa C-562/13, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* c. *Moussa Abdida*. È stato sottolineato che sarebbe "*highly misleading*" leggere una sola delle due sentenze senza leggere l'altra: S. Peers, *Could EU Law Save Paddington Bear? The CJEU Develops a New Type of Protection*, in *EU Law Analysis*, 21 dicembre 2014.

90 Le questioni pregiudiziali riguardavano due atti di grande importanza in materia di immigrazione: la c.d. "direttiva qualifiche" (2004/38/CE) e la c.d. "direttiva rimpatri" (2008/115/CE).

91 La protezione sussidiaria è riconosciuta a migranti rispetto ai quali non sussistano i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato, ma che rischierebbero di subire un grave danno se rientrassero nel Paese di origine (art. 2, lett. e), direttiva 2004/38/CE).

92 Sentenza *M'Bodj*, punti 31-36.

Alla situazione di grave malattia di un immigrato irregolare la Corte ha invece accordato rilevanza riconoscendo l'obbligo per gli Stati membri di sospendere l'esecuzione di una decisione di allontanamento di un soggetto malato, in pendenza del giudizio sull'impugnazione della decisione medesima: ai sensi della pronuncia nel caso *Abdida*, infatti, nel procedimento interno sull'atto di allontanamento è necessario accertare se il rimpatrio di una persona affetta da una malattia grave (fisica o mentale) possa esporre quest'ultima al rischio di subire un danno grave e irreparabile[93]. La Corte rimarca in entrambe le sentenze che al ricorrere di "casi eccezionali" non si può dare corso ad un provvedimento di rimpatrio, nei confronti di un individuo gravemente malato che non potrebbe ricevere cure adeguate nel Paese terzo di destinazione: in tale ipotesi si configurerebbe, a parere dei giudici dell'UE, una forma di trattamento inumano e degradante, in contrasto con l'art. 19, par. 2, della Carta[94]. Altrettanto importanti sono le precisazioni in merito alle prestazioni di cui lo Stato membro ospite deve farsi carico nei confronti dell'immigrato irregolare, nelle more del giudizio interno sul suo allontanamento. I giudici dell'UE, sempre nella sentenza *Abdida*, hanno integrato il dato normativo oggetto di interpretazione[95], sancendo che nella situazione descritta lo Stato ospite deve prendere in carico, per quanto possibile "le necessità primarie" dei soggetti in questione qualora questi siano privi dei mezzi per provvedervi essi stessi[96]. Va notato che la Corte ricostruisce quest'obbligo come strettamente funzionale alla fornitura di cure mediche da parte dello Stato ospite: la soddisfazione delle esigenze basilari del migrante è infatti descritta nella sentenza come necessaria per garantire l'effettività dell'obbligo (stabilito sul piano normativo) di assicurare le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie[97].

La Corte ha peraltro ignorato i diversi richiami dell'Avvocato generale al diritto alla salute e all'art. 35 della Carta nel caso *Abdida*[98]. I giudici dell'UE non hanno

---

93 Sentenza *Abdida*, punto 53; al riguardo v. F. Spitaleri, *Il rimpatrio dell'immigrato in condizione di soggiorno irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea*, in F. Spitaleri, S. Amadeo (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 291 ss., a p. 294 ss., nonché S. Amadeo, *La funzione dei diritti fondamentali nel diritto dell'immigrazione e dell'asilo dell'Unione europea*, *ivi*, p. 343 ss., a p. 386 ss.

94 Sentenza *M'Bodj*, punti 38-39; sentenza *Abdida*, punto 46 ss. Art. 19, par. 2, Carta: "2. Nessuno può essere allontanato, espulso o estradato verso uno Stato in cui esiste un rischio serio di essere sottoposto alla pena di morte, alla tortura o ad altre pene o trattamenti inumani o degradanti.".

95 Oggetto di interpretazione, sul punto, era in particolare la garanzia delle prestazioni sanitarie d'urgenza e del trattamento essenziale delle malattie prevista dall'art. 14, par. 1, lett. b), della direttiva 2008/115.

96 Sentenza *Abdida*, punti 59-62. La Corte chiarisce anche (punto 61) che "la determinazione della forma che deve rivestire tale presa in carico compete agli Stati membri"; v. sul punto anche le conclusioni dell'Avvocato generale Bot presentate il 4 settembre 2014 nel caso *Abdida*, punto 157.

97 Come si chiarisce nel dispositivo della sentenza *Abdida*, la presa in carico delle necessità primarie del migrante è prescritta "al fine di garantire che le prestazioni sanitarie d'urgenza e il trattamento essenziale delle malattie possano effettivamente essere forniti"; v. anche punto 60, in cui la Corte considera che la garanzia di queste ultime prestazioni sanitarie, stabilite dalla direttiva 2008/115/CE, "potrebbe essere priva di effetto reale se non fosse accompagnata da una presa in carico delle esigenze basilari del cittadino interessato di paese terzo".

98 V. conclusioni *Abdida*; i richiami al diritto alla salute e all'art. 35 della Carta (unitamente ad altre previsioni) si rinvengono in particolare nei punti 12, 143 e 155.

raccolto questo suggerimento e non hanno dato rilevanza al diritto alla salute, nel pronunciarsi sulle prestazioni di natura sociale che spettano all'immigrato e in particolare sull'obbligo di provvedere ai suoi bisogni essenziali; la ricostruzione in via interpretativa di quest'ultimo obbligo è stata fondata sul criterio funzionale dell'effetto utile, ossia sull'esigenza di garantire l'effettività degli obblighi di cura previsti dal legislatore dell'UE. Sul piano dell'inadeguatezza delle cure disponibili nel Paese di rimpatrio, la scelta di limitare l'analisi al principio di *non-refoulement* previsto dall'art. 19 della Carta, come dato fondamentale di interpretazione, ha l'effetto di circoscrivere ai soli malati gravi la portata delle garanzie riconosciute dai giudici dell'UE, cioè a coloro che corrano il rischio di danni gravi e irreparabili[99]. La Corte, quindi, pur con importanti aperture, accorda rilievo solo in misura contenuta alle esigenze di tutela della salute dei soggetti immigrati, evidenziando un orientamento piuttosto restrittivo. Tra le ragioni sottostanti a questo approccio è lecito scorgere anche la preoccupazione di evitare di porre in capo ai sistemi sanitari dei vari Paesi membri degli oneri eccessivi nascenti dal diritto dell'UE.

Si può notare che alla questione dell'esistenza di differenze nel livello delle terapie disponibili nei vari Paesi è riconosciuta una rilevanza molto maggiore per quanto concerne le persone che siano affiliate al sistema sanitario di uno Stato membro: la Corte ha sancito infatti il principio per cui non può essere negata l'autorizzazione a recarsi nel territorio di un altro Stato membro per ricevere le cure adeguate, qualora vi sia una carenza di determinati farmaci, attrezzature mediche o competenze specialistiche negli istituti ospedalieri del Paese membro di affiliazione[100].

Anche nel campo della "mobilità dei pazienti nell'UE", da ultimo menzionato, l'art. 35, prima frase, della Carta resta comunque sostanzialmente fuori gioco sotto il profilo delle pretese individuali, ossia in generale nell'inquadramento delle pretese del soggetto che richiede determinate cure e nell'accertamento del loro fondamento. La ricostruzione in via giudiziale di maggiori spazi di scelta dello Stato di cura, a favore dei singoli, è stata infatti fondata sulle libertà di circolazione nel mercato interno sancite dal diritto dell'UE, e non sul diritto alla salute. In altri termini, la base delle pretese individuali al rimborso delle spese per servizi sanitari ricevuti in altri Paesi membri è stata ravvisata, nella giurisprudenza dell'UE, nelle libertà economiche enunciate in particolare nel TFUE, e specificamente nella libertà di prestazione dei servizi. La tematica in questione è uno dei problemi di cui i giudici dell'UE si sono occupati con soluzioni interpretative di maggiore impatto concreto sulla politica sanitaria degli Stati membri: la Corte di giustizia dalla fine degli anni novanta ha reso numerose e importanti pronunce sulla fornitura di servizi sanitari in uno Stato membro diverso da quello al cui sistema sanitario il paziente sia affiliato[101]. In particolare, le varie decisioni dei giudici dell'UE hanno definito le con-

[99] V. in questo senso C. Di Turi, *Recenti tendenze in tema di spazio di libertà, sicurezza e giustizia: la condizione giuridica dello straniero malato richiedente protezione sussidiaria tra diritti sostanziali e garanzie procedurali*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 15 ss., a p. 27.

[100] Sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2014, causa C-268/13, *Petru*, punti 33 e 36.

[101] Le due sentenze di riferimento iniziali nella nutrita e rilevante giurisprudenza sull'argomento sono state pronunciate dalla Corte di giustizia il 28 aprile 1998: causa C-120/95, *Decker*; causa C-158/96, *Kohll*. Tra le sentenze successive si possono ricordare quelle del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits & Peerbooms*; del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré* e *Van Riet*; del 23 ottobre 2003,

dizioni in presenza delle quali le persone hanno diritto di ottenere il rimborso dal proprio sistema sanitario per le spese sanitarie relative alle cure in un diverso Paese membro. Questa giurisprudenza ha avuto un'incidenza tale da indurre le istituzioni dell'UE a sistematizzare la disciplina della materia in modo organico in un apposito atto legislativo, ossia la direttiva 2011/24, di cui si è già parlato.

Non è mancato, anche a questo riguardo, un caso in cui la Corte non ha accolto il suggerimento da parte dell'Avvocato generale ad assumere il diritto individuale all'accesso alle cure come riferimento nella materia del rimborso per le spese sanitarie sostenute all'estero. Nel caso *Stamatelaki*, l'Avvocato generale Colomer aveva sottolineato come la questione non dovesse essere affrontata solo sotto il profilo dei costi e aveva considerato che entrasse in gioco "il diritto dei cittadini di essere curati, proclamato dall'art. 35 della Carta", da qualificare come "un diritto soggettivo indipendente dal rapporto del singolo con la previdenza sociale"[102]. La Corte non ha invece seguito questa linea di ragionamento, pur sposando in sostanza la posizione dell'individuo richiedente e considerando che il diniego di rimborso si ponesse in contrasto col diritto dell'UE[103]. Il profilo di incompatibilità fu ravvisato sul carattere non necessario e inadeguato della restrizione alla libertà di circolazione dei servizi, in linea con la propria precedente giurisprudenza, ma non con l'argomento dell'Avvocato generale[104].

Le decisioni della Corte in quest'ultima materia ricavano quindi spazi per la tutela del singolo indicando la necessità di rimuovere ostacoli alle libertà di circolazione nel mercato interno. La valorizzazione dei profili economici delle questioni che si pongono nella materia della "mobilità dei pazienti", senza la considerazione delle connessioni con il diritto fondamentale alla salute, consente alla Corte di non ricostruire diritti sociali in un campo, la politica sanitaria, che resta ancora in buona misura nella sfera decisionale degli Stati membri. In quest'ottica, la collocazione della motivazione della Corte all'interno dello schema classico del rapporto tra libertà di circolazione e deroghe previste dal TFUE rappresenta la soluzione formalmente più rispettosa della ripartizione di competenze in materia sanitaria, e sostanzialmente più rassicurante per gli Stati membri[105].

---

causa C-56/01, *Inizan*; del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*; del 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*; del 15 giugno 2010, causa C-211/08, *Commissione* c. *Spagna*; del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*; e causa C-512/08, *Commissione* c. *Francia*; del 12 luglio 2011, causa C-368/98, *Vanbraekel*; del 27 ottobre 2011, causa C-255/09, *Commissione* c. *Portogallo*; del 9 ottobre 2014, causa C-268/13, *Petru*.

102 Conclusioni presentate l'11 gennaio 2007, punto 40.

103 La questione riguardava la richiesta da parte di un cittadino greco di ottenere il rimborso per cure relative ad un tumore ricevute in una clinica privata in Gran Bretagna. La legislazione greca prevedeva il rimborso per cure dispensate all'estero solo in ospedali pubblici o solo in cliniche private convenzionate, fatti salvi i casi urgenti.

104 Sentenza *Stamatelaki*, punto 23 ss., in particolare i punti 28 e 35. La restrizione alla possibilità per i pazienti di beneficiare dei servizi sanitari in uno Stato membro diverso da quello di affiliazione al servizio sanitario è apparsa alla Corte inadeguata rispetto alle ragioni imperative di pubblico interesse di evitare "rischi di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale" e rispetto ai motivi di sanità pubblica previsti dall'art. 46 TCE (oggi art. 52 TFUE), analizzati in particolare sotto il profilo dell'esigenza "di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti" e di garantire la "conservazione di un sistema sanitario o di una competenza medica sul territorio nazionale".

105 In questo senso, v. F. Costamagna, *op. cit.*, pp. 181-182.

9. La disposizione della Carta dedicata alla protezione della salute, come si è notato, non è entrata in considerazione nella giurisprudenza dell'UE come norma atta ad offrire tutela alle domande di singoli relative alle cure e che potrebbe comportare limitazioni alla sfera discrezionale degli Stati membri nelle scelte di politica sanitaria. Molto superiore è la rilevanza accordata dai giudici dell'UE a tale articolo con specifico riferimento all'obiettivo del perseguimento di un livello elevato di tutela della salute, da parte delle autorità degli Stati membri o delle istituzioni dell'UE. L'art. 35 della Carta è stato infatti impiegato più volte negli ultimi anni per dare rilievo alle esigenze della collettività, ossia con riguardo alla "dimensione pubblica" della sanità cui si riferisce la seconda frase dell'articolo. Proprio per l'identità del tenore letterale di quest'ultima previsione e dell'art. 168, par. 1, TFUE, le due norme sono di frequente menzionate insieme nella giurisprudenza di cui qui si parla, e del resto non sono mancati riferimenti congiunti anche agli articoli 9 e 114, par. 3, TFUE, data la loro identica formulazione letterale[106]. Questi richiami appaiono funzionali a rimarcare il carattere prioritario e fondamentale che deve essere accordato alla salute nelle scelte politiche e normative sia delle istituzioni dell'UE, sia degli Stati membri nei campi in cui danno attuazione al diritto dell'UE.

Facendo leva su tale importanza preminente, la Corte è pervenuta in diversi casi a giustificare restrizioni a diritti o libertà individuali previsti da altre norme di diritto primario dell'UE, derivanti da normative degli Stati membri o da atti di diritto secondario dell'UE, in ragione delle finalità di sanità pubblica che queste ultime perseguivano. Già si è avuto modo di esaminare un giudizio di bilanciamento di questo tipo nella sentenza *Léger*, nella quale l'esigenza di prevenire rischi per la salute della collettività è stata considerata prevalente rispetto ad una ingerenza nel principio di non discriminazione disposta dalla legislazione francese[107]. La stessa logica si rinviene in decisioni pronunciate in campi molto vari, il che del resto rispecchia la rilevanza trasversale della tutela sanitaria nel diritto dell'UE.

In primo luogo, si possono menzionare le sentenze nelle quali la protezione della salute pubblica è stata richiamata come giustificazione di restrizioni alle libertà economiche nel mercato interno poste da normative degli Stati membri in campo sanitario. In più occasioni l'obiettivo di "garantire alla popolazione un rifornimento di medicinali sicuro e di qualità" ha rappresentato la base per la giustificazione di limitazioni, stabilite da norme nazionali, alla libertà di stabilimento delle farmacie e alla libera prestazione di servizi farmaceutici. È interessante notare che la Corte non si è limitata nelle pronunce più recenti a richiamare la deroga generale stabilita per "motivi di sanità pubblica" dall'art. 52, par. 1, TFUE, ma ha rimarcato come la salute sia un interesse protetto dal diritto dell'UE anche ai sensi dell'art. 168 TFUE e dell'art. 35 della Carta[108]. Quest'ultimo riferimento normativo si riscontra solo nelle sentenze sulla questione pronunciate dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che come è noto ha sancito il valore vincolante della Carta), mentre non si rinveniva

[106] Cfr. ad es. le sentenze della Corte di giustizia del 17 dicembre 2015, causa C-157/14, *Neptune Distribution Snc* c. *Ministre de l'Économie et des Finances*, punto 73; *Philip Morris*, punto 153; *Pillbox 38*, punto 116.

[107] V. *supra*, par. 3.

[108] Sentenze della Corte di giustizia *Blanco Pérez* e Gómez, punto 65; del 21 giugno 2012, causa C-84/11, *Susisalo*, punto 37; del 5 dicembre 2013, cause riunite da C-159 a 161/12, *Venturini*, punto 41.

alcun riferimento analogo, pur in presenza di conclusioni sostanzialmente identiche, in pronunce della Corte di giustizia di poco anteriori[109].

In secondo luogo, l'importanza fondamentale dell'interesse alla protezione della salute come bene pubblico è entrata in gioco anche in ordine a limitazioni a diritti e libertà enunciati nella Carta. In particolare, in casi in cui la Carta era invocata come parametro di legittimità di atti dell'UE che determinavano ingerenze in diritti fondamentali[110], i giudici dell'UE hanno fatto leva sull'obiettivo di interesse generale di proteggere la salute umana. Il richiamo alle norme di diritto primario (*in primis* l'art. 35, seconda frase, della Carta e l'art. 168, par. 1, TFUE) è stato determinante in questi procedimenti per consentire alla Corte di "salvare" gli atti di diritto secondario in questione dall'invalidità che sarebbe scaturita dal contrasto con libertà e diritti sanciti da norme di rango superiore.

Al riguardo si possono ricordare innanzitutto alcune decisioni relative ad atti dell'UE in materia di sicurezza alimentare, che stabiliscono limiti alla libertà di apporre sui prodotti alimentari determinate indicazioni nutrizionali o relative alla salute. Come riconosciuto dalla stessa Corte, tali prescrizioni pongono restrizioni a libertà previste dalla Carta dei diritti fondamentali quali la libertà di espressione e informazione e la libertà di impresa. Tuttavia, la compatibilità con la Carta stessa dei divieti contestati è stata accertata dalla Corte riconoscendo l'adeguatezza delle restrizioni rispetto alle finalità di tutela della salute[111]. La proporzionalità delle restrizioni rispetto a quest'ultimo obiettivo è stata valutata anche alla luce del principio di precauzione, quindi in considerazione dei rischi possibili per la salute, nonostante la mancanza di dati definitivi sull'esistenza o la portata dei rischi medesimi[112].

Il problema del bilanciamento tra tutela della salute e libertà e diritti fondamentali si è posto anche nelle sentenze sulla direttiva sui prodotti del tabacco, di cui si è par-

---

109 Sentenze della Corte di giustizia del 19 maggio 2009, *Apothekerkammer des Saarlandes* e *Neumann-Seiwert*, punto 19, e causa C-531/06, *Commissione* c. *Italia*, punto 36.

110 Si v. ad es. la sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012, causa C-544/10, *Deutsches Weintor* c. *Land Rheinland-Pfalz*, punto 23, *sub* 3: il dubbio di validità, relativo ad un divieto stabilito dal regolamento 1924/2006 in materia di indicazioni sulla salute apponibili ai prodotti alimentari, concerneva la compatibilità con l'art. 6, par. 1, co. 1, TUE, il quale, come noto, attribuisce valore vincolante e rango di diritto primario alla Carta dei diritti fondamentali.

111 Sentenza *Deutsches Weintor*, relativa al diniego – stabilito sulla base del regolamento 1924/2006 – dell'autorizzazione ad apporre l'indicazione "facilmente digeribile" ad un vino. V. in particolare i punti 45 e 46, in cui la Corte chiarisce che la questione pone la necessità di bilanciare "libertà professionale e libertà d'impresa", da un lato, e tutela della salute, dall'altro, e nel punto 52 ss. giudica necessario il divieto di indicazioni in discussione per "garantire il rispetto dei requisiti derivanti dall'art. 35 della Carta". La Corte conclude (punto 59) che tale divieto "deve essere considerato conforme al requisito teso a conciliare i vari diritti fondamentali coinvolti e a stabilire un giusto equilibrio tra di essi". Cfr. sul punto M. Inglese, *Do Consumers Have the Right to Drink Healthy Wine? An Appraisal of the Deutsches Weintor Case*, in *European Journal of Health Law*, 2013, p. 409 ss., spec. p. 416 ss.

112 Sentenza *Neptune Distribution*, punto 82 ss., relativa all'utilizzo di indicazioni o menzioni che fanno riferimento ad un basso contenuto di sodio delle acque minerali naturali. Considerando che in ordine al consumo abbondante di sodio non si possono escludere rischi per la salute umana, alla luce del parere dell'EFSA sul punto, la Corte ha concluso che "l'ingerenza nella libertà di espressione e d'informazione dell'imprenditore, nonché nella libertà d'impresa di quest'ultimo è, nel caso di specie, proporzionata agli obiettivi perseguiti" (punto 85). Nel caso di specie, la Corte ha fatto leva non solo sulle norme del TFUE e della Carta che prevedono l'obiettivo della tutela elevata della salute umana, ma anche sulle norme di diritto primario relative alla tutela del consumatore.

lato in precedenza[113]. In particolare, nelle cause in cui erano in gioco le contestazioni di imprese private[114], alcune questioni pregiudiziali concernevano il presunto contrasto di prescrizioni della direttiva con il principio di proporzionalità, con la libertà di espressione e informazione, con la libertà di impresa e con il diritto di proprietà[115]. Tali limitazioni sono apparse ai giudici dell'UE idonee e necessarie rispetto agli obiettivi legittimi perseguiti e tali da non incidere sul contenuto essenziale dei diritti, secondo quanto sancito dalla menzionata clausola di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta[116]. La Corte ha corroborato queste considerazioni valorizzando le disposizioni di diritto primario dell'UE (TFUE e Carta) che prevedono l'obiettivo della tutela elevata della salute. Su tale base, la disciplina emanata dal legislatore dell'UE è stata considerata legittima in quanto realizza il "giusto equilibrio" tra le diverse esigenze in gioco, malgrado il suo probabile impatto negativo sui profitti delle imprese del settore del tabacco[117]. Le pronunce quindi sostanzialmente riconoscono la prevalenza della protezione della salute umana rispetto agli interessi di natura economica[118].

In conclusione, nelle sentenze più recenti i giudici dell'UE tendono a rimarcare come l'obiettivo della tutela della salute e della vita delle persone sia enunciato in una serie di disposizioni di rango primario, tra cui spicca – accanto a norme del TFUE – l'art. 35 della Carta. La rilevanza accordata a quest'ultima disposizione, tuttavia, non ha sinora comportato alcuna limitazione ai margini di scelta degli Stati membri che risultano dal quadro delle competenze stabilito dai Trattati in materia sanitaria. Ciò non impedisce, evidentemente, che in futuro la Carta, e specificamente la prima frase dell'art. 35, possa essere oggetto di un'interpretazione volta a sancire l'esistenza di limiti precisi alla discrezionalità degli Stati membri e dell'UE, ad esempio con la fissazione di livelli minimi di protezione della salute individuale che le autorità nazionali e dell'UE devono garantire[119]. Ad oggi, l'art. 35 della Carta ha invece giocato un ruolo

---

113 *Supra*, par. 5.

114 Non a caso, essendo in gioco diritti e libertà individuali, le questioni di compatibilità della direttiva con la Carta sono emerse solo nelle due cause decise in via pregiudiziale (*Philip Morris* e *Pillbox 38*), che vedevano la partecipazione di imprese private, e non nella causa instaurata con il ricorso di legittimità della Polonia in ordine alla medesima direttiva.

115 *Philip Morris*, punto 146 ss.; *Pillbox 38*, punto 152 ss. Formavano oggetto delle contestazioni delle imprese produttrici i divieti di apporre determinate indicazioni sulle confezioni dei prodotti del tabacco; i divieti di immettere in commercio prodotti del tabacco caratterizzati da determinati aromi; le prescrizioni relative alle avvertenze relative ai pericoli per la salute da riportare sulle confezioni; i divieti di iniziative di promozione e incentivazione relative alle sigarette elettroniche.

116 Anche sotto questo profilo, inoltre, la Corte ha sottolineato l'esigenza di tener conto dei rischi potenziali per la salute umana nel rispetto del principio di precauzione, in particolare in ordine alle limitazioni relative alle sigarette elettroniche, pur in mancanza di prove scientifiche definitive sulla loro nocività: *Pillbox 38*, punto 116.

117 *Philip Morris*, punto 161.

118 *Philip Morris*, punto 190, in cui la Corte parla di "controbilanciamento tra, da un lato, le conseguenze economiche del divieto di cui trattasi e, dall'altro, l'imperativo consistente nell'assicurare, conformemente all'articolo 35, seconda frase, della Carta, nonché agli articoli 9 TFUE, 114, par. 3, TFUE e 168, par. 1, TFUE, un livello elevato di protezione della salute umana per quanto riguarda un prodotto caratterizzato dalle sue proprietà cancerogene, mutagene e tossiche per la riproduzione". V. anche *Polonia* c. *Parlamento europeo* e *Consiglio*, punto 102, nonché le conclusioni relative a quest'ultima causa, punto 130.

119 La somministrazione di prestazioni minime essenziali è stato, come si è visto, uno dei temi principali della pronuncia nel caso *Abdida*, sebbene il relativo obbligo in capo agli Stati membri non sia stato

nella giustificazione di scelte legislative di autorità nazionali e di istituzioni dell'UE, nonostante queste implicassero limitazioni a diritti e libertà individuali[120]. Tale approccio può consentire alla Corte di porre al riparo dal possibile impatto negativo di determinate pretese individuali sia i sistemi sanitari nazionali, come sistemi con cui gli Stati membri salvaguardano la salute della collettività, sia gli atti adottati dalle istituzioni dell'UE come forme di integrazione positiva in materia di politica sanitaria. In questa prospettiva, è ragionevole prevedere che la Corte di giustizia confermerà l'attitudine a fare ampiamente riferimento alla previsione dell'obiettivo della salute nelle norme di diritto primario di cui si è parlato – nei casi futuri di bilanciamento tra tale obiettivo e diritti e libertà anche enunciati nella Carta o nei Trattati –, per rimarcare il rango fondamentale e in larga misura preminente che al bene della salute umana va riconosciuto nel quadro degli interessi protetti dal diritto dell'UE.

Abstract

Public Health between EU's and Member States' Competence

The aim of this article is to show the relevance of healthcare in current EU Law and Policy. Various provisions of the TFEU make explicit reference to healthcare, reflecting the potential impact of EU actions in this field. Nevertheless, public health is a matter essentially reserved to national policies, especially for what concerns the choices relating to the management of healthcare systems. This study points out different legal bases that allow the EU to adopt either harmonizing acts or 'incentive measures' to Member States' actions in order to protect and improve human health. Within this framework of complementary (and overlapping) competences, it is worth examining to what extent individual needs are taken into consideration in the ECJ's case-law, particularly in light of the specific provision of healthcare in the EU Charter of Fundamental Rights (Art. 35). So far, the Court has not made reference to the fundamental individual right 'to have access to preventive health care and to benefit from medical treatment' as set out in the first sentence of Art. 35. Indeed, this study highlights the Court's recent attitude towards relying extensively on the objective of attaining a high level of protection of human health (Art. 35, second sentence of the Charter), in connection with public policy interests. While dealing with the proportionality of restrictions to fundamental rights and freedoms stemming from EU or Member States acts aiming at the protection of health, the Court often strikes a balance with the other rights at stake, acknowledging the primary role of human health among the interests protected in EU Law.

ricostruito sulla base del diritto fondamentale alla salute; v. *supra*, par. 8.

120 Sotto questo profilo, è stato sottolineato che la Corte di giustizia appare sensibile non tanto alle pretese individuali quanto "to the context in which realisation of the right to health care takes place – that of national health care systems": T. K. Hervey, J. V. McHale, *Article 35*, in *The EU Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford, 2014, p. 951 ss., a p. 960; cfr. anche al riguardo U. Lembke, *Artikel 35*, in H. von der Groeben, J. Schwarze, A. Hatjem (Hrsg.), *op. cit.*, I, p. 709 ss., alle pp. 710-711.

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 343-364

Valeria Di Comite*

Il programma Erasmus: trenta anni di mobilità per promuovere i valori dell'Unione europea

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le origini del programma Erasmus e i suoi elementi caratterizzanti. – 3. Il contenzioso sulla base giuridica della decisione istitutiva del programma Erasmus e l'assenza di competenze comunitarie in materia di istruzione. – 4. Il nuovo equilibrio tra competenze statali e dell'Unione in materia di istruzione. – 5. Il programma Erasmus+. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Sono trascorsi esattamente trenta anni dall'approvazione del primo programma Erasmus che dal 1987 ha promosso la mobilità di oltre 3 milioni di persone all'interno dell'Unione europea. Grazie a tale programma numerosi studenti universitari hanno trascorso un periodo di studi in un altro Paese dell'Unione, con il grande vantaggio di poterlo integrare nel proprio percorso formativo nell'Università di appartenenza[1]. Non è un caso, infatti, che l'acronimo Erasmus, ovvero *European region action scheme for the mobility of University students*, evochi la figura del Erasmo da Rotterdam, "principe degli umanisti"[2].

Negli anni, il programma Erasmus ha favorito la mobilità dei giovani e rafforzato le loro competenze anche ai fini di una maggiore preparazione per il mercato del lavoro ma, soprattutto, ha contribuito al progressivo sviluppo di una sempre più solida "identità europea"[3]. La manifesta efficacia del primo programma ha indotto nel 2013

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

1 Nel 2017 la Commissione celebra il trentennale del programma Erasmus con un'iniziativa tesa a raccogliere, anche con supporti audiovisivi, le esperienze e le opinioni di persone fisiche e di organizzazioni che nel corso degli anni hanno partecipato a tale programma (le attività sono reperibili *online* sul sito istituzionale).

2 Nelle conclusioni del 16 febbraio 2012, causa C-542/09, *Commissione* c. *Regno dei Paesi Bassi*, l'Avvocato generale Sharpston evidenziava: "Erasmo da Rotterdam fu uno dei primi beneficiari dei finanziamenti per gli studi all'estero. L'allora vescovo di Cambrai, Enrico di Bergen (per il quale Erasmo aveva iniziato a lavorare come segretario), gli diede non solo il permesso ma anche una borsa nel 1495 per recarsi a studiare nell'Università di Parigi. Erasmo non tornò mai indietro; e, in una carriera che lo portò a Parigi, Lovanio, Cambridge e Basilea, divenne indubbiamente uno dei più importanti eruditi della sua generazione: il 'Principe degli Umanisti'. Si può sicuramente affermare che egli fece un eccellente uso del finanziamento per i suoi studi universitari all'estero – e infatti l'attuale programma di scambio tra università dell'Unione europea porta il suo nome" (punto 1).

3 Sono numerosi gli studi che analizzano e "misurano" gli effetti del programma Erasmus, non solo in termini statistici ed economici ma anche sociali, tra gli altri, cfr. K. Mitchell, *Rethinking the 'Erasmus*

le istituzioni dell'Unione ad approvarne uno nuovo, chiamato Erasmus+, che ha perfezionato gli strumenti preesistenti e ne ha ampliato la portata ben oltre lo scopo iniziale di promuovere la cooperazione interuniversitaria e la mobilità di studenti e docenti.

In questo lavoro, dopo aver esaminato i tratti essenziali del programma Erasmus e le problematiche connesse al riparto di competenze tra Stati membri e Unione europea in relazione alle politiche di istruzione che incidono pure sulla mobilità degli studenti (obiettivo realizzatosi anche grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia), si evidenzieranno i principali aspetti del nuovo programma Erasmus+, che è ancora più ambizioso del suo precedente.

2. L'idea su cui si fondò il programma Erasmus, istituito con la decisione del Consiglio 87/327/CEE, del 15 giugno 1987[4], affonda le sue radici negli anni settanta[5], quando fu approvata la prima risoluzione del Consiglio e dei Ministri dell'istruzione riuniti in sede di Consiglio al fine di stabilire programmi di cooperazione fra sistemi educativi degli Stati dell'allora Comunità economica europea (CEE) e in particolare per promuovere "corsi di studio congiunti tra università e istituti di istruzione superiore", consentendo alla Commissione europea di attuare i primi programmi in tale settore[6]. È stato opportunamente evidenziato che con la risoluzione del 1976 si superò un "tabù"[7], in quanto per la prima volta fu trattata una questione in materia di istruzione, ambito sino a quel momento gelosamente custodito nelle sole competenze nazionali.

In effetti, istituire un programma orientato a rafforzare la mobilità degli studenti e imperniato su importanti principi ispiratori del metodo comunitario, tra cui il

Effect' on European Identity, in *Journal of Common Market Studies*, 2015, p. 330 ss.; V. Jacobone, G. Moro, *Evaluating the Impact of the Erasmus Programme: Skills and European Identity*, in *Assessment & Evaluation in Higher Education*, aprile 2014, reperibile *online*.

[4] Decisione del Consiglio 87/327/CEE, del 15 giugno 1987, che adotta il programma di azione comunitario in materia di mobilità degli studenti (Erasmus).

[5] Cfr. H. C. Jones, *Preface. The Erasmus Generation*, in F. Cappè (a cura di), *Generazione Erasmus: l'Italia dalle nuove idee*, Milano, 2011, p. 9 ss. (traduzione da p. 15).

[6] Cfr. risoluzione del Consiglio e dei Ministri dell'istruzione riuniti in sede di Consiglio, programma di azione in materia di istruzione, del 9 febbraio 1976, reperibile *online*. Ancor prima erano state approvate due risoluzioni dei Ministri dell'istruzione aventi carattere intergovernativo (si tratta delle risoluzioni del 16 novembre 1971 e del 6 giugno 1974). La "risoluzione" del 1976 e quelle successive erano evidentemente atti atipici con carattere "misto", la cui peculiare denominazione era motivata proprio dall'assenza di competenze comunitarie nel settore dell'istruzione; su tali risoluzioni cfr. F. Van Craeyenest, *La nature juridique des résolutions sur la cooperation en matière d'education*, in B. De Witte (ed.), *European Community Law of Education*, Baden-Baden, 1989, p. 127 ss. Successivamente, fu approvata la risoluzione del Consiglio e dei Ministri dell'istruzione riuniti in sede di Consiglio, del 3 giugno 1985, che confermava l'importanza del promuovere e intensificare i programma di azione in materia di istruzione, richiamata nel 4° 'considerando' della decisione 87/327. In quegli anni, ancor prima dell'approvazione del programma Erasmus fu approvato un programma denominato "Scheme of Grants for the Development of Jointly Study Programmes" (conosciuto con l'acronimo J.S.P), che fu attuato nel periodo 1977-1987, la cui funzione era promuovere gli scambi di insegnanti e studenti. In tema cfr. M. Peltier, *L'enseignement du droit national aux étudiants étrangers: contribution du programme Erasmus*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1993, p. 79 ss., in specie p. 81.

[7] H. C. Jones, *op. cit.*, p. 9, sottolinea la portata innovativa della risoluzione del 1976: "This decision represented an important break-through as the subject of education had previously been taboo on the Europea Agenda".

"mutuo riconoscimento" di periodi di studio tra istituzioni universitarie degli Stati membri[8], incideva inevitabilmente su ambiti di competenza strettamente nazionale.

L'idea di realizzare il programma Erasmus era certamente politicamente apprezzata e rientrava nell'ambito di un progetto più ampio, quello dell'Europa dei cittadini, come si evince dal rapporto del Comitato *ad hoc* presieduto da Pietro Adonnino e presentato al Consiglio europeo di Milano del giugno 1985[9]. Tuttavia, a causa dell'assenza di un'esplicita competenza della Comunità in materia di istruzione[10], non mancò il problema di individuare l'appropriato fondamento giuridico per l'approvazione del programma[11]. Non può dunque meravigliare il contenzioso sulla base giuridica che, come vedremo, si instaurò tra Commissione e Consiglio, e che fu poi risolto con la sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 1989[12].

La decisione 87/327, istitutiva del "programma di azione comunitario" Erasmus, prevedeva una serie di azioni che la Commissione avrebbe dovuto attuare. Già nei suoi 'considerando' si evidenziava l'obiettivo generale di rafforzare la competitività della Comunità sul mercato mondiale avvalendosi di tutte le "risorse intellettuali delle università degli Stati membri, per poter assicurare livelli di formazione quanto più elevati possibili" (12° 'considerando'). In particolare si riteneva necessario creare una "rete" per "incrementare la mobilità degli studenti e dei docenti universitari, nonché altre forme di cooperazione interuniversitaria in tutta la Comunità" (13° 'considerando'). Dalla motivazione della decisione emergeva il ruolo essenziale svolto dagli Stati per concretizzare l'azione comunitaria (16° 'considerando').

Ai fini dell'attuazione del programma Erasmus, nella decisione 87/327, si definiva il termine "università" come comprendente qualsiasi istituto di istruzione e formazione post-secondario che rilasciasse "nell'ambito di una formazione superiore, qualifiche o titoli di tale livello", a prescindere dalla denominazione scelta all'interno dei diversi Stati membri (art. 1). Le azioni previste nella decisione del 1987 riguardavano più aspetti della cooperazione interuniversitaria ed erano dirette a realizzare molteplici obiettivi. Il principale era senz'altro la mobilità degli studenti che

---

[8] In quel periodo, in seno alle istituzioni della Comunità, si affrontava altresì la complessa e correlata questione del riconoscimento dei titoli accademici; a tal proposito cfr. risoluzioni del Parlamento europeo del 13 e 14 marzo 1984, richiamate rispettivamente nel 6° e 7° 'considerando' della decisione 87/327 (*infra* nota 14). Sul complesso tema del riconoscimento dei titoli di studio e dei titoli professionali si vedano, tra gli altri, U. Villani, *Il riconoscimento di titoli di studio e professioni*, in *La Comunità Internazionale*, 1994, p. 497 ss.; D. Fisichella, *Il riconoscimento dei titoli professionali nell'Unione europea*, Bari, 1996; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, 2006, Milano, II ed., p. 173 ss.; J. Pertek, *Diplômes et professions en Europe*, Bruxelles, 2008.

[9] *Europa dei cittadini. Relazioni del comitato ad hoc*, in *Bollettino delle Comunità europee*, supplemento 7/85, reperibile *online*.

[10] Come affermato dalla dottrina, benché mancasse un'esplicita competenza della Comunità in questo ambito, altre politiche comunitarie incidevano indirettamente sulle politiche nazionali in materia di istruzione, cfr. B. De Witte, *The Influence of European Community Law on National Systems of Higer Education*, in J. Pertek (ed.), *General Recognition of Diplomas and Free Movement of Professionals*, Masstricht, 1992, p. 73 ss.; K. Lenaerts, *Education in European Community Law after "Maastricht"*, in *Common Market Law Review*, 1994, p. 7 ss. a p. 10 ss.

[11] Cfr. K. Lenaerts, *ERASMUS: Legal Basis and Implementation*, in B. De Witte (ed.), *op. cit.*, p. 113 ss.; J. M. de Faramiñán Gilbert, *Alcune considerazioni sulla base giuridica del programma Erasmus*, in L. Moccia, *Il Diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993, p. 201 ss.

[12] Causa 242/87, *Commissione* c. *Consiglio (Erasmus)*.

effettuassero "un periodo di studi integrato in un altro Stato membro", con lo scopo ulteriore che la Comunità potesse disporre di un "adeguato gruppo di persone aventi esperienza diretta della vita economica e sociale di altri Stati membri" (art. 2, co. i).

Altrettanto rilevanti erano gli obiettivi di rafforzare la cooperazione tra le università e di "valorizzare tutto il potenziale intellettuale delle università della Comunità, grazie a una maggiore mobilità del personale docente e consentire così il miglioramento della qualità di insegnamento e della formazione impartite da dette università, per assicurare la competitività della Comunità sul mercato mondiale" (art. 2, commi ii e iii). Era espressamente richiamato altresì l'obiettivo di consolidare "l'idea dell'Europa dei cittadini" attraverso il rafforzamento delle relazioni tra cittadini dei diversi Stati membri (art. 2, co. iii).

Per concretizzare questi obiettivi, oltre alla creazione di un Comitato e alla ovvia dotazione di adeguate risorse economiche[13], la decisione individuava quattro specifiche azioni elencate in un apposito allegato. La prima riguardava l'avvio e il funzionamento di "una rete universitaria europea" intesa a promuovere gli scambi degli studenti attraverso forme di cooperazione universitaria. Quest'azione era di particolare importanza e comprendeva uno degli elementi che, a mio parere, sono ancora oggi la chiave del successo programma Erasmus: la possibilità per gli studenti di seguire in un'università di un altro Stato corsi di studio "pienamente riconosciuti" che divenissero parte integrante del titolo o della qualifica accademica rilasciata dall'università di origine. L'idea faceva parte di un progetto più ampio che in quel momento storico le istituzioni europee contribuirono a delineare con l'obiettivo di promuovere il riconoscimento dei titoli di studio[14].

Per concretizzare la prima azione era imprescindibile una cooperazione tra istituti superiori basata sulla conclusione di accordi interuniversitari. Questo aspetto continua ancora oggi a caratterizzare il programma Erasmus, in quanto, seppur secondo un modello uniforme stabilito a livello europeo, gli accordi sono conclusi tra università, le quali scelgono i partner con cui stipulare gli accordi Erasmus, spesso sulla base di rapporti professionali e interessi comuni di ricerca dei docenti[15]. In tali accordi

[13] Per i primi tre anni di attuazione, la Commissione riteneva di dotare il programma di 175 milioni di Ecu, ma la proposta si scontrò con l'opposizione di alcuni Stati membri (Francia, Germania e Regno Unito) che ritenevano tale somma eccessiva, per cui nel novembre 1986 la decisione non fu approvata e si dovette attendere il successivo giugno 1987 per la sua definitiva approvazione con una dotazione ridotta a 85 milioni di Ecu. Su tale aspetto cfr. G. Druesne, *Le programme Erasmus*, in C. Philip (dir.), *L'enseignement supérieur et la dimension européenne*, Paris, 1989, p. 63 ss., in specie p. 64.

[14] Questo progetto più ampio trovava in quel momento storico un clima favorevole, infatti come già indicato (*supra* nota 8), nel 6° e nel 7° 'considerando' si richiamavano le risoluzioni del Parlamento europeo del 13 e 14 marzo 1984 concernenti, la prima, l'insegnamento superiore e lo sviluppo della cooperazione universitaria nella CE, la seconda, il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio. Inoltre il 10° 'considerando' si riferiva alla proposta della Commissione orientata all'emanazione di una direttiva del Consiglio relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore rilasciati dopo il completamento di corsi almeno triennali di formazione. Come è noto sulla base di tale proposta, il 21 dicembre 1988, il Consiglio approvò la direttiva 89/48/CEE

[15] Nel suo primo periodo di attuazione l'organizzazione del programma Erasmus si basava sulla conclusione di "Programmes Inter-Universitaires de cooperation" (PIC) su iniziativa di docenti della medesima area scientifica, i quali potevano istiture collaborazioni bilaterali o reti tra più università (come ad esempio il "gruppo di Coimbra" o il "gruppo di Santander"). Sulle modalità di funzionamento del programma Erasmus nei primi anni e le difficoltà di favorirne l'attuazione nell'area giuridica cfr. J.-M.

si deve infatti indicare l'area disciplinare di riferimento, nonché il coordinatore accademico di ciascuna università. Bisogna inoltre sottolineare che nella gestione e attuazione degli accordi stessi vengono in rilievo l'autonomia e le inevitabili diversità organizzative di ciascuna università, anche all'interno di un medesimo Stato.

È evidente, dunque, che in tale contesto gli attori principali non sono gli Stati membri, i quali hanno però l'obbligo di consentire alle università nazionali di partecipare al programma, bensì le singole università che divengono altresì beneficiarie degli aiuti economici stanziati dall'Unione europea (in precedenza dalla Comunità) per la realizzazione del programma.

Nell'ottica di una cooperazione interuniversitaria che ponesse le basi per la mobilità degli studenti, si comprende quindi anche il grande valore che venne da subito attribuito alla mobilità dei docenti e del personale amministrativo delle università. In particolare, la mobilità dei docenti era finalizzata non solo all'obiettivo di svolgere lezioni nelle università di altri Stati per diffondere il proprio sapere oltre i confini nazionali, ma serviva soprattutto a creare una "rete europea" e a predisporre "programmi di studio integrati" i cui destinatari ultimi fossero gli studenti. In questo scenario più ampio, l'obiettivo principale degli "accordi interistituzionali" era – e continua ad essere – quello di garantire agli studenti la possibilità di studiare all'estero nel rispetto dell'autonomia delle università assicurando, al contempo, il riconoscimento del periodo di studi.

La seconda azione stabilita nell'allegato alla decisione 87/327 aveva ad oggetto la previsione di borse di studio per gli studenti, di durata trimestrale, semestrale o annuale. Si trattava di "borse di studio" della Comunità, quindi di aiuti diretti, che però dovevano essere *gestite dalle autorità nazionali* competenti sulla base di criteri stabiliti a livello comunitario. Anche la ripartizione dell'importo globale delle borse tra Stati sarebbe stata decisa tenuto conto del numero di studenti universitari di ciascuno Stato. Visto l'obiettivo prioritario del programma, la concessione della borsa era (e continua ad essere) subordinata al pieno riconoscimento nell'università di origine del periodo di studio effettuato nell'università *partner*. Sicuramente il finanziamento delle borse di studio incentivava gli studenti a partecipare al programma, ma non era l'elemento determinante della loro scelta, se si considera l'esiguità della borsa. Per favorire la possibilità di tutti gli studenti di recarsi in un'università straniera la decisione del 1987 stabiliva espressamente che le borse di "sostentamento" di cui beneficiassero gli studenti nello Stato di origine dovessero essere erogate anche durante il periodo di studi all'estero. Questo principio continua ad applicarsi per cercare di garantire una più ampia partecipazione al programma anche per gli studenti con maggiori difficoltà economiche.

Un altro aspetto essenziale del programma, rimasto immutato nel tempo, riguarda le tasse universitarie. L'università ospitante, difatti, ha l'obbligo di far frequentare i corsi agli studenti Erasmus senza addebitare loro le tasse di iscrizione, essendo queste ultime già versate all'università di origine. Tale regola è una chiara manifestazione della cooperazione interuniversitaria che il programma ha l'obiettivo di promuovere.

PELTIER, *op. cit.*, p. 82 ss. Sulla particolare rilevanza dell'impegno dei docenti per creare le reti europee e renderle operative cfr. G. DRUESNE, *op. cit*., p. 71.

La terza azione del programma Erasmus era rivolta a implementare la mobilità studentesca, ma in realtà guardava ben oltre, avendo come obiettivo specifico a lungo termine la creazione di misure volte a gestire il "trasferimento dei crediti accademici". A tal fine la Comunità avrebbe intrapreso insieme alle università misure "su base volontaria" (però con incentivi economici), e inizialmente sperimentale, volte a promuovere il sistema ECTS (*European academic credit transfer system*). Questo meccanismo di riconoscimento dei crediti è funzionale anche al riconoscimento dei titoli accademici. Va evidenziato che tale elemento si inserisce nel più ampio obiettivo di cooperazione intergovernativa instauratasi nell'ambito dello "spazio europeo dell'istruzione superiore" promosso dal c.d. "processo di Bologna"[16].

Infine, la quarta e ultima azione prevista nell'allegato alla decisione 87/327 stabiliva misure complementari intese a promuovere la mobilità studentesca e a pubblicizzare il programma. Questa azione includeva forme di aiuti finanziari per programmi intensivi di breve durata che interessassero studenti di vari Stati membri; aiuti economici ad associazioni e consorzi di università per far conoscere le iniziative "innovatrici in settori specifici" nonché per pubblicazioni dirette a far conoscere possibilità di studio e di insegnamento in altri Stati membri; premi Erasmus per studenti e docenti che avessero apportato un contributo di rilievo per lo sviluppo della cooperazione interuniversitaria nella Comunità.

In definitiva, la decisione 87/327 aveva uno scopo molto più ampio della mera incentivazione della mobilità studentesca. Con il programma Erasmus era stato infatti creato un eccellente strumento per favorire la cooperazione interuniversitaria all'interno dell'allora Comunità, gettando le basi di un sistema che ha efficacemente funzionato per oltre trent'anni.

3. La volontà politica per l'istituzione del programma Erasmus era indubbiamente solida, posto che gli obiettivi in esso prefissati erano condivisi da Stati membri e istituzioni. Tuttavia, l'assenza di competenze espresse in capo all'allora CEE in materia di istruzione e di ricerca diedero luogo a un contenzioso sulla scelta della base giuridica appropriata e alla conseguente procedura da seguire, in cui assumeva un grande rilievo la questione della regola di voto in Consiglio. La Commissione riteneva, infatti, che la decisione 87/327 potesse fondarsi sull'art. 128 TCEE[17], concernente la politica comune in materia di formazione professionale, oltre che sulla decisione 63/266/CEE[18]. Al contrario, il Consiglio, al momento dell'approvazione della decisione 87/327, aveva introdotto l'art. 235 TCEE come ulteriore base giuridica[19], ritenendola

[16] Sul processo di Bologna, *infra* nota 57.

[17] L'art. 128 TCEE prevedeva: "Su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale, il Consiglio fissa i principi generali per l'attuazione di una politica di formazione professionale che possa contribuire allo sviluppo armonioso sia delle economie nazionali sia del mercato comune".

[18] Decisione 63/266/CEE del Consiglio, del 2 aprile 1963, relativa alla determinazione dei principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale.

[19] Sul principio di attribuzione delle competenze, sul sistema di ripartizione di competenze tra Stati e Unione e in particolare sulla "clausola di flessibilità" dell'ex art. 235 TCEE (divenuto art. 308 TCE e attuale art. 352 TFUE), si vedano G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2013, VII ed., p. 94 ss.; R. Adam, A. Tizzano, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 427 ss.; L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, V. ed. p. 397 ss.; P. Mengozzi, C. Morviducci, *Istituzioni*

essenziale per giustificare un'azione della Comunità in questo ambito. Questa scelta veniva motivata nell'ultimo 'considerando', in cui si sottolineava che alcuni aspetti concernenti l'insegnamento interessati dalla decisione, in quel momento, andavano oltre le competenze comunitarie in materia di formazione professionale[20].

Contro tale decisione la Commissione presentò ricorso al fine di eliminare dalla stessa sia il riferimento all'art. 235 TCEE sia l'ultimo 'considerando' della motivazione. La scelta di presentare un siffatto ricorso per l'annullamento – parziale o in via subordinata *in toto* – di una decisione approvata dal Consiglio all'unanimità mette in luce la piena convinzione della Commissione[21] in merito all'esatta individuazione dell'art. 128 TCEE come unica base giuridica per l'istituzione e l'attuazione di questo programma comunitario, che avrebbe avuto un'inevitabile incidenza sulle politiche di "internazionalizzazione" dell'istruzione universitaria. Il ricorso aveva chiaramente l'obiettivo di garantire l'approvazione delle successive decisioni per il proseguimento del programma con una procedura abbastanza snella che, peraltro, non avrebbe richiesto l'unanimità nel Consiglio[22].

Il ricorso della Commissione si fondava su due motivi: la violazione del Trattato e quella delle forme sostanziali. Secondo la Commissione, l'inserimento dell'art. 235 TCEE non era sufficientemente motivato. Il nodo centrale della questione sottoposta alla cognizione della Corte non riguardava solo il problema della nozione di formazione professionale e della sua differenziazione rispetto agli studi universitari, ma si riferiva altresì all'ampiezza (e ai conseguenti limiti) dei poteri della Comunità nell'ambito della politica di formazione professionale. L'art. 128 TCEE prevedeva in quel momento storico la competenza della Comunità, ma esclusivamente per fissare "i principi generali per l'attuazione di una politica comune di formazione professionale".

Questi due diversi aspetti, ossia l'ampiezza dei poteri del Consiglio in materia di formazione professionale e la nozione stessa di formazione professionale, erano stati posti in evidenza nella linea argomentativa del Consiglio, secondo il quale era necessario introdurre anche l'art. 235 TCEE perché i poteri della Comunità nell'am-

di diritto dell'Unione europea, Padova, 2014, p. 77 ss.; G. Strozzi, R. Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, VI ed., p. 72 ss.; U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 67 ss.

[20] L'ultima parte della motivazione introdotta dal Consiglio evidenziava l'assenza – in quel momento – di competenze comunitarie in materia di istruzione, infatti il 'considerando' controverso recitava: "considerando che questo programma d'azione comporta aspetti concernenti l'insegnamento i quali possono essere considerati, nell'attuale stato di sviluppo del diritto comunitario, al di fuori dell'ambito della politica comune di formazione professionale prevista all'articolo128 del trattato; che questi aspetti del programma possono contribuire, insieme con gli obiettivi di formazione professionale con i quali sono strettamente connessi, allo sviluppo armonioso delle attività economiche in tutta la Comunità; che in questa misura il trattato non ha previsto i necessari poteri d'azione e che in proposito risulta necessaria un'azione della Comunità per realizzare, nel funzionamento del mercato comune, uno degli obiettivi della Comunità".

[21] Autorevole dottrina mette in risalto come la decisione di presentare il ricorso manifestasse la convinzione della Commissione stessa rispetto all'ampiezza dei poteri della Comunità in materia di formazione professionale ai sensi dell'art. 128 TCEE, cfr. K. Lenaerts, *ERASMUS*, cit., p. 116 ss.

[22] L'art. 128 TCEE nella sua versione originaria non stabiliva espressamente alcuna regola di voto e, di conseguenza, per la delibera del Consiglio si sarebbe applicata la regola generale dell'art. 148, par. 1, TCEE che indicava il voto a maggioranza dei membri che componevano il Consiglio; inoltre, non era necessaria la consultazione del Parlamento europeo.

bito della politica in materia di formazione professionale non comprendevano anche la sua concreta attuazione e perché non tutte le azioni previste dal programma Erasmus rientravano nella nozione di formazione professionale.

Secondo l'Avvocato generale Mischo, le misure concrete indicate nella decisione 87/327[23] andavano oltre i limiti insiti nell'art. 128 TCEE[24], in quanto egli considerava che i poteri decisionali del Consiglio dovessero limitarsi – come stabilito dalla norma – alla fissazione di "principi generali per l'attuazione" della politica. La norma, a suo parere, escludeva invece che la "politica comune" in materia di formazione professionale consentisse una "vera e propria armonizzazione delle norme nazionali" e che le istituzioni comunitarie avessero poteri autonomi per l'attuazione di tale politica[25].

La Corte mantenne una posizione diversa rispetto a quella prospettata dell'Avvocato generale. In primo luogo, essa si soffermò sulla seguente valutazione: se l'art. 128 potesse consentire misure di attuazione della politica di formazione professionale o se avesse solo carattere programmatico (come affermato dal Consiglio, sostenuto da Francia, Germania e Regno Unito). Il tenore letterale della norma, che faceva riferimento ai "principi generali per l'attuazione", la indusse ad escludere qualsiasi interpretazione che portasse "a rifiutare alla Comunità gli strumenti di azione necessari per gestire utilmente tale politica". La Corte puntualizzò che la politica di formazione era in corso di progressiva definizione e che "l'applicazione dei principi generali della politica comune di formazione professionale spetta[va] agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie in un quadro di cooperazione". Sia l'interpretazione letterale sia l'effetto utile della norma implicavano, quindi, il potere del Consiglio di "emanare atti giuridici aventi ad oggetto azioni comunitarie in materia di formazione professionale, con relativi obblighi di cooperazione per gli Stati membri" [26].

In secondo luogo, anche in relazione al successivo argomento del Consiglio le posizioni dell'Avvocato generale e della Corte erano differenti, sebbene entrambe concludessero per la necessità del ricorso alla base giuridica dell'art. 235 TCEE. Secondo l'Avvocato generale, infatti, molte delle misure previste dalla decisione del 1987 esulavano dalla nozione di "formazione professionale". In particolare, egli evidenziava che dalla sentenza *Gravier*[27] si poteva desumere che mentre l'accesso agli studi rientrava nell'ambito di applicazione della disposizione del Trattato sulla formazione professionale, al contrario, l'organizzazione dei corsi doveva esserne esclusa. Era palese, invece, che la decisione sul programma Erasmus aveva un'incidenza sull'organizzazione di tali corsi. Inoltre, secondo l'Avvocato generale anche gli obiettivi di promuovere la cooperazione tra università e di creare una rete europea di università partecipanti al programma non potevano considerarsi inclusi nell'ambito di applicazione dell'art. 128 TCEE. Infine, egli riteneva di dover esclu-

[23] In forza della decisione la Commissione avrebbe mantenuto contatti diretti con le università (azioni 1, 3 e 4); le associazioni di università (azione 4); il personale docente e amministrativo delle università (azione 1); i centri nazionali di informazione sul riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio (azione 3); i promotori di programmi comuni di studio tra le università (azione 3).

[24] Conclusioni dell'Avvocato generale Mischo del 22 febbraio 1989, causa 242/87, *Commissione* c. *Consiglio (Erasmus)*, in particolare punti 8-12.

[25] *Ivi*, punto 32.

[26] Sentenza *Erasmus*, in specie punti 9-11.

[27] Sentenza del 13 febbraio 1985, causa 293/83, *Gravier*.

dere dal suo ambito anche altri obiettivi, come quello di carattere politico teso a rafforzare le relazioni tra cittadini dei diversi Stati membri.

La posizione della Corte rispetto a questo motivo di ricorso si differenziava da quella dell'Avvocato generale, in quanto essa affermava una nozione decisamente elastica di formazione professionale. Nella sentenza *Gravier* la Corte aveva già affermato: "qualsiasi forma di insegnamento che prepari ad una qualificazione per una determinata professione, un determinato mestiere o una determinata attività, o che conferisca la particolare idoneità ad esercitare tale professione, tale mestiere o tale attività, fa parte della formazione professionale, qualunque sia l'età ed il livello di preparazione degli alunni o degli studenti, ed anche se il programma di insegnamento comprende altresì materie di carattere generale"[28]. Questo principio era stato precisato nel caso *Blaizot* nel senso di includere nella nozione di formazione professionale anche gli studi universitari[29]. Ne rimanevano esclusi solo quei corsi che, per le loro caratteristiche, erano diretti esclusivamente ad approfondire conoscenze generali e non costituivano un percorso di studi finalizzato allo svolgimento di una futura attività lavorativa. La Corte aveva già chiarito, quindi, che la nozione di formazione professionale comprendeva anche i corsi universitari che non rilasciavano in modo immediato un titolo professionale qualora offrissero una "particolare idoneità" per il successivo conseguimento di un titolo professionale[30]. Basandosi sulla sua precedente giurisprudenza la Corte concluse che "la generalità degli studi cui si applica[va] il programma controverso rientra[va] nel campo della formazione professionale"[31].

Inoltre, è di particolare interesse sottolineare la posizione della Corte anche rispetto agli altri obiettivi del programma Erasmus, specialmente quello di rafforzare le relazioni tra cittadini. Essa evidenziò il nesso tra la politica di formazione professionale e la libera circolazione delle persone e soprattutto rilevò che "il fine, del tutto legittimo, di inscrivere lo sviluppo di una politica comune tra gli scopi generali della Comunità – come la realizzazione dell'Europa dei cittadini – non [potesse] condurre ad un mutamento della giusta base giuridica di atti oggettivamente rientranti nella politica comune di cui trattasi"[32].

In relazione all'organizzazione dell'insegnamento, secondo la Corte il fatto che il settore dell'istruzione non rientrava nella competenza comunitaria non significava che l'esercizio dei poteri conferiti alla Comunità dovesse essere limitato dalla circostanza che avrebbe potuto avere delle "ripercussioni sui provvedimenti adottati nel settore in questione". La Corte riconosceva, infatti, che per far funzionare il programma Erasmus era necessario creare una rete europea delle università partecipanti al programma di mobilità; tuttavia, essa riteneva che, sebbene la rete sarebbe stata istituita dalla Comunità, le università vi avrebbero partecipato nel rispetto dei propri statuti, in modo da escludere un'incidenza del programma Erasmus sull'organizzazione delle singole università.

---

28 *Ivi*, punto 30.
29 Sentenza del 2 febbraio 1988, causa 24/86, *Blaizot*.
30 Sentenza del 27 settembre 1988, causa 263/86, *Humbel*.
31 Sentenza *Erasmus*, punti 24-27.
32 *Ivi*, punto 29.

Infine, all'esito delle argomentazioni svolte fu solo l'ultimo profilo esaminato dalla Corte a determinare il rigetto del ricorso. Esso riguardava, infatti, un aspetto centrale delle attività delle università, rispetto al quale si evidenziava che: "la ricerca scientifica rientra, in modo peculiare, nelle funzioni proprie delle università. Non soltanto parte del personale universitario vi si consacra esclusivamente, ma costituisce di norma un elemento essenziale dell'attività della maggioranza dei docenti universitari, nonché di una parte degli studenti, come quelli che compiono studi di dottorato o simili"[33]. Secondo la Corte la decisione istituiva del programma Erasmus doveva essere interpretata nel senso di riferirsi anche alla ricerca, in quanto facente parte degli obiettivi del medesimo programma come quello di "promuovere un'ampia e intensa cooperazione tra le università di tutti gli Stati membri" nonché di "valorizzare tutto il potenziale intellettuale delle università della Comunità, grazie ad una maggiore mobilità del personale docente, e consentire così il miglioramento della qualità dell'insegnamento e della formazione impartita da dette università, per assicurare la competitività della Comunità sul mercato mondiale"[34]. Invero, la posizione della Corte in merito all'inclusione della ricerca nell'ambito del programma Erasmus non ha trovato conferma nella prassi successiva, anzi con la decisione 89/663 del Consiglio le istituzioni politiche hanno esplicitamente escluso questo settore dall'ambito di applicazione del programma[35].

In definitiva, nell'*iter* argomentativo della sentenza *Erasmus* la Corte condivise essenzialmente la posizione della Commissione in merito all'ampiezza dei poteri della Comunità, seppure avesse poi concluso a favore del rigetto del ricorso, considerando necessario il fondamento giuridico dell'art. 235 TCEE per l'approvazione della decisione istitutiva del programma Erasmus. Tuttavia, la Corte non suffragò le ragioni sostanziali del Consiglio e nella maggior parte dei punti della motivazione sostenne la posizione della Commissione in base alla quale, anche in assenza di un'esplicita base giuridica in materia di istruzione, l'attuazione del programma Erasmus avrebbe potuto essere gestita dalle istituzioni comunitarie, e precisamente dalla medesima Commissione, la quale in questo settore avrebbe cooperato con gli Stati membri al fine di realizzarne gli obiettivi, in particolare, per favorire l'internazionalizzazione delle università e promuovere la mobilità dei cittadini, nonché la competitività della Comunità nel "mercato mondiale".

4. L'assenza di espresse competenze comunitarie in materia di istruzione non aveva impedito l'affermarsi di una tendenza delle istituzioni a prestare una certa attenzione a questo settore. Da una parte, la sensibilità degli Stati membri della Comunità nell'affermare una "dimensione europea" della politica dell'istruzione si manifestò con forme di cooperazione che al margine del "diritto comunitario"[36] crearono l'*humus*

[33] *Ivi*, punto 34.

[34] *Ivi*, punto 35 che richiama l'art. 2 della decisione 87/327/CEE.

[35] La decisione 89/663/CEE del Consiglio, del 14 dicembre 1989, emendò la decisione 87/327/CEE anche al fine di escludere la ricerca dal suo ambito di applicazione. L'art. 1 della decisione modificativa stabiliva che nel testo dell'art. 1, par. 2, della decisione del 1987 bisognava aggiungere la precisazione: "Il programma ERASMUS non copre le attività di ricerca né di sviluppo tecnologico". Nel 4° 'considerando' della decisione del 1989 si chiariva che la cooperazione nel settore della ricerca non dovesse rientrare nel programma Erasmus in quanto per tale settore erano previste altre forme di cooperazione.

[36] Le risoluzioni approvate sin dagli anni settanta dai Ministri dell'istruzione riuniti in seno al Consiglio, ovviamente, non erano atti di diritto derivato (cfr. F. Van Craeyenest, *op. cit*., p. 128 ss.), ma

idoneo allo sviluppo di un'azione europea tesa a favorire forme di sostegno e di coordinamento per la realizzazione di obiettivi comuni. Dall'altra, politiche di integrazione positiva si esplicavano nel contesto di altri ambiti di competenza comunitaria, ma sempre con carattere funzionale alla realizzazione delle libertà previste nel Trattato[37].

Oltre all'approvazione del programma Erasmus, altre disposizioni che incidevano sull'istruzione erano state, infatti, introdotte nel diritto derivato. Nel regolamento 1612/1968 sulla libera circolazione dei lavoratori fu approvata una specifica disposizione al fine di riconoscere ai figli (residenti con i genitori-lavoratori migranti) il diritto di accedere ai corsi di insegnamento alle medesime condizioni dei cittadini dello Stato di accoglienza[38]. Si stabiliva altresì il diritto per i medesimi lavoratori alla formazione professionale nel rispetto del principio di parità nazionale[39]. Inoltre, a partire dalla metà degli anni settanta erano state approvate diverse direttive settoriali sul riconoscimento dei titoli, principalmente nell'ambito delle professioni sanitarie, che incidevano sul diritto all'istruzione nella misura in cui prevedevano anche il coordinamento di parte dei corsi universitari per garantire almeno un minimo *standard* comune in relazione alla lunghezza dei corsi e ai loro contenuti essenziali[40]. Nel 1990 venne anche approvata la direttiva sulla libera circolazione degli studenti che non poteva non incidere sul diritto all'istruzione[41]. All'azione normativa si

costituirono la base politica per promuovere l'azione della Comunità nell'ambito dell'istruzione.

37 B. De Witte, *op. cit*., p. 73 ss.; K. Lenaerts, *Education*, cit., p. 10 ss.; J. Martín y Pérez de Nanclares, *Otras competencias comuniarias (II): educación, cultura y salud pública*, in M. Lopez Escudero, J. Martín y Pérez de Nanclares, *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000, p. 324 ss.; G. Caggiano, *Cittadinanza europea e mobilità transnazionale degli studenti*, in *Gli Stranieri*, 2002, p. 1 ss. Sulla rilevanza del diritto all'istruzione nel processo di integrazione europeo cfr. altresì F. Cherubini, *La multiforme natura del diritto all'istruzione e il suo contributo allo sviluppo della dimensione sociale dell'Unione europea*, in P. Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011, p. 299 ss.

38 Si veda in proposito l'art. 12 del regolamento del Consiglio (CEE) n. 1612/68, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, abrogato dal regolamento (UE) n. 492/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione. La regola introdotta con il regolamento del 1968 fu specificata nella direttiva 77/486/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1977, relativa alla formazione scolastica dei figli dei lavoratori migranti.

39 Ai termini dell'art. 7, par. 3, del regolamento 1612/68 il lavoratore fruiva "altresì, allo stesso titolo ed alle stesse condizioni dei lavoratori nazionali, dell'insegnamento delle scuole professionali e dei centri di riadattamento o di rieducazione".

40 Le direttive settoriali furono approvate a partire dal 1975 usando come fondamento giuridico gli articoli 49, 57, 66 e 235 TCEE (le prime due furono le direttive 75/362/CEE e 75/363/CEE, del 16 giugno 1975, rispettivamente per agevolare l'esercizio del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi della professione di medico e per coordinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico). La tecnica utilizzata in quel primo periodo fu quella della contestuale approvazione di due direttive, una relativa al riconoscimento del titolo di studio e l'altra sul "coordinamento della disciplina delle condizioni di esercizio della professione in questione, comprese quelle relative al corso di studi universitari", U. Villani, *Il riconoscimento*, cit., p. 503 ss. Come già indicato (*supra* nota 14), successivamente il 21 dicembre 1988 fu adottata la direttiva 89/48/CEE sul sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sancì un cambiamento di metodo, che da quel momento si ispirò al principio del mutuo riconoscimento (non più in vigore).

41 Il 28 giugno 1990 il Consiglio emanò tre direttive sulla circolazione dei cittadini "economicamente non attivi", compresa la direttiva 90/366/CEE sul diritto di soggiorno degli studenti che fu annullata con sentenza del 7 luglio 1992, causa C-295/90, *Parlamento* c. *Consiglio*, per l'errata individuazione della base giuridica e fu sostituita dalla direttiva 93/96/CE del Consiglio, del 29 ottobre 1993. Secondo

affiancava un'attenta giurisprudenza[42] incline a interpretare in modo estensivo la nozione di formazione professionale che, come già evidenziato, comprendeva anche i corsi universitari che non rilasciassero direttamente un titolo professionale[43], al fine di garantire la libertà di circolazione delle persone e in particolare degli studenti, ai quali veniva riconosciuto (rientrando la questione nell'ambito di applicazione del Trattato) il diritto alla parità di trattamento con i cittadini nazionali[44].

L'incidenza della giurisprudenza e in particolare dell'applicazione del principio di non discriminazione a motivo di nazionalità nell'ambito dell'istruzione quindi si concretizzò con diverse pronunce riguardanti la libera circolazione dei lavoratori[45], il diritto all'istruzione dei figli dei lavoratori[46] nonché la libera circolazione dei servizi e il diritto di stabilimento[47].

---

la Corte, infatti, l'appropriata base giuridica per la sua approvazione era la disposizione sul principio di non discriminazione (all'epoca art. 7 TCEE) e non la norma sulle competenze sussidiarie (art. 235 TCEE). In tema v. Rossi, *L'annullamento della direttiva comunitaria sul diritto di soggiorno degli studenti*, in *Foro italiano*, 1993, IV, c. 1 ss.

[42] Nel punto 19 della sentenza *Gravier* la Corte puntualizzò: "A tal riguardo si deve anzitutto affermare che, pur se il settore dell'istruzione e la politica dell'insegnamento non rientrano, di per sé, fra le materie che il trattato ha sottoposto alla competenza delle istituzioni comunitarie, l'accesso e la partecipazione ai corsi d'insegnamento e di apprendistato, in particolare quando si tratta della preparazione professionale, non sono estranei al diritto comunitario".

[43] Come già ricordato, nella sentenza *Gravier* la Corte affermò che "qualsiasi forma d'insegnamento (…) fa parte della formazione professionale (…) anche se il programma di insegnamento comprende altresì materie di carattere generale". Successivamente, la Corte ritenne che anche gli studi universitari rientrassero nella nozione di formazione professionale qualora fossero diretti a preparare gli studenti per ottenere un titolo per lo svolgimento di una professione. Tale situazione non si sarebbe verificata solo nell'ipotesi in cui gli studi universitari avessero avuto il mero scopo di approfondire conoscenze di carattere generale senza preparare all'esercizio di una professione (sentenza *Blaizot*, punti 17-20).

[44] Il *leading case* in materia risale alla citata sentenza *Gravier*. Sulla circolazione degli studenti e la rilevante giurisprudenza cfr. V. Di Comite, *Cittadinanza europea, mobilità degli studenti e vantaggi sociali*, in L. Panella, E. Spatafora (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2011, p. 569 ss.; L. Raimondi, *Circolazione degli studenti universitari e principio di non discriminazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in E. Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 309 ss.; I. Quadranti, *Mobilità per studio e formazione nell'Unione europea: un'opportunità concreta non scevra di difficoltà*, in M. C. Baruffi, I. Quadranti (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012, p. 221 ss.; M. Moretti, *L'Europa e i giovani*, in G. Gattinara, F. Pappalardo (a cura di), *L'Europa dei diritti. La Corte di giustizia e i cittadini dell'Unione*, Roma, 2014, p. 193 ss.; G. Carboni, *La mobilità nel diritto dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2016, p. 13 ss.

[45] Cfr. in proposito sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, in cui la Corte chiarì che la professione di insegnante rientra tra le attività alle quali si applica la libera circolazione dei lavoratori.

[46] Si veda in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 3 luglio 1974, causa 9/74, *Casagrande*, in cui si riconobbe il diritto del figlio di un lavoratore migrante (italiano) di godere della parità di trattamento con i cittadini nazionali in relazione ai sussidi scolastici. Interessante è altresì la sentenza del 15 marzo 1989, cause riunite 389 e 390/87, *Echternach* e *Moritz*, in cui si puntualizzò che l'art. 12 dovesse essere interpretato nel senso che esso riguardasse "qualsiasi forma d'istruzione", quindi sia corsi universitari (nel caso di specie in scienze economiche) sia studi di carattere professionale. Sulla rilevanza dell'istruzione per consentire l'integrazione dei familiari dei lavoratori nel tessuto sociale dello Stato di accoglienza cfr. V. Di Comite, *Il diritto di circolazione degli studenti per la formazione di una coscienza europea*, in *Dialoghi con Ugo Villani*, I, Bari, 2017, p. 447 ss.

[47] Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 1988, causa 147/86, *Commissione* c. *Grecia*. In tema v. B. De Witte, *op. cit*., p. 73 ss. Sulle possibili interrelazioni tra insegnamento, da una parte, ed

Con il Trattato di Maastricht, finalmente, l'istruzione entrò formalmente nel diritto primario per cui – come fu espressamente sottolineato nelle conclusioni del Consiglio europeo di Edimburgo del 1992 – non sarebbe stato più necessario il ricorso alla clausola delle competenze sussidiarie per giustificare l'azione dell'Unione in questo settore, aspetto che chiaramente avrebbe avuto una significativa incidenza sull'approvazione di iniziative e programmi futuri.

Non si può trascurare che il Trattato di Maastricht istituì altresì la cittadinanza dell'Unione e trasformò la connotazione del processo di integrazione europea, si superò così definitivamente l'iniziale prospettiva economica per rafforzare l'idea di un'Unione di diritto in cui i valori democratici, sociali e culturali assumessero un ruolo centrale[48].

In questo nuovo scenario, tra i fini della Comunità l'allora art. 3, lett. p), TCE riconosceva che l'azione comunitaria (secondo le condizioni previste nel Trattato) avrebbe dovuto contribuire "ad un'istruzione e ad una formazione di qualità". Nel titolo VIII su "politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù", che includeva anche le "disposizioni sociali" (capo 1) e le regole sul "Fondo sociale europeo" (capo 2), si dedicò il capo 3 all'istruzione e alla formazione professionale: l'art. 126 riguardava in modo specifico l'istruzione mentre l'art. 127 afferiva alla formazione professionale.

La nuova base giuridica sull'istruzione si differenziava da quella sulla formazione professionale sia per l'intensità delle competenze comunitarie, sia rispetto alla procedura stabilita per adottare future misure. Da una parte, l'art. 126 affermava che la Comunità contribuiva "allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, sostenendo e integrando la loro azione". Per realizzare tale obiettivo il Consiglio avrebbe potuto adottare "azioni di incentivazione" secondo la procedura di codecisione, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni. Dall'altra l'art. 127 che riguardava le competenze comunitarie relative alla formazione professionale era stato modificato con il Trattato di Maastricht. Come già indicato, in precedenza l'ex art. 128 TCEE consentiva alla Comunità di fissare "i principi generali per l'attuazione di una politica di formazione professionale"; la versione della norma contenuta nella nuova versione dell'art. 127 TCE prevedeva esplicitamente la competenza della Comunità per "attuare una politica" di formazione professionale che rafforzasse e integrasse le azioni degli Stati. Sotto questo profilo la disposizione normativa ha recepito quanto affermato dalla Corte nella sentenza *Erasmus*. Per attuare tale politica il Consiglio poteva approvare le "misure" con la procedura di cooperazione previa consultazione del Comitato economico e sociale. La distinzione tra le due procedure degli articoli 126 e 127 TCE fu superata con il Trattato di Amsterdam

esercizio delle attività autonome (circolazione dei servizi e stabilimento), dall'altra, nel periodo anteriore alla pronuncia della Corte cfr. V. Skouris, *La liberté d'établissement et de prestation de service en matière d'ensegignement*, in B. De Witte (ed.), *op. cit*., p. 21 ss.

[48] Tra i primi studi che già evidenziavano il grande cambiamento di prospettiva derivante dall'istituzione della cittadinanza dell'UE, cfr. R. Adam, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 622 ss.; D. J. Liñàn Nogueras, *Ciudadanía de la Unión europea*, in G. C. Rodríguez Iglesias, D. J. Liñán Nogueras (dirs.), *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 271 ss.; U. Villani, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, p. 1001 ss.

in quanto dalla sua entrata in vigore entrambe le basi giuridiche stabilirono l'applicazione della procedura di codecisione.

In relazione al programma Erasmus, la previsione di una specifica disposizione in materia di istruzione, da un lato, poteva rafforzare la legittimità dell'azione della Comunità ma, dall'altro, avrebbe potuto generare difficoltà nella scelta della più appropriata base giuridica, in quanto in presenza di due diverse procedure diveniva necessario definire in modo più chiaro se l'azione comunitaria riguardasse l'istruzione o la formazione professionale[49]. Questo problema fu pragmaticamente evitato includendo negli atti pertinenti entrambe le basi giuridiche. Bisogna rilevare, infatti, che tutte le decisioni che si sono succedute nel tempo per dare continuità al programma Erasmus recavano contestualmente, in un unico atto, più misure di incentivazione, comprese quelle inerenti alla formazione professionale. A partire dal 1995, infatti, il programma Erasmus fu incluso nel più ampio programma Socrate[50] e successivamente nel programma per l'apprendimento permanente (*Lifelong learning programme*-LLP)[51]. Le decisioni che istituirono tali programmi hanno sempre avuto come fondamento la doppia base giuridica costituita dalle due disposizioni del Trattato concernenti rispettivamente l'istruzione e la formazione professionale[52]. In questo modo non fu necessario tracciare una distinzione netta tra le nozioni di istruzione e di formazione professionale[53]. La base giuridica sulla ricerca invece rimase estranea al programma Erasmus e ai più ampi programmi (Socrate, LLP) che lo includevano[54].

---

[49] Sul problema della doppia base giuridica ha riguardato vari ambiti di azione della Comunità si veda in particolare la sentenza della Corte di giustizia dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione* c. *Consiglio* (biossido di titanio), in particolare punti 19-20.

[50] Al programma Erasmus istituito con la decisione 327/1987/CE seguì, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht, il programma Socrate istituito con la decisione 819/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 1995. Quest'ultimo programma aveva come basi giuridiche sia l'art. 126 sull'istruzione, sia l'art. 127 sulla politica di formazione professionale e includeva sotto forma di "settori di intervento" le azioni previste dai programmi di incentivazione già approvati in precedenza (Erasmus, Lingua e Leonardo da Vinci) oltre che l'azione di incentivazione per la scuola (Comenius). La decisione 819/95 si riferiva alla programmazione per il periodo 1995-1999, alla quale fu data continuità nella seconda fase del programma Socrate (periodo 2000-2006) con la decisione 253/2000/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 gennaio 2000.

[51] Decisione 1720/2006/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 novembre 2006, che istituisce un programma d'azione nel campo dell'apprendimento permanente LLP (periodo 2007-2013).

[52] Nel preambolo della decisione 819/95 si precisava: "considerando che una parte delle misure previste nella presente decisione riguarda anche la formazione professionale e che va quindi al di là dell'istruzione generale (la quale comprende l'insegnamento superiore) che rientra nell'ambito dell'articolo 126 del trattato; che per le suddette misure si deve fare riferimento anche all'articolo 127 del trattato, senza che ciò implichi che il programma SOCRATE possa essere considerato una delle misure di applicazione della politica di formazione professionale ai sensi dell'articolo 127". Per approvare tale decisione fu seguita la procedura della codecisione, che stabiliva un maggiore coinvolgimento del Parlamento europeo, nel rispetto della giurisprudenza sulla "doppia base giuridica".

[53] La dottrina ha evidenziato il problema che si poneva nella distinzione dell'ambito di applicazione delle due basi giuridiche, come conseguenza dell'interpretazione estensiva della nozione di formazione professionale derivante dalla giurisprudenza, cfr. K. Lenaerts, *Education*, cit., p. 25 ss.

[54] Anche dopo il Trattato di Maastricht continuò a mantenersi uno stretto collegamento tra i settori dell'istruzione e della formazione professionale, mentre tale collegamento non si creò con l'azione nel settore della ricerca, alla quale era stata dedicata una diversa base giuridica. L'Atto unico europeo aveva, infatti, introdotto gli articoli da 130F a 130P (divenuti dopo il Trattato di Amsterdam articoli da 163 a 173 TCE), che stabilivano specifiche basi giuridiche per la cooperazione nell'ambito della ricerca e

L'ex art. 126 TCE (divenuto con il Trattato di Amsterdam, senza modifiche, art. 149 TCE) si limitava a riconoscere una competenza complementare e di sostegno, che escludeva espressamente la possibilità di adottare misure di "armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri". In questo ambito, ai fini della realizzazione degli obiettivi indicati nell'art. 126, ai sensi del par. 4, il Consiglio poteva approvare esclusivamente misure di incentivazione (che secondo la dottrina avevano carattere vincolante in quanto comportavano obblighi di cooperazione per gli Stati)[55], oppure adottare raccomandazioni su proposta della Commissione.

Secondo il dettato normativo dell'art. 126 TCE l'azione della Comunità nel settore dell'istruzione doveva limitarsi a contribuire allo sviluppo di una "istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra Stati membri", tuttavia si chiariva che questa competenza poteva esercitarsi "se necessario" solo sostenendo e integrando l'azione nazionale "nel pieno rispetto della responsabilità degli Stati membri per quanto riguarda il contenuto dell'insegnamento e l'organizzazione del sistema di istruzione, nonché delle loro diversità culturali e linguistiche". Rimanevano quindi nell'esclusiva competenza degli Stati la determinazione dei contenuti degli insegnamenti e l'organizzazione dei sistemi di istruzione, anche al fine di garantire il rispetto delle diversità culturali e linguistiche[56].

Nella norma si indicavano gli scopi dell'azione della Comunità, che comprendevano lo sviluppo della "dimensione europea dell'istruzione, segnatamente con l'apprendimento e la diffusione delle lingue degli Stati membri"; la promozione della "cooperazione tra istituti di apprendimento"; lo sviluppo di "scambi di informazioni e di esperienze su problemi comuni dei sistemi di istruzione degli Stati membri". L'azione comunitaria doveva essere diretta altresì a "favorire la mobilità degli studenti e degli insegnanti, promuovendo tra l'altro il riconoscimento accademico dei diplomi e dei periodi di studio" nonché "gli scambi di giovani e di animatori di attività socioeducative". Infine, la norma richiamava l'obiettivo di "incoraggiare lo sviluppo dell'istruzione a distanza".

I limiti alle competenze comunitarie, ben definiti nell'ex art. 126 TCE, influenzarono inevitabilmente l'azione della Comunità in questa materia; tale azione ha continuato a delinearsi nel tempo attraverso misure di incentivazione e forme di cooperazione che in realtà andarono ben oltre i confini dell'Unione e coinvolsero numerosi Stati europei (alcuni dei quali sono poi divenuti membri dell'Unione).

---

l'innovazione tecnologica. È opportuno ricordare che la citata decisione 89/663 escluse esplicitamente la ricerca dalle azioni incluse nel programma Erasmus.

[55] In quel periodo per l'approvazione delle misure di incentivazione furono emanate delle "decisioni", mentre nel 2013 si è scelta la forma del regolamento. Secondo parte della dottrina la denominazione "decisione" andava intesa in senso generico piuttosto che come "atto tipico" ai sensi dell'ex art. 189 TCEE (attuale art. 288 TFUE). Cfr. K. Lenaerts, *Education*, cit., p. 31. Anche l'Avvocato generale Mischo, nelle conclusioni *Erasmus*, aveva evidenziato che la decisione 87/327 doveva considerarsi una "decisione *sui generis*", posto che per le sue caratteristiche somigliava più a un regolamento (punto 42).

[56] Per una chiara delimitazione delle competenze dell'Unione e degli Stati in questo settore cfr. F. Caruso, *Le competenze dell'Unione europea e degli Stati membri in materia di "istruzione"*, in *Diritto e società*, 2010, p. 207 ss.

Sin dagli inizi degli anni '90 si riconobbe l'importanza della cooperazione europea nell'ambito dell'istruzione[57], per rafforzare il "modello sociale europeo", di cui l'istruzione costituiva un elemento essenziale, non solo per ottenere le qualifiche necessarie all'accesso al mondo del lavoro, ma anche per continuare a sviluppare competenze nel corso di tutta la vita[58].

Con la strategia di Lisbona[59] del 2000 la politica in materia di istruzione ha acquistato una maggiore autonomia[60] e ha continuato a svilupparsi attraverso il c.d. metodo di coordinamento aperto[61] con un'ampia produzione di atti di *soft law*,

[57] La cooperazione europea in materia di istruzione ha coinvolto numerosi Stati interessati a stabilire uno "spazio europeo dell'istruzione superiore" nell'ambito del c.d. processo di Bologna. Nella Dichiarazione congiunta dei Ministri europei dell'istruzione superiore, sottoscritta il 19 giugno 1999 (in chiusura del Convegno di Bologna), si afferma: "Il cammino è stato intrapreso nella giusta direzione e con significativa determinazione. Il conseguimento di una maggiore compatibilità e comparabilità dei sistemi dell'istruzione superiore necessita peraltro di un costante impulso per potersi realizzare compiutamente. Occorre sostenerlo promuovendo misure concrete (…). Dobbiamo guardare in modo particolare all'obiettivo di accrescere la competitività internazionale del sistema europeo dell'istruzione superiore. (…) Occorre che il sistema dell'istruzione superiore europeo acquisti nel mondo un grado di attrazione corrispondente alla nostra straordinaria tradizione scientifica e culturale". Nella Dichiarazione si precisavano gli obiettivi, necessari per l'affermazione dello spazio europeo dell'istruzione superiore e per la promozione internazionale del sistema europeo dell'istruzione superiore. Si tratta in particolare dei seguenti obiettivi: "adozione di un sistema di titoli di semplice leggibilità e comparabilità; adozione di un sistema essenzialmente fondato su due cicli principali, rispettivamente di primo e di secondo livello; consolidamento di un sistema di crediti didattici – sul modello dell'ECTS – acquisibili anche in contesti diversi, compresi quelli di formazione continua e permanente, purché riconosciuti dalle università di accoglienza, quale strumento atto ad assicurare la più ampia e diffusa mobilità degli studenti; promozione della mobilità mediante la rimozione degli ostacoli al pieno esercizio della libera circolazione; promozione della necessaria dimensione europea dell'istruzione superiore, con particolare riguardo allo sviluppo dei curricula, alla cooperazione fra istituzioni, agli schemi di mobilità e ai programmi integrati di studio, formazione e ricerca". Si riconosceva altresì che per raggiungere tali obiettivi fosse necessaria la cooperazione delle istituzioni coinvolte nel rispetto delle differenti competenze, nonché "della diversità delle culture, delle lingue, dei sistemi educativi nazionali e della autonomia delle Università". In tema cfr. M. Robles Carillo, *La cooperación paneuropea en materia de educación superior en el proceso de Bolonia*, in *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, p. 245 ss.; L. Pasquali, *Istruzione e accesso alla professioni*, in A. M. Calamia, M. Di Filippo, M. Gestri (a cura di), *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 349 ss.

[58] Il libro bianco della Commissione europea, del 29 novembre 1995, Insegnare e apprendere verso la società cognitiva, COM(95)590 def., riprendeva e sviluppava gli orientamenti già indicati nel libro bianco del 5 dicembre 1993, Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo, COM(93)700 def.

[59] Sulla strategia di Lisbona cfr. M. Robles Carillo, *op. cit.*, p. 258 ss.

[60] "Già all'interno della strategia di Lisbona tuttavia, il diritto all'accesso all'istruzione continua, oltre che costituire una misura attiva di politica occupazionale, inizia ad acquisire una funzione autonoma e peculiare". Così M. Cocconi, *Il ruolo della politica comunitaria nel settore dell'istruzione e della formazione professionale nella costruzione della dimensione sociale dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 1411 ss., in specie p. 1417.

[61] Sulle caratteristiche del metodo di coordinamento aperto, tra gli altri, cfr. S. Cafaro, *La méthode ouverte de coordination, l'action communautaire et le rôle politique du Conseil européen*, in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, II, Bruxelles, 2003, p. 204 ss.; S. De La Rosa, *The Open Method of Coordination in the New member States – The Perspective for its Use as a Tool of Soft Law*, in *European Law Journal*, 2005, p. 636 ss.; G. Caggiano, *Il coordinamento comunitario delle politiche nazionali per la creazione del modello sociale europeo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Bari, 2007, p. 908 ss. in specie p. 922 s.; M. Robles Carillo, *El método abierto de coordinación tras el Tratado de Lisboa*, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 92, 2011, p. 283 ss., reperibile *online.*

nonché con forme di cooperazione basate anche su scambi di informazioni e buone pratiche tra Stati membri e altri soggetti direttamente coinvolti nel campo, con il continuo sostegno della Commissione.

Il diritto all'istruzione e quello alla "formazione continua", per ogni persona e non solo per i cittadini dell'Unione, sono altresì riconosciuti dall'art. 14 della Carta di Nizza. Tuttavia, come indicato dall'art. 6 TUE, sebbene la Carta produca effetti giuridici vincolanti, si applica solo nell'ambito di competenza del diritto dell'Unione, di conseguenza l'art. 14 non conferisce all'Unione competenze maggiori di quelle già stabilite nei Trattati[62], i quali in merito al settore dell'istruzione non hanno subito modifiche sostanziali con la riforma introdotta dal Trattato di Lisbona. Le competenze in materia di istruzione e formazione professionale sono espressamente richiamate nell'art. 6 TFUE, che elenca i settori in cui l'Unione ha una mera competenza di sostegno, coordinamento e complemento[63], per cui la sua azione quando è diretta all'adozione di atti normativi deve essere esercitata nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità.

La riforma di Lisbona non ha modificato la formulazione della norma sull'istruzione (anche se al termine della disposizione è stato introdotto un nuovo riferimento allo sport), ma ha riorganizzato la sua collocazione sistematica. Attualmente, infatti, l'art. 165 TFUE[64] è parte del titolo XII, "Istruzione, formazione professionale, gioventù e sport", che continua ad essere composto da soli due articoli: 165 e 166 (quest'ultimo inerente alla politica di formazione)[65]. La disposizione, pertanto, non è più collocata all'interno del titolo dedicato anche alla politica sociale[66], ma assume una maggiore autonomia nel quadro di una visione che considera l'istruzione e la formazione nell'intero arco della vita elementi fondamentali per lo sviluppo della persona, non solo ai fini occupazionali. Secondo la nuova prospettiva evidenziata nella strategia "Europa 2020", si avverte l'esigenza di rendere l'Unione "un'economia intelligente, sostenibile e inclusiva", un'economia "basata sulla conoscenza", quindi l'istruzione e la formazione costituiscono forme di "investimenti in capitale umano" su cui puntare nell'interesse di una maggiore crescita non solo economica. Come messo in luce dai numerosi atti di *soft law* sulla modernizzazione e sull'internazionalizzazione dell'istruzione europea, in questa nuova visione l'Unione è chiamata a pro-

---

62 L'art. 14 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE stabilisce: "Ogni persona ha diritto all'istruzione e alla formazione continua"; su tale disposizione cfr. C. Salazar, *Articolo 14*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 266.

63 L'art. 6, lett. e), TFUE include l'istruzione, la formazione professionale, la gioventù e lo sport tra le competenze di sostegno, coordinamento e completamento.

64 Sull'azione dell'Unione in materia di istruzione cfr. K. Grimonprez, *The European Dimension in Citizenship Education: Unused Potential of Article 165 TFUE*, in *European Law Review*, 2014, p. 3 ss.; nonché i commenti all'art. 165 TFUE: M. Colucci, *Art. 165 TFUE*, in C. Curti Gialdino (dir.), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1345 ss.; E. de Götzen, *Art. 165 TFUE*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 1030 ss.; D. Savy, *Art. 165 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1494 ss.

65 In merito all'art. 166 TFUE si vedano i commenti di P. Amato, *Art. 166 TFUE*, in C. Curti Gialdino (dir.), *op. cit.*, p. 1351 ss.; M. Orlandi, *Art. 166 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *op. cit.*, p. 1501 ss.

66 Sull'evoluzione della politica sociale nell'Unione europea v. E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 177 ss.

muovere i suoi valori, compresi quelli sociali e culturali, anche nella sua dimensione esterna[67]. La rilevanza attribuita all'istruzione quale elemento essenziale nella costruzione dell'identità europea si evince altresì dall'art. 9 TFUE[68], il quale afferma che l'Unione in tutte le sue politiche ed azioni è chiamata a tenere in debito conto le "esigenze connesse" con un elevato livello di istruzione e formazione, a ciò si aggiunge che essa è altresì chiamata a rispettare quanto previsto dall'art. 14 della Carta.

5. Il successo del programma Erasmus e degli altri programmi di scambio che nel tempo hanno coinvolto un numero sempre crescente di partecipanti ha indotto le istituzioni europee ad istituire nel 2013 il nuovo programma Erasmus+ per la programmazione 2014-2020. L'idea innovativa alla base di questo programma è illustrata nella comunicazione della Commissione relativa al bilancio per la strategia 2020[69], in cui si proponeva per il settore dell'istruzione di approvare un unico programma che offrisse maggiori sinergie tra i diversi ambiti sino a quel momento frazionati in diversi strumenti di finanziamento tra cui giova ricordare il programma per l'apprendimento permanente, nonché l'Erasmus Mundus[70].

Il programma Erasmus+ è stato approvato con il regolamento 1288/2013[71] che si basa sulla proposta della Commissione del 23 novembre 2011[72]. Questo regolamento, come le precedenti decisioni in materia, si fonda su entrambe le basi giuridiche relative all'istruzione e alla formazione professionale (articoli 165, par. 4, e 166, par. 4, TFUE). Come abbiamo evidenziato, in questi settori l'Unione gode esclusivamente di competenze di completamento, sostegno e coordinamento; in particolare nell'ambito di nuovo programma Erasmus+ l'azione dell'UE ha la funzione di incentivare e di coordinare le attività degli Stati membri che restano però i principali protagonisti nelle scelte delle politiche nazionali, nonché nell'attuazione delle medesime. Il programma Erasmus+ è gestito a livello centrale dalla Commissione europea (precisamente dall'Agenzia esecutiva per l'istruzione, gli audiovisivi e la

[67] In relazione all'obiettivo di promuovere l'istruzione in una dimensione globale, si vedano in particolare le conclusioni del Consiglio sull'internazionalizzazione dell'istruzione superiore, 2010/C 135/12, dell'11 maggio 2010; sulla modernizzazione dell'istruzione superiore, 2011/C 372/09, del 20 dicembre 2011; sulla dimensione globale dell'istruzione superiore europea, 2014/C 28/03, del 31 gennaio, 2014; nonché le comunicazioni della Commissione del 20 settembre 2011, relativa alla modernizzazione dell'istruzione superiore, COM(2011)567 def., e dell'11 luglio 2013, sull'istruzione superiore europea nel mondo, COM(2013)499 def.

[68] Cfr. i commenti all'articolo 9 TFUE di R. Cisotta, *Art. 9 TFUE*, in C. Curti Gialdino (dir.), *op. cit.*, p. 458 ss.; di L. M. Ravo, *Art. 9 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *op. cit.*, p. 401 ss.

[69] Comunicazione del 29 giugno 2011, Un bilancio per la strategia 2020, COM(2011)500 def.

[70] Come già ricordato programma di azione per l'apprendimento permanente a sua volta comprendeva i vari programmi comunitari di mobilità finalizzati a promuovere l'istruzione e la formazione durante l'intero arco della vita (cfr. decisione 1720/2006/CE, *supra* nota 51). Il programma Erasmus+ include nel suo ambito anche i precedenti programmi Gioventù in azione (istituito con decisione 1719/2006/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 novembre 2006) ed Erasmus Mundus (istituito con decisione 1298/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008).

[71] Regolamento (UE) n. 1288/2013 del Parlamento e del Consiglio, dell'11 dicembre 2013, che istituisce "Erasmus+": il programma dell'Unione per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport e che abroga le decisioni n. 1719/2006/CE, n. 1720/2006/CE e 1298/2008/CE.

[72] Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 novembre 2011, che istituisce Erasmus per tutti, il programma dell'Unione europea per l'istruzione, la formazione, la gioventù e lo sport, COM(2011)788 def.

cultura) che ha la principale responsabilità in materia di bilancio, nonché per stabilire le priorità, gli obiettivi e i criteri.

Ai termini degli articoli 34 e 35 del regolamento 1288/2013 alla Commissione è anche dato il potere di emanare atti delegati, nonché di approvare programmi di lavoro annuali con misure di esecuzione finalizzate a rendere operativi i principi e gli obiettivi fissati nel regolamento. La Commissione ha inoltre competenza esclusiva per attuare le azioni centralizzate del programma. Tuttavia, l'attuazione del programma Erasmus+ è essenzialmente decentralizzata: le agenzie nazionali svolgono le attività inerenti al programma al fine di portarlo "il più vicino possibile" ai suoi beneficiari, e adattarlo alle inevitabili differenze dei vari sistemi nazionali di istruzione, formazione e gioventù[73].

L'Erasmus+, come accennato, riunisce in un solo programma e sotto una sola "etichetta" (la più famosa) l'insieme di precedenti programmi del periodo 2007-2013, al fine di migliorare le sinergie e favorire l'integrazione delle diverse azioni nei settori dell'istruzione, della formazione e della gioventù. Contando su una dotazione finanziaria di 14,7 miliardi di euro, il programma sostiene un'ampia varietà di iniziative, alcune delle quali possono coinvolgere anche Paesi terzi. All'interno di quest'unico programma sono presenti però differenti ambiti individuabili con un'espressione composta dal marchio comune "Erasmus+" a cui segue la specifica denominazione che consente di identificare il settore di riferimento[74]. Per la mobilità nell'ambito dell'istruzione superiore si utilizza l'espressione "Erasmus+: Erasmus", proprio per offrire continuità con il primo programma di mobilità studentesca.

Il programma Erasmus+ è strutturato in differenti azioni. *L'azione chiave 1 (KA1)* riguarda la *mobilità individuale* e comprende: a) la mobilità di studenti, tirocinanti, volontari, professori, animatori giovanili, personale di istituti di istruzione/educazione e organizzazioni della società civile che intendono intraprendere un'esperienza di apprendimento o professionale all'estero; b) i titoli di *master* congiunti Erasmus Mundus; c) i prestiti destinati agli studenti di *master*. L'*azione chiave 2 (KA2)* sostiene la collaborazione in materia *di innovazione di scambio di buone pratiche* e concerne partenariati strategici, alleanze per la conoscenza e per le abilità settoriali, progetti di sviluppo delle capacità e piattaforme di supporto informatico.

---

[73] In Italia per l'attuazione del programma Erasmus+ sono state individuate tre diverse agenzie, in funzione delle specifiche competenze: l'agenzia INDIRE (Istituto nazionale documentazione innovazione ricerca educativa), che si occupa della parte del programma relativa all'istruzione scolastica, all'istruzione superiore, e all'educazione degli adulti; l'agenzia nazionale Erasmus+ INAPP, che è competente per l'istruzione e la formazione professionale ed è coordinata dall'agenzia nazionale per le politiche attive del lavoro (ANPAL); infine, l'agenzia nazionale per i giovani, coordinata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri-Dipartimento della Gioventù e del Servizio civile nazionale.

[74] Le denominazioni specifiche che riguardano i vari settori sono le seguenti: "Erasmus+: Comenius" in relazione ad attività che riguardano esclusivamente il settore scolastico; "Erasmus+: Erasmus" per l'istruzione superiore compresa quella universitaria ma solamente in riferimento ai Paesi aderenti al Programma, e non ai Paesi terzi; "Erasmus+: Mundus" per i titoli di *master* congiunti Erasmus; "Erasmus+: Leonardo Da Vinci" per ambiti dedicati esclusivamente a istruzione e formazione professionale; Erasmus+: Grundtvig per il settore di apprendimento degli adulti; Erasmus+: "Gioventù in azione" per le attività relative in modo esclusivo all'ambito dell'apprendimento giovanile non formale ed informale; "Erasmus+: Jean Monnet" per le attività collegate esclusivamente al settore dello studio sull'Unione europea; "Erasmus+: Sports" con riferimento esclusivo al settore dello sport, cfr. Commissione europea, *Guida al programma Erasmus*, versione 2(2017), del 20 gennaio 2017, p. 8.

L'*azione chiave 3 (KA3)*, infine, riguarda il sostegno *alla riforma delle politiche.* A queste tre azioni chiave si aggiungono sia quelle nel settore dello sport sia le diverse attività Jean Monnet che hanno lo scopo di diffondere ed approfondire la conoscenza degli studi sull'Unione europea.

I potenziali destinatari chiamati a presentare candidature per accedere ai finanziamenti del programma, ai sensi dell'art. 23 del regolamento 1288/2013, sono organismi pubblici o privati attivi nei settori dell'istruzione, della formazione, della gioventù o dello sport, nonché gruppi di giovani operativi nell'ambito dell'educazione socioeducativa. In particolare in relazione al settore dell'istruzione superiore le candidature possono essere presentate da tutti gli istituti superiori come le università, le accademie delle belle arti, le scuole superiori per mediatori linguistici dei Paesi aderenti che però devono aver previamente ottenuto la Carta Erasmus per l'istruzione superiore (ECHE-Erasmus Charter for higher education), ma anche da "consorzi di organizzazioni", e in determinati casi da singoli partecipanti.

I molteplici obiettivi del programma Erasmus+ si riallacciano alla strategia Europa 2020 con particolare riferimento all'ambito dell'istruzione, rispetto al quale si mira a rafforzare la cooperazione europea, in modo da garantire il riconoscimento e la convalida delle abilità e delle competenze anche oltre i confini statali. Per meglio realizzare questi obiettivi, vieppiù nella prospettiva di incrementare l'apprendimento permanente nel contesto europeo, si evidenzia l'opportunità di applicare nell'ambito del programma gli strumenti di cooperazione in materia di istruzione progressivamente approvati nell'Unione, tra i quali è importante ricordare il quadro unico dell'Unione per la trasparenza delle qualifiche e delle competenze (Europass)[75] e il sistema europeo di accumulazione e trasferimento dei crediti (ECTS) [76].

Il programma intende altresì favorire il multilinguismo, migliorare l'azione europea in materia di gioventù e la dimensione europea dello sport, nonché promuovere sul piano internazionale i valori fondanti dell'UE enunciati nell'art. 2 TUE.

Tra i molteplici profili del programma rileva la sua dimensione esterna, orientata a incentivare l'internazionalizzazione dell'istruzione e l'uso dell'apprendimento digitale, non solo nel settore dell'istruzione superiore, ma anche in quello della gioventù. Per quanto riguarda il potenziale coinvolgimento di Stati terzi, bisogna notare che le modalità di predisposizione dei progetti finanziati differiscono a seconda del Paese terzo interessato. Non tutti i Paesi, infatti, possono partecipare a ogni azione. Per questo motivo si distingue tra *Paesi aderenti al programma* e *Paesi partner*. Il primo gruppo riguarda Stati che possono partecipare a tutte le azioni e include tutti

[75] Il quadro unico dell'Unione per la trasparenza delle qualifiche e delle competenze (Europass) è stato istituito con la decisione 2241/2004/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 dicembre 2004.

[76] Il 26° 'considerando' del regolamento 1288/2013 fa esplicito riferimento a tutti i seguenti strumenti: il registro europeo delle agenzie di certificazione della qualità dell'istruzione superiore istituito ai sensi della raccomandazione 2006/143/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 febbraio 2006; il quadro europeo delle qualifiche (EQF) istituito ai sensi della raccomandazione 2008/C 111/1 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008; il sistema europeo di crediti per l'istruzione e la formazione professionale (EC-VET) istituito ai sensi della raccomandazione 2009/C 155/02 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009; il quadro europeo di riferimento per la garanzia della qualità dell'istruzione e della formazione professionale (EQAVET) istituito ai sensi della raccomandazione 2009/C 155/01 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009; e infine i già richiamati strumenti Europass ed ECTS.

gli Stati membri dell'UE nonché la ex-Repubblica iugoslava di Macedonia, l'Islanda, il Liechtenstein, la Norvegia e la Turchia[77]. I *Paesi partner* invece possono partecipare solo ad alcune azioni e sempre a condizione di rispettare i valori dell'UE enunciati nell'art. 2 TUE. Questo insieme di Paesi è organizzato in due diversi sottogruppi – *Paesi partner confinanti con l'UE* e *altri Paesi partner* –, ciascuno dei quali è ulteriormente suddiviso in varie categorie in funzione della regione geografica di appartenenza o di altra classificazione: ad esempio, i Paesi ACP sono riuniti in una sola categoria.

Nella relazione relativa ai risultati dei primi due anni di attuazione del programma Erasmus+, la Commissione europea ha evidenziato i risultati positivi raggiunti in termini di efficacia della spesa e di coinvolgimento degli interessati. In base ai dati presentati, infatti, con un *budget* di oltre 2 miliardi di Euro sono stati selezionati circa 20,000 progetti che contano 1,4 milioni di partecipanti e includono 69,000 organizzazioni[78]. Anche i dati quindi confermano che il nuovo programma continua a realizzare l'obiettivo già delineato negli anni ottanta di favorire la promozione dei valori europei attraverso la mobilità delle persone.

6. Il programma Erasmus è senza dubbio uno di quelli che ha avuto maggiore rilevanza nell'ambito del processo di integrazione europea, perché nel corso del tempo ha consentito di rafforzare il sentimento di appartenenza all'Unione europea e in questo modo di trasmettere, attraverso le esperienze personali, i valori su cui l'Unione si fonda. Tuttavia, come evidenziato nel corso di questo lavoro, non è stato facile individuare le basi giuridiche che consentissero di rendere operativa questa brillante idea sulla mobilità di studenti e docenti dell'istruzione superiore. L'esame delle problematiche collegate al fondamento giuridico del programma Erasmus consente di osservare la dinamica di tutto il processo di integrazione europea e delle modalità di ripartizione di competenze tra Stati membri e Unione.

Il punto di arrivo, il programma Erasmus+, conferma l'idea della continua evoluzione di questa "Unione di diritto" in cui l'istruzione diventa il veicolo per rafforzare altri ideali culturali, sociali e soprattutto democratici. Il nuovo programma coinvolge contemporaneamente vari settori di intervento, non riguarda più solo l'istruzione e la formazione professionale, ma anche lo sport e il volontariato. Nel programma si prevede in modo specifico la partecipazione di gruppi di giovani attivi in ambiti socioeducativi. Questa nuova visione del programma accompagna una nuova visione dell'Unione in cui a tutti i componenti della società è data la concreta possibilità di comprendere – attraverso le proprie esperienze personali – il significato del motto: "unita nella diversità". Il programma Erasmus non tocca più solo l'élite culturale dell'Europa delle università, ma si apre a tutta la cittadinanza attiva che, attraverso forme di scambi con soggetti che svolgono attività similari in altri Paesi (non solo europei), può sperimentare il significato dell'appartenenza all'Unione europea. Non

[77] Da sempre il programma Erasmus ha avuto l'obiettivo di promuovere la cooperazione "paneuropea" in materia di istruzione superiore, infatti il suo ambito territoriale di riferimento andava oltre il contesto della Comunità europea in quanto coinvolgeva numerosi Stati terzi.

[78] L'efficacia del programma trova conferma nella piena soddisfazione espressa dai 725.000 beneficiari che in questi primi due anni di attuazione hanno vissuto una "esperienza Erasmus+"; cfr. Commissione europea, *Erasmus+ Programme Annual Report 2015*, 2017, p. 73 (reperibile *online*).

resta che augurarsi che i prossimi anni di attuazione del programma Erasmus+ vedano un crescente coinvolgimento di soggetti che possano valorizzare l'impegno dell'Unione in tutti i settori interessati, non solo per rafforzare le conoscenze e le competenze dei cittadini dell'Unione e degli altri beneficiari in funzione di un miglioramento delle loro prospettive per l'inserimento in un contesto lavorativo di qualità, ma soprattutto per la diffusione di quei valori e ideali di pace e comprensione reciproca che, specie nel difficile momento attuale, è sempre più necessario difendere.

Abstract

The Erasmus Programme: 30 Years of Mobility to Promote EU Values

In the course of thirty years, more than three million people have benefitted from the Erasmus Programme, and they have had the opportunity of studying and living abroad. Through these cultural exchanges the participants of the programme have experienced first-hand the meaning of European integration. This paper aims to analyse the evolution of the Erasmus Programme from a legal perspective. First, the paper explains the problem in the '80s regarding the lack of EEC competence on education, so that the first decision which established the Programme was founded upon the legal basis dealing with vocational training policy. Second, it examines the changes made by the Maastricht Treaty concerning education, and characteristics of the new EC competence on that subject. Third, it addresses the new system of competence and its influence on educational policy introduced by the Lisbon Treaty. Lastly, the paper explains the characteristics of the new Erasmus+ Programme and its importance in reinforcing the European values.

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 365-384

Micaela Falcone*

La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'ambiente nel diritto dell'Unione europea tra Trattati, Carta dei diritti fondamentali e giurisprudenza. – 3. La tutela mediata dell'ambiente nel sistema di garanzia della CEDU e l'influenza esercitata sul sistema multilivello di protezione dei diritti dell'uomo. – 4. Il bilanciamento tra valori ambientali, economici e sociali. – 5. L'inquadramento giuridico della tutela ambientale nell'ordinamento italiano e le affinità con la giurisprudenza sovranazionale. – 6. Il caso dell'Ilva di Taranto al vaglio dei giudici nazionali ed europei. – 7. *Segue*: il ricorso promosso innanzi alla Corte EDU. – 8. Considerazioni conclusive.

1. La complessità della materia ambientale, caratterizzata da una spiccata vocazione interdisciplinare e dall'ampiezza delle problematiche sottese, rende ancora attuale la considerazione per cui l'ambiente sfugge a precise definizioni ed all'inserimento nelle tradizionali categorie giuridiche[1]. Ne è riprova l'ambiguità del dato normativo-lessicale, data la perdurante assenza di definizioni esplicite ed univoche sul piano del diritto primario negli ordinamenti nazionali, nei Trattati e nelle convenzioni internazionali.

La mancanza di un inquadramento sistematico della materia e la sua incoerenza normativa si riflettono sul rapporto con i diritti fondamentali in senso proprio, rispetto ai quali la tutela dell'ambiente talvolta si rende funzionale, come nel caso del diritto alla salute, e talaltra si pone in aperto contrasto, come avviene innanzi a ragioni di carattere economico che favoriscono la libertà di impresa e l'occupazione. Si pone allora la questione della qualificazione della natura giuridica della tutela ambientale rispetto ai diritti fondamentali della persona, per verificare se tra questi ultimi – in assenza di esplicita indicazione normativa – possa includersi anche il diritto a un ambiente salubre e, in conseguenza, se e in quali limiti la protezione

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nel Politecnico di Bari.

1 Così M. S. Giannini, *Diritto dell'ambiente e del patrimonio naturale e culturale*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1971, p. 1133.

dell'ambiente condizioni la fruizione degli altri diritti fondamentali e l'esercizio delle libertà ad essi legate. Tale valutazione deve tener conto della tendenza evolutiva dei diritti in questione – degli interessi ambientali in particolare –, che si realizza nell'ambito di un sistema di tutela multilivello caratterizzato da una spiccata permeabilità tra fonti, giurisdizioni e valori giuridici, e incide altresì sul margine di apprezzamento degli Stati nella declinazione delle norme convenzionali ed europee rispetto alle peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali[2].

La giurisprudenza (nazionale ed europea) in materia ha fatto crescente ricorso alla tecnica del bilanciamento, operando un giudizio di ponderazione tra interessi contrastanti. Questa operazione, tuttavia, si presenta di notevole complessità sia da un punto di vista oggettivo, per il rischio che vengano confrontati diritti, valori o principi che non dovrebbero essere posti sullo stesso piano, sia da un punto di vista soggettivo, trattandosi di un'attività che implica un grado di discrezionalità politica che dovrebbe essere limitato al legislatore ma che, di fronte all'incertezza del dato normativo, spesso si estende al potere giudiziario[3].

Questo contributo si propone di indagare il ruolo assunto dalla tutela ambientale rispetto ai tentativi di comporre il conflitto con gli interessi di natura economica nell'ambito del sistema multilivello di protezione dei diritti dell'uomo (sul piano sovranazionale dell'Unione europea, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) e nazionale per taluni profili di diritto italiano), anche alla luce dei rapporti tra le diverse giurisdizioni.

L'analisi si sofferma, da ultimo, sulla vicenda giudiziaria dello stabilimento siderurgico Ilva di Taranto, che esprime appieno la tensione sottesa al rapporto tra protezione dell'ambiente e attività umane, in cui le esigenze legate a un ambiente salubre si contrappongono alle ragioni dell'economia. Questo caso viene preso in esame non solo per la rilevanza assunta sul piano nazionale ed europeo, ma anche

---

[2] Tema diffusamente trattato, nella letteratura più recente, da G. Strozzi, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona, attualità e prospettive*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 837 ss.; U. Villani, *Tutela dei diritti fondamentali nel "dialogo" tra corti europee e giudici nazionali*, in L. Moccia (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 115 ss.; U. Villani, *La cooperazione tra giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Fragola (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Atti del convegno interinale SIDI, Napoli, 2012, p. 1 ss.; B. Nascimbene, *La centralità della persona e la tutela dei suoi diritti*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013, p. 9 ss.; S. M. Carbone, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 1 ss.; G. Caggiano, *La tutela europea dei diritti della persona tra novità giurisprudenziali e modifiche istituzionali*, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e corti nazionali*, Roma, 2014, p. 13 ss., reperibile *online*; S. Morano-Foadi, L. Vickers (eds.), *Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts*, Oxford, 2015; A. Di Stasi, *Garanzie "multilivello" e tutela sostanziale nella CEDU*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Padova, 2016, p. 3 ss.

[3] G. Pino, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 2006, p. 23 ss., cui si rinvia (anche) per l'ampia trattazione sul significato, la portata e le tipologie di bilanciamento. In argomento anche F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, p. 55 ss., e A. Morrone, *Bilanciamento*, in *Enciclopedia del diritto*, *Annali*, Milano, 2008, p. 185 ss.

per i recenti sviluppi relativi al ricorso presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo.

2. Secondo l'ordinamento giuridico dell'Unione europea, l'interesse ambientale non è configurabile come un diritto fondamentale dell'individuo avente natura sostanziale[4]. Ciò non esclude, tuttavia, il riconoscimento di una notevole rilevanza alla tutela dell'ambiente nell'ambito degli interessi garantiti dall'Unione, nonostante l'apparente contraddizione con l'impianto generale del sistema europeo fondato sul paradigma delle libertà economiche[5].

Posta l'assenza nel diritto primario dell'UE di un esplicito diritto soggettivo all'ambiente (o ambiente salubre), le disposizioni del Trattato ad esso relative sono: l'art. 3 TUE, che annovera il miglioramento della qualità dell'ambiente tra gli obiettivi dell'Unione; l'art. 11 TFUE, che afferma il principio di integrazione delle esigenze ambientali nelle altre politiche europee; l'art. 114 TFUE sul ravvicinamento delle legislazioni e gli articoli 191-193 TFUE, che illustrano obiettivi, principi e ambito di azione della politica ambientale dell'Unione[6].

Secondo queste norme, l'"elevato livello di tutela ambientale" si qualifica come uno degli scopi essenziali dell'Unione. Esso configura uno degli elementi costitutivi del più ampio concetto di sviluppo sostenibile, che esprime l'interdipendenza paritaria tra le istanze di tutela dell'ambiente ed il perseguimento degli obiettivi di sviluppo economico e sociale[7].

---

[4] N. de Sadeleer, *Enforcing EUCHR Principles and Fundamental Rights in Environmental Cases*, in *Nordic Journal of International Law*, 2012, p. 39 ss.; F. Munari, L. Schiano di Pepe, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012, p. 113 ss.; G. Cordini, *Crisi dello stato sociale, sostenibilità ambientale e tutela della salute*, in L. P. Tronconi (a cura di), *Unione europea e diritto alla tutela della salute: problematiche giuridiche comparate*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 19 ss.; L. Kramer, *EU Environmental Law*, London, 2016, VIII ed., p. 14 ss.

[5] A conferma dell'impostazione essenzialmente economico-mercantile che dominava il progetto iniziale di integrazione europea, U. Villani, *Tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 115 ss., ricorda anche l'assenza di riferimento ai diritti fondamentali nei testi originari dei Trattati istitutivi delle Comunità europee, introdotti nel diritto europeo solo grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Sul rapporto tra ambiente e libertà economiche v. R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in P. Dell'Anno, E. Picozza (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, *Profili generali*, I, Padova, 2012, p. 176 ss.

[6] Nell'ambito di una letteratura vastissima v. R. Ferrara (a cura di), *La tutela dell'ambiente,* Torino, 2006; M. Falcone, *Principi ambientali di diritto comunitario*, in A. Buonfrate (dir.), *Codice dell'Ambiente e normativa collegata, Le leggi commentate*, Torino, 2008, p. 13 ss.; L. Costato, S. Manservisi, *Profili di diritto ambientale nell'Unione europea*, Milano, 2012; M. Onida, *Titolo XX. Ambiente*, in C. Curti Giardino (dir.), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1452 ss.; A. Rizzo, *L'affermazione di una politica ambientale dell'Unione Europea. Dall'Atto Unico al Trattato di Lisbona*, in R. Giuffrida (a cura di), *Diritto europeo dell'ambiente*, Torino, 2012, p. 3 ss.; R. Rota, *op. cit.*, p. 151 ss.; M. Lee, *EU Environmental Law, Governance and Decision-Making*, Oxford, 2014; P. A. Pillitu, *Tutela dell'ambiente*, in F. Pocar, C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1752 ss.; S. Amedeo, *Titolo XX Ambiente*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1616 ss.; E. Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 203 ss.; L. Kramer, *op. cit.*, p. 8 ss.

[7] Pilastro fondante dell'azione ambientale internazionale, il principio dello Sviluppo sostenibile è stato formulato dalla famosa Commissione Brundtand (ONU, 1987) incaricata di esaminare le criticità del rapporto tra ambiente, crescita e consumo e qualificare una forma di sviluppo da contrapporre al tradizionale modello di espansione e progresso. Codificato dal Vertice mondiale di Rio de Janeiro del

Direttamente funzionale alla promozione dello sviluppo sostenibile è il principio di integrazione (art. 11 TFUE), in applicazione del quale l'interesse ambientale assume valenza procedurale di parametro di conformità delle altre politiche (e norme) dell'Unione, tale da giustificare misure restrittive all'esercizio delle libertà economiche[8]. Il principio di integrazione, che rappresenta la disposizione principale dell'azione ambientale dell'Unione, opera in una duplice veste: a monte, nella fase di produzione normativa, come vincolo per il legislatore, e a valle, come criterio ad uso degli organi giurisdizionali dell'Unione per l'interpretazione ed il controllo di legalità delle norme europee e di quelle nazionali di attuazione.

Sotto questo ultimo profilo, ferma restando la connotazione derogatoria delle restrizioni alle libertà economiche, i giudici di Lussemburgo hanno assunto un ruolo decisivo in ordine alla selezione degli interessi legittimanti le restrizioni e, nella loro attuazione, al rispetto dei principi di non discriminazione e proporzionalità[9]. Tra i criteri maggiormente utilizzati per verificare la giustificabilità di deroghe finalizzate alla tutela dell'ambiente è la "necessità ambientale", intesa quale meccanismo di bilanciamento tra interessi economici legati alla libera circolazione dei fattori produttivi e le esigenze di tutela di natura non economica[10].

La prospettiva adottata dal diritto dell'UE suggerisce, dunque, una dimensione procedurale più che sostanziale della tutela ambientale, che non ne attenua la portata poiché elevata dalla giurisprudenza ad obiettivo essenziale dell'Unione ed esigenza imperativa di interesse generale[11]. Come tale, essa può essere sottoposta ad un giudizio di ponderazione con altri obiettivi fondamentali dell'Unione e, se opportuno, giustificare misure restrittive alle libertà fondamentali di carattere economico.

Ne sono conferma (anche) gli articoli 114 e 193 TFUE, rispettivamente in materia di ravvicinamento delle legislazioni e di politica ambientale, che consen-

---

1992, è stato introdotto nel diritto primario dal Trattato di Amsterdam del 1999. Per tutti, v. L. Kramer, *op. cit.*, pp. 9 ss. e 397 ss.

8 In dottrina v. P. Leone, *Art. 11 TFUE* , in C. Curti Gialdino (dir.), *op. cit.*, p. 474 ss.; P. A. Pillitu, *Art. 11 TFUE*, in F. Pocar, C. Baruffi (a cura di), *op. cit.*, p. 173 ss.; S. Amadeo, *Art. 11 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *op. cit*., p. 407 ss.; L. Kramer, *op. cit.*, p. 21 ss. Per la giurisprudenza cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *Preussen Elektra* c. *Schhleswag*; del 13 settembre 2005, causa C-170/03, *Commissione* c. *Consiglio*, punto 42; del 15 novembre 2005, causa C-320/03, *Commissione* c. *Austria*, punto 73. Un esame di ulteriore giurisprudenza in M. C. Cavallaro, *Il principio di integrazione come strumento di tutela dell'ambiente*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2007, p. 473 ss.

9 Secondo il principio di proporzionalità, le misure di tutela ambientale non devono eccedere i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi perseguiti dalla normativa di cui trattasi e, potendo scegliere tra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva, in modo che anche le limitazioni al godimento di altri diritti non risultino sproporzionate rispetto agli scopi perseguiti: cfr., *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-189/01, *H. Jippes* c. *Minister van Landbouw*; del 7 luglio 2009, causa C-558/07, *The Queen* c. *Secretary of State for the Environment*, *Food and Rural Affairs*; del 8 luglio 2010, causa C-343/09, *Afton Chemical* c. *Secretary of State for Transport*.

10 Un'analisi dei casi di studio più noti in M. Montini, *La necessità ambientale nel diritto internazionale e contemporaneo*, Padova, 2001, p. 347 ss.

11 Sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 1988, causa 302/86, *Commissione* c. *Danimarca*, punti 8-9; del 14 dicembre 2004, causa C-309/02, *Radleberg* e *Spitz* c. *Land Baden-Württemberg*, punto 75 ss.; dell'11 dicembre 2008, causa C-524/07, *Commissione* c. *Austria*, punto 58, che indica anche la giurisprudenza pregressa.

tono agli Stati membri di applicare misure di tutela ambientale maggiori rispetto a quelle predisposte dal legislatore europeo[12]. La possibilità di ricorrere alle clausole di salvaguardia da parte degli Stati insoddisfatti dei livelli di tutela raggiunti dalla normativa UE è suscettibile – rispetto al bilanciamento dei contrapposti interessi – sia di verifica da parte della Commissione europea (cui vanno notificate le misure adottate), che di sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia. E proprio dalla giurisprudenza emerge, progressivamente rafforzato, il collegamento tra la protezione dell'ambiente e la tutela della salute umana, obiettivo esplicito dell'art. 191 TFUE e di una serie sempre maggiore di atti di normazione secondaria. Va evidenziato, difatti, che la maggior parte delle deroghe nazionali avallate dalla Corte di giustizia sono giustificate, in attuazione dei principi di prevenzione e precauzione, dall'esigenza di evitare rischi certi o potenziali per la salute umana, purché suffragati da dati scientifici affidabili.

Nella prassi, dunque, l'interesse ambientale si è concretizzato in una tutela integrata di ambiente e salute, realizzata tramite l'estensione dell'ambito di applicazione dei principi di precauzione e prevenzione al di là della materia ambientale per la quale erano stati inizialmente formulati. Questa estensione, in particolare al campo della salute pubblica (il cui ambito comprende la protezione dei consumatori e la sicurezza sul lavoro), si palesa sia nel dato letterale della comunicazione della Commissione sul principio di precauzione[13] che nella vasta giurisprudenza della Corte di giustizia[14].

Inoltre, il crescente riconoscimento accordato agli interessi ambientali nell'ordinamento europeo si evince, in un'ottica più in generale, anche dalla progressiva imposizione di vincoli ambientali in settori quali la *green economy*, gli appalti pubblici e la materia degli aiuti di Stato.

È stato osservato in proposito come più che un "diritto" all'ambiente azionabile dal singolo si sia progressivamente delineata una "responsabilità" comune e condivisa a proteggere e migliorare l'ambiente, prevalentemente rivolta a Stati ed istituzioni europee[15].

In linea con questa lettura si pone anche l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali[16]che, contrariamente alle aspettative originate dalla collocazione di una disposizione *ad hoc* al suo interno, non afferma un diritto fondamentale all'ambiente ma stabilisce un principio di interesse generale che impone ai pubblici poteri – istituzioni UE e Stati membri – un obbligo di valutazione degli aspetti ambientali nella

---

12 Sugli aspetti generali del ricorso a questi articoli e la relativa giurisprudenza v. S. Amadeo, *op. cit.*, p. 411 ss.; L. Kramer, *op. cit.*, p. 122 ss.

13 Del 2 febbraio 2000, COM(2000)1 def.

14 Emblematici i casi della c.d. "mucca pazza" (sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 1998, cause C-157/96, *The Queen* c. *Ministry of Agriculture*, e C-180/96, *Regno Unito* c. *Commissione*), dei medicinali nocivi (sentenza del Tribunale del 28 gennaio 2003, causa T-147/00, *Les Laboratoires Servier* c. *Commissione*) e del tasso eccessivo di pesticidi nella frutta (sentenza del Tribunale del 10 marzo 2004, causa T-177/02, *Malagutti-Vezinhet SA* c. *Commissione*).

15 F. Munari, L. Schiano di Pepe, *op. cit.*, p. 123 ss., anche per considerazioni critiche sull'esistenza di un diritto fondamentale all'ambiente.

16 L'art. 37 sulla tutela dell'ambiente dispone che "un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione e garantiti conformemente al principio dello sviluppo sostenibile".

definizione ed attuazione delle politiche europee[17]. Guardando alla formulazione della norma, rispetto alla quale è stata evidenziata (ed apprezzata) l'utilità in sede interpretativa a favore degli interessi ambientali[18], si deve tuttavia riconoscere che l'art. 37 della Carta non contribuisce a rafforzare il concetto di tutela ambientale rispetto agli strumenti di carattere procedurale già presenti nel diritto dell'Unione[19]. Questa disposizione, in sostanza, riformula il contenuto del principio di integrazione (art. 11 TFUE) nei termini di un obbligo di garanzia, nella misura in cui gli obiettivi di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente sono introdotti nelle politiche dell'UE e garantiti conformemente alle più ampie finalità perseguite dallo sviluppo sostenibile[20].

Alla luce di quanto illustrato, l'azione della giurisprudenza ed il dettato normativo suggeriscono il ricorso a regolari operazioni di bilanciamento che, in linea con la logica sottesa al principio di integrazione e al concetto di sviluppo sostenibile, esclude in partenza rigide gerarchie di interessi, predisponendosi alla ricerca di punti di equilibrio nella giustificazione delle deroghe ai principi economici[21].

In particolare, le finalità di tutela ambientale comportano un duplice tipo di bilanciamento nell'ordinamento giuridico europeo. Da un lato, come accennato, un bilanciamento orizzontale con gli interessi – spesso contrapposti – perseguiti all'interno delle diverse politiche europee[22]; dall'altro, un bilanciamento verticale, poiché la natura concorrente della politica ambientale, regolata dal principio di sussidiarietà, impone la valutazione degli interessi ambientali nell'organizzazione dei diversi livelli decisionali, al fine di realizzare un corretto equilibrio tra le esigenze di uniformità degli interventi europei (evidentemente più efficaci per le problematiche transnazionali) ed il rispetto delle peculiarità ed autonomie nazionali.

3. Nella CEDU la tutela dell'ambiente non è oggetto di specifica disposizione. Rispetto a tale omissione, tuttavia, il diritto all'ambiente è stato progressivamente

[17] Secondo le indicazioni di cui all'art. 52, par. 5, della Carta in tema di portata ed interpretazione dei diritti e dei principi: cfr. M. Onida, *Art. 37 – Tutela dell'ambiente*, in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *Carta dei Diritti fondamentali*, Milano, 2017, pp. 691 ss., e bibliografia ivi citata. Commentando la Carta, U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 51 s., evidenzia, più in generale, la scarsa chiarezza nella distinzione tra diritti, direttamente invocabili dal loro titolare dinanzi agli organi giudiziari, e i principi (tra i quali l'ambiente) che, attuati da Stati membri e istituzioni europee, acquistano rilevanza innanzi ai giudici al solo fine di interpretazione o valutazioni di legittimità degli atti di attuazione, ma non possono essere esercitati in via giudiziaria. Sul punto anche E. Triggiani, *op. cit*., p. 195 ss.

[18] Posto il frequente richiamo all'art. 37 da parte degli Avvocati generali e la conformità delle decisioni da parte della Corte di giustizia (anche se non citano esplicitamente l'art. 37 nelle proprie sentenze): così M. Onida, *op. cit*., p. 704 s., con riferimento alle sentenze della Corte di giustizia del 10 giugno 2004, causa C-87/02, *Commissione* c. *Repubblica italiana*; dell'11 aprile 2013, causa C-260/11, *Edward* e *a.* c. *Environment Agency* e *a.*; del 26 settembre 2013, causa C-195/12, *Industrie du bois de Vielsam & CIE* c. *Region Wallonne*.

[19] M. Onida, *op. cit*., p. 707.

[20] Cfr. S. Amadeo, *op. cit.*, p. 408.

[21] Cfr. R. Rota, *op. cit.*, p. 180 s.

[22] Posto che le esigenze ambientali, informate al principio di integrazione, divengono un parametro dell'azione europea e giustificano l'adozione di misure restrittive alle libertà fondamentali sancite dall'Unione.

riconosciuto ed affermato in via pretoria, secondo un percorso in cui si riflette l'accresciuta sensibilità sociale alla tematica *de qua* e trova conferma l'ormai famoso assunto secondo il quale la Convenzione è uno "strumento vivente", da interpretare alla luce delle concezioni prevalenti nella società[23]. L'ambiente emerge dalla giurisprudenza della Corte europea per lo più come oggetto mediato di tutela, strumentale ad assicurare il rispetto di altri diritti fondamentali dell'individuo sanciti dalla Convenzione.

Il diritto ad un ambiente salubre, più in dettaglio, è stato ricavato e tutelato attraverso l'interpretazione evolutiva e progressista di due articoli della CEDU, l'art. 8 sul rispetto del domicilio e della vita privata e familiare e l'art. 2 sul diritto alla vita[24]. Secondo la Corte di Strasburgo, le citate norme contengono nozioni che, per l'ampiezza della loro formulazione, non possono essere oggetto di una definizione esaustiva e ben si prestano ad una interpretazione evolutiva[25]. Attraverso l'applicazione dell'art. 8 CEDU, infatti, la Corte ha potuto sanzionare casi di inquinamento industriale che avevano gravemente pregiudicato il diritto al godimento di un ambiente sano e salubre menomando il benessere degli individui ed incidendo sulla loro vita privata e familiare. In assenza di una norma esplicita, la giurisprudenza della Corte EDU ha stabilito due condizioni per il ricorso all'art. 8 CEDU, ovvero che il pregiudizio recato all'ambiente produca un effetto diretto negativo sulla vita privata e familiare dei ricorrenti e che detto effetto raggiunga un certo livello di gravità, da valutare di volta in volta[26].

Il riferimento all'art. 8 e, in seguito, all'art. 2 della Convenzione ha consentito di estendere l'ambito di applicazione oggettivo delle misure di tutela ambientale anche ai casi di inquinamento meno gravi e di intervenire tempestivamente rispetto a compromissioni dell'ambiente tali da danneggiare la salute o la vita degli individui.

Tra gli aspetti salienti che hanno caratterizzato l'evoluzione della giurisprudenza in materia rileva la valorizzazione degli obblighi positivi a carico degli Stati contraenti che, superando l'incertezza del dettato normativo dell'art. 8 CEDU, ha

---

23 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx* c. *Belgio*.

24 In dottrina v. S. Giordano, *L'interpretazione evolutiva della Corte europea dei Diritti dell'Uomo in materia di tutela dell'ambiente*, in *Pace diritti umani*, 2006, p. 125 ss.; V. Esposito, *Danno ambientale e diritti umani*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2010, reperibile *online*; F. Munari, E. Ruozzi, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti Uman*i, Napoli, 2011; N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 60 ss.; C. Pitea, *Articolo 8*, in S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky (dir.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 349 ss.; A. Scarcella, *Giurisprudenza Cedu e diritto dell'ambiente: i principali filoni della Corte di Strasburgo*, in *Ambiente e sviluppo*, 2013, n. 2, p. 129 ss.; M. Lee, *op. cit*., p. 24 ss.; G. D'Avino, *Il diritto di vivere in un ambiente salubre (art. 8 CEDU)*, in A. Di Stasi (a cura di), *op. cit.*, p. 821 ss.; L. Tafaro, *Disastri ambientali, tutela dallo sviluppo e nuove concezioni del diritto alla vita nel sistema italo-comunitario*, in A. F. Uricchio (a cura di), *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e le attività del polo "Magna Grecia"*, Bari, 2014, p. 67 ss.

25 Sentenza del 29 aprile 2002, *Pretty* c. *Regno Unito*, par. 61.

26 V. le sentenze del 9 dicembre 1994, *Lopez Ostra* c. *Spagna*; dell'8 luglio 2003, *Hatton* e *a*. c. *Gran Bretagna*; del 10 novembre 2004, *Taskin* e *a*. c. *Turchia*; del 16 novembre 2004, *Moreno Gomez* c. *Spagna*; del 9 giugno 2005, *Fadejeva* c. *Russia*; del 19 ottobre 2006, *Giacomelli* c. *Italia*; del 10 gennaio 2012, *Di Sarno* e *a*. c. *Italia*.

contribuito a rafforzare la protezione dei valori convenzionalmente garantiti[27]. In particolare, la Corte ha affermato che l'intervento normativo nazionale a specifica tutela della salubrità ambientale si impone per le attività pericolose, in ragione del pregiudizio che le minacce di grave entità per l'ambiente e i rischi di inquinamento diffuso potrebbero recare al diritto alla vita tutelato espressamente dall'art. 2 CEDU[28].

È significativa, ancora, la considerazione per i diritti delle future generazioni, che ha consentito alla Corte di estendere l'ambito di applicazione soggettivo degli interventi di tutela ambientale[29].

In questo percorso si evidenzia l'esercizio di un'influenza sempre maggiore della Corte europea sulle altre giurisdizioni che compongono il sistema multilivello di garanzia dei diritti fondamentali: il riferimento al benessere dell'uomo, utilizzato dai giudici di Strasburgo per ovviare all'assenza di riferimenti normativi nel sistema della Convenzione, è infatti accolto dai giudici europei e nazionali per rendere più efficace, attraverso strumenti di tutela ambientale, la protezione del diritto alla vita e alla salute, che costituiscono i diritti fondamentali per eccellenza.

Anche dalla giurisprudenza della CEDU si ricava una dimensione prevalentemente procedurale della tutela ambientale, nella misura in cui i giudici di Strasburgo hanno mostrato maggiore propensione ad accertare se vi fossero omissioni rilevanti nel processo di bilanciamento di valori da parte degli Stati nell'adempimento degli obblighi positivi a essi incombenti, piuttosto che a sancire il carattere fondamentale del diritto a vivere in un ambiente salubre. L'affermazione della Corte, secondo la quale "gli imperativi economici e perfino alcuni diritti fondamentali (…) non dovrebbero vedersi accordare la priorità di fronte a considerazioni riguardanti la tutela dell'ambiente"[30], depone altresì nel senso di considerare l'ambiente come termine di bilanciamento.

4. La crescente attenzione dedicata dai giudici della CEDU alla tutela ambientale quale strumento indiretto per una maggiore garanzia dei diritti fondamentali esplicitamente tutelati contribuisce a delineare, sul piano internazionale, un rinnovato modello di sviluppo orientato alla progressiva compressione della propria prevalente componente economica.

---

[27] Ai sensi dell'art. 8 CEDU, il confine tra obblighi positivi e negativi a carico degli Stati contraenti appare incerto, nel senso che il vincolo di rispetto per la vita familiare implica per gli Stati l'obbligo negativo di non ingerenza nella sfera privata degli individui e quello positivo di adottare misure inerenti al precetto stesso; il controllo sul corretto bilanciamento tra gli interessi concorrenti dell'individuo e della collettività spetta alla Corte. Cfr., in particolare, le sentenze del 19 febbraio 1998, *Guerra* c. *Italia*, e del 10 febbraio 2001, *Dubetska* e *a*. c. *Ucraina*.

[28] Sulla protezione del diritto alla vita in materia di inquinamento ambientale v. le sentenze del 30 novembre 2004, *Oneryildiz* c. *Turchia*, e del 28 agosto 2008, *Budayeva* e *a.* c. *Russia*.

[29] Al di là dei rilievi mossi in dottrina sull'opportunità di attribuire o meno diritti soggettivi alle future generazioni, è agevole rilevare come una tutela efficace che consenta, in sostanza, di trasmettere l'ambiente "salubre" ai posteri, debba necessariamente configurarsi secondo un modello di responsabilità infra-generazionale (sentenza dell'8 gennaio 2009, *Mangouras* c. *Spagna*). Sul punto L. Tafaro, *op. cit*., p. 72 ss.

[30] Sentenza del 27 febbraio 2008, *Hamer* c. *Belgio*, par. 79 (la pronuncia riguarda però il diritto di proprietà).

Questo profilo suggerisce alcune considerazioni sulla tendenza evolutiva del concetto dello sviluppo sostenibile che, generalmente letto come una norma programmatica dalla scarsa portata operativa, è interpretato in dottrina come dovere di bilanciamento fra tutela ambientale, progresso economico e istanze sociali.

Sin dalla sua affermazione, tuttavia, è stata evidenziata l'assenza di equilibrio tra le tre diverse componenti e, nell'Unione europea in particolare, la portata meno incisiva delle iniziative ambientali rispetto alle altre azioni. Tanto non solo per la naturale preponderanza degli interessi economici legati alla sua origine mercantile ma, plausibilmente, anche per l'assenza di un equivalente riconoscimento al diritto all'ambiente, la cui tutela assume una valenza attenuata e derogatoria rispetto all'esercizio delle libertà economiche[31].

In realtà, la prevalenza della dimensione economica delle libertà fondamentali è stata evidenziata anche rispetto alla tutela dei diritti sociali, terzo elemento costitutivo del concetto di sviluppo sostenibile. Questo squilibrio si rileva, peraltro, nonostante l'espresso riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali nella Carta di Nizza (a differenza degli interessi ambientali), ove assumono, quanto a struttura e valore, la stessa fisionomia delle libertà classiche; e, ancora, nonostante la Corte di giustizia abbia esplicitamente riconosciuto alla tutela dei diritti fondamentali la capacità di limitare obblighi derivanti dalle libertà fondamentali garantite dai Trattati[32.] Tale equipollenza affermata dalla Corte è tuttavia rimasta sul piano teorico poiché la giurisprudenza, a fronte di un ideale inserimento dei diritti sociali in un "circuito di bilanciamento con le libertà fondamentali", nella prassi ne ha condizionato l'effettività, limitandone di fatto portata ed affermazione[33].

Sembra di dover ricavare, dunque, una funzione ancillare delle esigenze ambientali e sociali rispetto alle istanze di sviluppo economico, la cui prevalenza nell'ambito del concetto di sviluppo sostenibile si giustificherebbe, secondo alcuni, soprattutto in ragione del momento storico attuale, caratterizzato da una profonda crisi economico-finanziaria internazionale[34].

Ma questa lettura si è nel tempo prestata ad un correttivo che, suggerito dall'evoluzione giurisprudenziale in materia ambientale e avallato dalla dottrina, apre alla prospettiva di una diversa dimensione procedurale in cui lo sviluppo sostenibile

---

31 M. Onida, *op. cit*., p. 699. La dottrina richiamata si riferisce principalmente a N. de Sadeleer, *op. cit.*, p. 48; M. Lee, *op. cit*., p. 67, nonché L. Kramer, *op. cit.*, p. 397.

32 Così E. Triggiani, *op. cit*., p. 188 ss., cui si rinvia per una più ampia trattazione e l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia sull'equivalenza gerarchica tra diritti e libertà fondamentali. Particolarmente significative, sul punto, le sentenze del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger* c. *Austria*, punto 74, e del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, punto 35. In argomento v. anche S. Sciarra, *Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in B. Caruso, M. Militello (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, in *Working papers del centro Studi "Massimo D'Antona"*, 2011, p. 78 ss., reperibile *online*.

33 E. Triggiani, *op. cit.*, p. 189.

34 Secondo M. Onida, *op. cit*., p. 700, ne è conferma il linguaggio utilizzato nell'art. 3, par. 3, TUE e nel VII Programma generale d'azione ambientale dell'UE (decisione 1386/2013/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 novembre 2013) in cui sono preponderanti i temi economici.

possa superare la "valenza antitetica di limite tra valori contrapposti" per assumere un "diverso significato di convergenza" verso obiettivi condivisi[35].

In questa direzione sembra potersi evidenziare, innanzitutto, che i diritti sociali si declinano in tutele eterogenee, per loro natura inclini alla definizione di obiettivi integrati. Essi, infatti, sono in alcuni casi più vicini agli interessi economici (come il diritto al lavoro, l'accesso ai servizi di interesse generale, le prestazioni di sicurezza sociale) ed in altri alla tutela dell'ambiente (come il diritto alla salute, la protezione dei consumatori, le condizioni di lavoro).

Anche le novità introdotte dal Trattato di Lisbona appaiono orientate ad un avvicinamento tra le diverse istanze: basti ricordare la prospettiva aperta dalla "clausola sociale orizzontale" di cui all'art. 9 TFUE, secondo la quale l'UE deve tenere conto dei profili sociali in tutte le sue politiche[36].

In una prospettiva di convergenza, dunque, gli obblighi positivi di tutela dei diversi interessi divengono progressivamente modalità di attuazione dei valori fondativi dell'ordinamento giuridico sovranazionale unitariamente inteso quali, in particolare, la "dignità umana" ed il principio di "solidarietà", declinati in una rafforzata dimensione sociale e di equità inter ed intra-generazionale[37].

È indicativo, ancora, per confermare questa lettura, che nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE la tutela ambientale sia collocata assieme al diritto alla salute e alla maggior parte dei diritti sociali nel titolo IV dedicato alla "Solidarietà", segnale di come l'adempimento dei doveri di solidarietà ambientale, pur con carattere di specificità e di autonomia rispetto ad altri doveri di natura economica, costituisca strumento per la realizzazione degli obiettivi di tutela e sviluppo della persona umana nelle sue molteplici componenti[38]. Del resto, è noto che l'approvazione della Carta di Nizza ha portato ad un significativo rafforzamento del sistema di protezione dei diritti umani rispetto al quadro normativo preesistente. Essa ha contribuito non solo ad esaltare il ruolo dei diritti fondamentali, unificandoli attorno ai valori fondanti del sistema giuridico europeo, ma ha anche consentito di accrescere al proprio interno l'incidenza della CEDU, con il conseguente rafforzamento del sistema mul-

[35] Tra virgolette R. Giovagnoli, *Problematiche giuridiche della protezione dell'ambiente*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2015, p. 12 s., che intravede una convergenza tra le diverse istanze nel parametro della migliore qualità della vita, come ad es. per i settori delle energie rinnovabili e dei rifiuti utilizzati per la produzione di energia. Orientamento condiviso anche da G. Cocco, *Nuovi principi ed attuazione della tutela ambientale tra diritto comunitario e diritto interno*, in S. Grassi, M. Cecchetti, A. Andronio (a cura di), *Ambiente e diritto*, Firenze, 1999, p. 154 ss., e L. Buffoni, *La "dottrina" dello sviluppo sostenibile e della solidarietà generazionale. Il giusto procedimento di normazione ambientale*, in *federalismi.it*, 2007, n. 8, p. 5 ss.

[36] Cfr. il parere del Comitato economico e sociale europeo, del 26 ottobre 2011, Rafforzare la coesione e il coordinamento dell'UE in campo sociale grazie alla nuova clausola sociale orizzontale di cui all'articolo 9 del TFUE.

[37] Cfr. L. Tafaro, *op. cit*., p. 78. Sui valori e principi dell'UE dopo la riforma di Lisbona v. E. Triggiani, *op. cit.*, p. 11 ss. In tema di diritto allo sviluppo, anche nella declinazione di diritto umano "solidale", v. U. Villani, *Studi su La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Roma, 2005, p. 75 ss.

[38] Sulle analogie con l'interpretazione degli articoli 2 e 3 Cost. per quanto attiene alla tutela dell'ambiente come valore costituzionale di solidarietà v. F. Fracchia, *La tutela dell'ambiente come dovere di solidarietà*, in *Il diritto dell'economia*, 2009, p. 491 ss.

tilivello di protezione dei diritti umani, basato sulla molteplicità dei meccanismi di garanzia e sull'attività giudiziaria delle Corti nazionali e internazionali[39].

Il dialogo tra Corti, in particolare, si rivela indispensabile innanzi ad operazioni di bilanciamento tra diritti e valori primari, perché il controllo di ragionevolezza esercitato dai giudici consente di raggiungere risultati impraticabili con il solo approccio normativo; infatti, le operazioni di bilanciamento tra interessi contrastanti, pur fondate su criteri quali la proporzionalità e l'adeguatezza, sono necessariamente influenzate dal caso concreto, in cui è possibile che concorrano circostanze diverse anche per fattispecie simili[40].

Rimane la consapevolezza che il bilanciamento tra diritti economici, sociali e ambientali costituisce un'operazione complessa, arricchita, ma non sempre facilitata, dal dialogo tra Corti per i diversi presupposti alla base dei relativi giudizi. Difatti, il bilanciamento che può essere operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è diverso da quello della Corte di giustizia perché "la prima pone la persona come termine essenziale di confronto mentre la seconda non può trascurare che le libertà economiche sono i pilastri su cui si è cercato di edificare il mercato unico"[41]. È tuttavia nel confronto tra diritti e libertà che si supera la prospettiva di una tutela meramente formale a favore di garanzie sostanziali delle istanze alla base dello sviluppo sostenibile che gli conferiscano efficacia traducendolo in regole applicative.

In una prospettiva a lungo termine, questo potrebbe consentire di superare la percezione dell'ambiente quale componente "debole" dello sviluppo sostenibile, in modo da valorizzare l'interdipendenza dei suoi pilastri costitutivi e contribuire ad una definizione più chiara del ruolo della tutela ambientale.

5. La difficoltà di definire il ruolo della tutela ambientale nell'ordinamento giuridico sovranazionale è accresciuta dalla circostanza che le costituzioni degli Stati membri assumono posizioni eterogenee rispetto al valore giuridico ad essa attribuito[42].

Guardando all'ordinamento giuridico italiano, la concezione valoriale dell'ambiente mostra, attraverso l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001, crescente affinità con la prospettiva adottata negli ordinamenti sovranazionali di UE e CEDU, a fronte di un'impostazione iniziale decisamente diversa.

Prima della riforma del titolo V, infatti, l'orientamento affermato dalla Corte costituzionale era favorevole a una gerarchia di valori che accordava una seppur implicita prevalenza al diritto alla salute e alla tutela dell'ambiente quale interesse pubblico di valore "primario" e "assoluto", esente da ogni procedura di bilanciamento[43].

---

39 E. Triggiani, *op. cit.*, p. 184 s.

40 Cfr. G. Vettori, *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione fra due crisi*, in *Persona e Mercato*, 2011, n. 1, p. 8, reperibile *online*.

41 *Ibidem*.

42 Alcune costituzioni considerano l'ambiente quale valore costituzionale, altre riconoscono un diritto soggettivo all'ambiente salubre, altre ancora non contengono disposizioni specifiche e la tutela dell'ambiente è rimessa esclusivamente all'attività giurisdizionale.

43 In particolare v. le sentenze n. 151 del 27 giugno 1986 e n. 641 del 30 dicembre 1987. Sul ruolo della Corte costituzionale alla luce della riforma del titolo V, cfr. L. Nannipieri, *Il ruolo della Corte*

Siffatto indirizzo originava dall'interpretazione creativa degli articoli 2 (riconoscimento e garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo), 9 (tutela del paesaggio) e 32 (diritto alla salute) della Costituzione ad opera della Consulta, che in tal modo garantiva rilievo costituzionale all'interesse ambientale prima ancora che la sua tutela fosse contemplata nel testo costituzionale.

Particolarmente efficace, sin da principio, il legame con il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost. È affermazione condivisa, infatti, che la dimensione sociale del diritto alla salute esprima (e comporti) un diritto alla salubrità ambientale, fondata sulla acquisita consapevolezza che una effettiva fruizione dei diritti alla vita, alla salute ed all'integrità psico-fisica non sia possibile se non all'interno di un contesto ambientale salubre[44].

La riforma costituzionale del 2001 ha elevato la tutela dell'ambiente a livello costituzionale, coronando "un percorso di tutela sempre più consapevole, incisivo, avanzato, che colloca l'ambiente tra i valori primari dell'ordinamento repubblicano e la sua assunzione tra i principi fondamentali"[45]. La modifica dell'art. 117 Cost., che per la prima volta menziona nel testo costituzionale la tutela ambientale assegnandola alla competenza esclusiva dello Stato[46], ha infatti portato ad accogliere una nuova configurazione dell'ambiente come "materia" in senso tecnico, affiancando alla precedente connotazione teleologica una concezione oggettivistica e finalistica[47].

Così, smorzato l'iniziale slancio idealistico, l'ambiente assume una valenza complessa e poliedrica: anzitutto come valore, in cui si conferma la tradizionale interpretazione del combinato disposto degli articoli 2, 9 e 32 Cost., ma anche come materia trasversale ed intersettoriale, sulla quale insistono interessi diversi[48] e che coinvolge le diverse articolazioni statali e le rispettive competenze[49].

---

nella definizione della materia ambientale, 2010, reperibile *online*, p. 1 ss.

44 S. Palmisano, *Del "diritto tiranno". Epitome parziale di un'indagine su cittadini al di sopra di ogni sospetto*, in *Questione Giustizia*, 2014, n. 2, p. 111 ss., illustra come la Corte costituzionale abbia a lungo attribuito una priorità assoluta al diritto alla salute e all'ambiente salubre. V. anche G. Cordini, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2009, p. 611 ss.

45 P. Dell'Anno, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, Relazione al Convegno nazionale "La Costituzione Repubblicana, fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive", Roma, 2008, lexambiente.com, pubblicato con il medesimo titolo in *Ambiente & Sviluppo*, 2009, p. 285.

46 Sentenze della Corte costituzionale n. 307 del 1° ottobre 2003 e n. 166 del 7 giugno 2004: con riferimento alla nuova definizione della competenza legislativa esclusiva dello Stato, la Corte precisa che la normativa statale è punto di equilibrio non derogabile.

47 Per una trattazione più ampia L. Nannipieri, *op. cit.*, p. 4 ss.

48 Interessi legati ad utilizzazione e conservazione: cfr. la sentenza della Corte costituzionale n. 378 del 5 novembre 2007.

49 Per la giurisprudenza costituzionale sull'esercizio delle competenze in materia ambientale v. P. Maddalena, *La nuova giurisprudenza costituzionale in tema di tutela ambientale*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2012, p. 5 ss. Si vedano anche D. Porena, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in *federalismi.it*, n. 2, 2009; E. Cannizzaro, *Il bilanciamento fra diritti fondamentali e l'art. 117, 1° comma, Cost.*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 128 ss.

In seguito alla riforma del titolo V della Costituzione, la Consulta ha inaugurato, e sviluppato a partire dal 2007, un nuovo orientamento giurisprudenziale che, ispirato ad una lettura più aderente al novellato testo costituzionale, si basa sul riconoscimento di una connotazione oggettiva e finalistica all'ambiente in quanto oggetto ed obiettivo di tutela, rispetto al quale l'art. 117 Cost. promuove una competenza concorrente tra Stato e Regioni[50].

Senza soffermarci oltre sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale che ha accompagnato la mutata concezione giuridica dell'ambiente nel tentativo di un inquadramento sistematico, ci limitiamo a rilevare come i diversi approcci interpretativi ed i corrispondenti filoni giurisprudenziali (che, non privi di contraddizioni, sono prova delle difficoltà ermeneutiche per la qualificazione dell'interesse ambientale nel nostro ordinamento), abbiano progressivamente contribuito a temperare l'iniziale concezione dell'ambiente quale valore assoluto e sovraordinato ad altri interessi costituzionalmente tutelati, avvicinando la prospettiva nazionale a quella adottata negli ordinamenti sovranazionali che invece accolgono la tutela dell'ambiente quale parametro di bilanciamento tra interessi contrapposti.

Una conferma in questa direzione si individua nella pronuncia resa nel 2013 sul caso dello stabilimento Ilva di Taranto, che si pone nel segno della continuit*à con* l'inversione di tendenza avviata dalla Consulta nel 2007.

6. La vicenda dello stabilimento Ilva di Taranto, il polo siderurgico più grande d'Europa, esprime appieno – come accennato in premessa – le criticità del rapporto tra protezione dell'ambiente e attività umane. Essa vede contrapporsi le esigenze legate a un ambiente salubre quale presupposto di salute, alle ragioni dell'economia, rispetto alle quali risparmio, occupazione e contenimento della spesa pubblica divengono parametri privilegiati per l'attività della amministrazione e per l'interpretazione delle norme[51].

Il caso Ilva rileva, in questa sede, sia per l'importanza del giudicato costituzionale sul bilanciamento tra diritti confliggenti sia perché oggetto di ricorso anche innanzi alle giurisdizioni di UE e CEDU, sebbene per motivazioni (parzialmente) diverse.

---

[50] Il nuovo orientamento giurisprudenziale prende avvio con le sentenze n. 367 del 24 ottobre 2007 e la citata n. 378 del 2007. Di rilievo anche la sentenza n. 225 del 14 luglio 2009 in cui la Corte ricostruisce, attraverso le proprie pronunce, l'evoluzione del percorso interpretativo.

[51] Tra i numerosissimi scritti, per la ricostruzione della vicenda sotto diversi profili, v. M. Massa, *Il diritto del disastro. Appunti sul caso Ilva*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 2/2013; A. F. Uricchio, *Il disastro ambientale di Taranto. Gli interventi finanziari e fiscali per fronteggiare il grave inquinamento*, in A. F. Uricchio (a cura di), *op. cit.*, p. 87 ss.; M. A. Pasculli, *L'Ilva spa sotto sequestro. Riflessioni penalistiche in divenire*, *ivi*, p. 309 ss.; G. Bucci, *L'Ilva come laboratorio di uno Stato neo-corporativo tra conflitti di potere e disastri socio-ambientali*, in G. Luchena, V. Teotonico (a cura di), *La nuova dimensione istituzionale dei processi economico-sociali*, Bari, 2015, p. 83 ss.; I. Ingravallo, *Osservazioni sulla vicenda dell'ILVA alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Annali del Dipartimento Jonico*, 2015, p. 237 ss., reperibile *online*. Con riferimento specifico al bilanciamento tra diritti nella vicenda Ilva, cfr. R. Colombo, V. Comito, *L'Ilva di Taranto e cosa farne. L'ambiente, la salute, il lavoro*, Roma, 2013; E. Vivaldi, *Il caso ILVA: la "tensione" tra poteri dello Stato ed il bilanciamento dei principi costituzionali*, in *federalismi.it*, 2013, n. 15; M. Boni, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e "ragionevole" compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale sul caso Ilva (n. 85/2013)*, *ivi*, 2014, n. 3; B. Deidda, A. Natale, *Il diritto alla salute alla prova del caso Ilva*, in *Questione Giustizia*, 2014, n. 2, p. 69 ss.

Partendo dal piano nazionale, il tentativo di bilanciamento inizialmente operato dal legislatore tra gli interessi confliggenti sottesi alla vicenda è approdato alla Corte costituzionale, la cui pronuncia non ha tuttavia placato le tensioni esistenti, sul punto, tra i poteri dello Stato[52]. In sintesi, il giudizio è stato promosso dal Tribunale di Taranto avverso alcune disposizioni del decreto-legge 3 dicembre 2012, n. 207[53], che, consentendo *ex lege* la prosecuzione dell'attività industriale, vanificava le misure cautelari disposte da luglio 2012 dalla magistratura di Taranto. Più in dettaglio, i provvedimenti cautelari avevano autorizzato il sequestro di gran parte dello stabilimento siderurgico, causando l'asfissia dell'attività produttiva con conseguenti gravi ripercussioni sull'economia locale e nazionale. Alla base di misure così drastiche vi erano l'asserita inerzia del Governo di fronte all'emergenza sanitaria e ambientale e la presunta violazione dei valori fondanti la protezione dell'individuo a favore dell'Ilva da parte delle norme nazionali adottate attraverso la decretazione d'urgenza.

I motivi di illegittimità sollevati dal giudice rimettente innanzi alla Corte costituzionale riguardavano, dunque, la ragionevolezza del bilanciamento tra principi costituzionali, posta la mancata prevalenza, nel decreto, del diritto alla salute rispetto agli interessi di natura economica.

Limitatamente al tema in esame[54], con la sentenza n. 85 del 9 maggio 2013 la Corte costituzionale ha ritenuto infondate le censure di incostituzionalità concernenti le presunte lesioni del diritto alla salute ed all'ambiente salubre derivanti delle disposizioni impugnate[55]. Respingendo le argomentazioni del giudice *a quo*, la Corte ha affermato che "[t]utti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre 'sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro' (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe 'tiranno' nei confronti di altre situazioni giuridiche riconosciute e protette costituzionalmente, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"[56]. Ed ancora essa ha sostenuto che la definizione di ambiente e salute come "valori primari", resa con precedente sentenza n. 365 del 1993, non implica una "rigida" gerarchia tra diritti fondamentali. Piuttosto, "[l]a qualificazione come 'primari' dei valori dell'ambiente e della salute significa che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità

[52] Il carattere di emergenza che ha connotato tutta la vicenda Ilva ha influito significativamente sulla "peculiare concorrenza temporale tra l'attività del potere giudiziario e l'intervento del legislatore" (E. Vivaldi, *op. cit*., p. 1) che si sono avvicendati, interferendo sul reciproco operato, per contrastare quello che, per le proporzioni assunte, può ben definirsi un fenomeno di inquinamento di Stato, causato da esigenze strategiche ritenute dannose per la salute della popolazione tarantina (cfr. M. Boni, *op. cit*., p. 1 ss., su emergenza e diritto emergenziale nel caso Ilva).

[53] Decreto convertito in legge 24 dicembre 2012, n. 231, e significativamente intitolato "Disposizioni urgenti a tutela della salute, dell'ambiente e dei livelli di occupazione, in caso di crisi di stabilimenti industriali di interesse strategico nazionale".

[54] Un ulteriore motivo di ricorso riguardava il conflitto tra potere giudiziario e legislativo.

[55] Cfr. G. Bucci, *op. cit*., p. 94 ss., anche con riferimento agli altri profili di incostituzionalità.

[56] Punto 9 del considerato in diritto.

di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale"[57].

Secondo questa interpretazione, quindi, il carattere primario attribuito alla tutela ambientale non ne legittima una primazia assoluta e incondizionata rispetto agli altri valori riconosciuti dalla Costituzione, ma la rende passibile di bilanciamento assieme agli altri diritti fondamentali nell'ambito dei processi decisionali che esprimono la discrezionalità delle scelte politiche ed amministrative. Non un vincolo di risultato, dunque, ma una ponderazione costante e attenta nei processi decisionali[58].

Questa pronuncia si pone nel segno della continuità con il rinnovato orientamento della Corte costituzionale riguardo all'ambiente e anzi, affermando la tesi della composizione equiordinata dei diritti, compie un significativo passo in avanti rispetto alla giurisprudenza pregressa[59].

Anche la Corte di giustizia si è pronunciata sul caso dell'Ilva, nell'ambito di tre procedimenti *ex* art. 258 TFUE. Due di essi si sono conclusi con l'accertamento dell'inadempimento dello Stato italiano per infrazione della normativa europea rispetto all'esercizio del controllo sulle attività industriali su scala nazionale[60]; la terza procedura di infrazione, tuttora pendente, riguarda invece nello specifico la gestione dello stabilimento siderurgico tarantino[61].

Va subito chiarito che, innanzi alla giurisdizione dell'Unione europea, il tema del bilanciamento tra valori primari affrontato in modo diretto dai giudici nazionali rimane marginale, poiché le pronunce della Corte di giustizia vertono esclusiva-

---

57 *Ibidem*.

58 Così R. Giovagnoli, *op. cit.*, p. 12.

59 Si potrebbe tuttavia osservare che la tesi della composizione equiordinata dei diritti affermata dalla Corte, lungi dal risolvere il conflitto in atto, comporta il rischio di avallare un bilanciamento tra diritti della persona e ragioni dell'economia potenzialmente destinato a risolversi in uno "sbilanciamento" in cui l'individuo potrebbe essere sacrificato in nome degli interessi dei poteri forti.

60 Con la sentenza del 31 marzo 2011, causa C-50/10, *Commissione* c. *Italia*, la Corte ha condannato l'Italia per aver violato gli obblighi di controllo ad essa incombenti in virtù della direttiva IPPC relativa alle emissioni industriali (direttiva 2008/1/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 gennaio 2008, sulla prevenzione e la riduzione integrate dell'inquinamento, sostituita dalla direttiva 2010/75/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010). I motivi di ricorso riguardavano, in particolare, il tardivo rilascio dell'AIA necessaria per il funzionamento dello stabilimento Ilva e le condizioni di autorizzazione. La seconda infrazione, accertata con sentenza del 19 dicembre 2012, causa C-68/11, *Commissione* c. *Italia*, riguarda la violazione sul piano nazionale della direttiva 1999/30/CE concernente i valori limite per l'emissione di polveri e sostanze inquinanti rispetto alla qualità dell'aria (direttiva 1999/30/CE del Consiglio, del 22 aprile, poi sostituita dalla direttiva 2008/50/CE).

61 Procedura n. 2177/2013, aperta il 20 settembre 2013, cui hanno fatto seguito una lettera di messa in mora (aprile 2014) e un parere motivato (ottobre 2014) che circoscrive i motivi dell'addebito chiudendo la fase precontenziosa della procedura. Anche in questo caso le violazioni contestate allo Stato italiano riguardano il mancato rispetto della disciplina europea sulle emissioni industriali con riguardo all'aggiornamento dell'AIA e la mancata adozione delle misure preposte a evitare fenomeni di inquinamento significativi. Ulteriori addebiti riguardano la violazione delle norme sulla responsabilità ambientale (direttiva 2004/35/UE) e la mancata osservanza delle sentenze di condanna già rese dalla Corte.

mente sull'accertamento dell'inosservanza degli obblighi imposti dal diritto derivato sui valori limite applicabili alle concentrazioni di emissioni industriali.

Un unico spunto di riflessione sul tema del bilanciamento tra tutela ambientale e interessi economici rinviene dalla sentenza resa nel secondo dei procedimenti citati (causa C-68/11). In tale pronuncia, infatti, la Corte riporta, senza comunque accogliere, le motivazioni dello Stato italiano il quale, per giustificare le scelte normative nazionali impugnate nella procedura di infrazione, sosteneva che i valori limite di emissione imposti dalla direttiva europea inapplicata non potevano essere rispettati perché avrebbero comportato "l'adozione di misure drastiche sul piano economico e sociale, nonché la violazione di diritti e libertà fondamentali, quali la libera circolazione delle merci e delle persone, l'iniziativa economica privata e il diritto dei cittadini ai servizi di pubblica utilità"[62].

Da questo riferimento della Corte sembra di poter dedurre la acclarata rilevanza del valore ambientale nell'ordinamento europeo atteso che le esigenze di tutela, già considerate dal legislatore nella definizione dei limiti di emissione fissati dalla direttiva 1999/30/CE (violata dall'Italia), sono considerate dai giudici di Lussemburgo come fattore di bilanciamento rispetto al quale vengono respinte le giustificazioni nazionali invocate a garanzia di altri diritti e libertà fondamentali.

È possibile, ancora, accennare ad un ulteriore, ma diverso, profilo che, sempre riferibile all'Ilva, mostra il crescente riconoscimento accordato agli interessi ambientali rispetto a quelli economici nelle diverse politiche dell'Unione. Esso riguarda l'indagine sulla compatibilità del c.d. "decreto Ilva"[63] con la disciplina europea sugli aiuti di Stato, avviata nel gennaio 2016 dalla Commissione per valutare se l'accesso agevolato al finanziamento accordato al polo siderurgico conferisca un vantaggio indebito. Pur sussistendo alcuni dubbi sulla legittimità del finanziamento, la finalità di tutela ambientale è proprio l'elemento sul quale sembrerebbe possibile fondare la compatibilità dell'aiuto, in base alle esenzioni per categoria disposte dal regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014[64].

7. Non ultimo, un giudizio sulla vicenda Ilva si prospetta anche nell'ambito del sistema di controllo della CEDU. Risale a pochi mesi fa, infatti, la decisione di ricevibilità della Corte EDU relativa a due ricorsi presentati nel 2013 e nel 2015 (poi riuniti) dai familiari di lavoratori e cittadini deceduti o ammalati a Taranto, in cui lo Stato italiano è accusato di non averne protetto la vita e la salute dagli effetti negativi delle emissioni del complesso siderurgico (caso *Cordella* e *Ambrogi Melle*)[65]. Motivo di ricorso è la violazione dei diritti tutelati dagli articoli 2 e 8 CEDU. In

62 Punto 59 della sentenza.

63 Decreto legge del 5 gennaio 2015, n. 1, Disposizioni urgenti per l'esercizio di imprese di interesse strategico nazionale in crisi e per lo sviluppo della città e dell'area di Taranto, integrato e convertito dal Parlamento con legge 4 marzo 2015, n. 20.

64 In tal senso I. Ingravallo, *op. cit.*, p. 239 ss. In tema di aiuti di Stato v. E. Triggiani, *Aiuti di Stato (Diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto*, *Annali*, VI, 2013, p. 19 ss.

65 Ricorso del 29 luglio 2013, n. 54414/13, *Cordella* e *a*. c. *Italia*, e ricorso del 21 ottobre 2015, n. 54264/15, *Ambrogi Melle* e *a.* c. *Italia*: due ricorsi presentati nel 2013 e nel 2015 complessivamente da 182 cittadini italiani residenti a Taranto. Il 2 febbraio 2016 il ricorso ha superato il filtro preliminare di non manifesta inammissibilità ed è stato registrato a ruolo. La comunicazione sull'apertura del procedimento è stata inviata al governo italiano il 27 aprile 2016.

particolare, i ricorrenti accusano il governo di aver lasciato in funzione il siderurgico[66] incurante della normativa europea e dei provvedimenti sospensivi della magistratura; lo accusano, inoltre, di aver trascurato le condizioni richieste dall'Autorizzazione integrata ambientale (AIA) per l'attuazione delle misure di riduzione delle emissioni nonché i risultati del rapporto dell'Istituto Superiore di Sanità che ha rilevato un aumento significativo delle patologie tumorali nella regione ionica (Rapporto "Sentieri" del 14 maggio 2014).

In attesa della pronuncia, va accolta con favore la decisione sulla ricevibilità dei ricorsi, vieppiù dopo l'irricevibilità opposta al caso *Smaltini* del 2009, in cui la ricorrente sosteneva l'esistenza del nesso di causalità tra le emissioni dell'impianto Ilva, adiacente alla propria abitazione, e la malattia[67].

Un precedente significativo in materia è rappresentato dalla sentenza *Di Sarno* del 2012, sulla questione dell'accumulo in strada dei rifiuti in provincia di Napoli[68]. In questo caso la Corte di Strasburgo, accolto il ricorso, ha accertato la violazione dell'art. 8 CEDU rilevando il perdurare delle inefficienze connesse alla gestione del servizio pubblico di rifiuti imputabili all'Italia, senza, tuttavia, riconoscere il nesso causale con gli effetti nocivi per la salute umana (atteso che per la Corte questi non risultavano provati da inconfutabili studi scientifici)[69]. È interessante segnalare come, con tale decisione, la giurisprudenza europea sia evoluta fino al punto di configurare una tutela indiretta dell'ambiente, che consente di invocare l'art. 8 CEDU anche in assenza della prova di un grave pericolo per la salute degli interessati.

Su tale presupposto, non si esclude che sulla decisione attesa per il caso Ilva potrebbero influire le suindicate sentenze di condanna della Corte di giustizia nei confronti dell'Italia, nella misura in cui, accertando il superamento dei limiti consentiti per le emissioni industriali, attestano la fondatezza dei motivi addotti dai ricorrenti rispetto all'omissione degli obblighi di intervento complessivamente incombenti sugli Stati *ex* art. 2 CEDU. Seguendo tale orientamento, difatti, assume minore rilevanza la prova del nesso causa-effetto tra l'inquinamento ambientale e il danno alla salute (nel caso specifico, peraltro, ancora oggetto di accertamento innanzi alle giurisdizioni nazionali), poste le numerose concause che, assieme alle

---

66 Attraverso i numerosi decreti "salva Ilva" adottati fra il 3 dicembre 2012 e il 4 luglio 2015.

67 Ricorso n. 43961/09, *Smaltini* c. *Italia*, dichiarato irricevibile con decisione del 16 aprile 2015. Per un commento v. M. Alagna, *Smaltini* c. *Italia: irricevibilità del ricorso o rigidità del giudice?*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2015, p. 562 ss., reperibile *online*. In particolare, rispetto all'irricevibilità opposta dalla Corte, l'Autore osserva che "sembra essersi ridotto il grado di tutela accordata sia al bene salute sia al bene vita", rilevando in proposito come la Corte sia rigidamente rimasta entro il confine della doglianza ed abbia "disatteso l'approccio orientato all'applicazione del principio *iura novit curia*", omettendo altresì la valutazione degli obblighi incombenti sugli Stati *ex* art. 2 CEDU.

68 Sentenza del 10 gennaio 2012, *Di Sarno* e *a*. c. *Italia*, commentata da G. D'Avino, *op. cit*., p. 829 ss., e bibliografia *ivi* citata alla nota 27.

69 Sentenza *Di Sarno*, par. 108. Cfr. C. Feliziani, *Il diritto fondamentale all'ambiente salubre nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte EDU in materia di rifiuti. Analisi di due approcci differenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, reperibile anche *online*: secondo l'A., tale approccio denota una certa cautela della Corte europea, che non esige sia dimostrato un danno certo alla salute dei ricorrenti ma, attenendosi al dettato convenzionale, si limita alla verifica della lesione della vita privata e familiare. Un tale orientamento, rinvenibile anche nella giurisprudenza precedente, induce a chiedersi se, così facendo, i giudici di Strasburgo segnino una battuta di arresto nel cammino verso la piena affermazione a livello europeo del diritto a vivere in un ambiente salubre.

emissioni dell'Ilva, potrebbero aver concorso a determinare le patologie e i decessi lamentati dalle oltre mille parti civili ammesse al processo.

Un diverso profilo di interesse riguarda, inoltre, l'approccio collettivo proposto nel caso *Cordella-Ambrogi Melle*, acclarata la risonanza che situazioni generali e collettive conferiscono alla tutela ambientale a fronte della maggiore difficoltà di incardinare l'ambiente in teorie relative a diritti e a posizioni individuali. Dal momento che la tutela dell'ambiente non viene garantita sulla base di un mero interesse pubblico, ma dipende dall'interferenza che le attività dannose producono sulla vita privata della collettività, ai ricorrenti spetterà principalmente dimostrare l'incidenza diretta delle attività inquinanti sulla sfera dei propri diritti individuali.

Considerati i numerosi interessi coinvolti, il grado di aspettativa per la sentenza sul caso *Cordella-Ambrogi Melle* è decisamente elevato. Essa potrebbe favorire una maggiore apertura della giurisprudenza della Corte europea verso la prospettiva dell'approccio sociale e collettivo imposto dalla protezione ambientale rispetto alle categorie giuridiche di altri diritti individuali e, contestualmente, fornire elementi utili al bilanciamento tra valori contrapposti protetti da diritti fondamentali[70].

Nello specifico caso dell'Ilva, peraltro, una pronuncia di condanna avrebbe l'effetto di accrescere la pressione sui decisori nazionali alla realizzazione di comportamenti positivi che traducano le attuali risposte legislative da episodiche ed emergenziali in soluzioni concrete alla crisi ambientale, ispirate a principi in grado di orientare una politica legislativa anticipatoria maggiormente conforme agli indirizzi e ai principi ambientali affermati dell'Unione europea.

8. In conclusione, nonostante le difficoltà definitorie insite nella trasversalità della materia, alla luce delle considerazioni svolte si può constatare l'idoneità degli interessi ambientali a condizionare il godimento di altri diritti e libertà fondamentali.

Innanzitutto, la tendenza evolutiva del tema della tutela ambientale nello spazio giuridico europeo e internazionale mostra come, di fatto, la progressiva emersione di principi di rango costituzionale o primario negli ordinamenti giuridici abbia avuto la funzione di elevare le norme positive in materia ambientale previste in ciascun ordinamento, rendendo giuridicamente possibili quelle limitazioni alle attività umane, e ai diritti che le legittimano, necessarie a consentire la tutela ambientale[71].

Con riguardo all'ordinamento nazionale, in particolare, la protezione dell'ambiente può considerarsi parametro di riferimento nel bilanciamento con altri diritti costituzionalmente tutelati, posta la copertura costituzionale che essa, superando le incertezze dell'inquadramento giuridico (come diritto, interesse o principio), acquista principalmente in ragione della derivazione dal diritto alla salute. In questo senso, la tutela ambientale dovrebbe, infatti, ricevere la medesima qualificazione e il medesimo trattamento normativo riservato, nel sistema giuridico di riferimento, al diritto fondamentale cui è direttamente funzionale. Rispetto al caso Ilva, quindi, si confermano giuridicamente possibili i limiti e i controlli all'attività di iniziativa

[70] In tema di coesistenza e contrapposizioni tra diritti individuali e tutela ambientale nella prospettiva dell'eccesso dei diritti come causa di non sostenibilità ambientale v. F. Munari, L. Schiano di Pepe, *op. cit*., p. 136 ss.

[71] *Ivi*, p. 125.

economica necessari a garantire la tutela ambientale nonché la salute di lavoratori e residenti nell'area interessata.

Si potrebbe osservare in proposito, da una parte, che lo stesso dettato costituzionale sembra esprimere un giudizio di prevalenza affermando all'art. 41 Cost. che "l'iniziativa economica privata è libera", ma che "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"; d'altra parte, però, si deve evidenziare che tanto il diritto al lavoro (e l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali) quanto il diritto alla salute (e all'ambiente da esso derivato) costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona[72]. Pertanto, appare a nostro avviso falsante individuare tra essi una contrapposizione che preveda la soccombenza dell'uno o dell'altro diritto, essendo invece più convincente l'ipotesi di bilanciamento proposta dalla Consulta.

Tale bilanciamento, in sé, comporta, infatti, non un giudizio di soccombenza di un diritto rispetto ad un altro bensì una esigenza di ponderazione, una valutazione comparativa e flessibile, attraverso cui contemperare interessi diversi, al fine di evitare che essi divengano contrapposti e generino conflitti insanabili[73].

I giudici italiani mostrano, quindi, crescente propensione verso l'approccio adottato nell'ordinamento dell'Unione europea. Rispetto ad esso, tuttavia, permangono differenze di fondo nelle tutele sancite dalla nostra Costituzione e quelle previste a livello sovranazionale, segnatamente dalla Carta dei diritti fondamentali. Quest'ultima, seppur nell'esclusivo ambito di competenze dell'Unione[74], sembra superare una "gradazione tra diritti" attraverso la collocazione al medesimo livello di tutti i diritti fondamentali organizzati attorno ai valori fondanti[75]. La nostra Costituzione, invece, suggerisce una seppur implicita gerarchia di valori costituzionali (si pensi all'art. 41 Cost.), confermata dalla stessa giurisprudenza che, con la

[72] È stato peraltro evidenziato come l'emergenza che ha caratterizzato il caso Ilva abbia portato a "una distorta visione dei reali interessi coinvolti. Al centro del dibattito è finito il lavoro, invece che la libertà d'impresa, con una inversione logica prima che assiologica che ha relegato sullo sfondo l'hauptproblem dei modi di organizzazione della produzione e delle relative responsabilità. (…) Questa falsante contrapposizione tra lavoro e salute rappresenta una negazione dei basilari principi della stessa costituzione, da quello dei limiti all'iniziativa economica privata, che sono espressamente individuati nell'utilità sociale e nella sicurezza, libertà e dignità umana; a quello dell'assunzione come fondamento del nostro ordinamento del lavoro, considerato fonte di legittimazione sociale per l'esercizio di ogni altra posizione": A. Riccardi, *Il "caso ILVA": lavoro e salute ai tempi dell'emergenza*, in A. F. Uricchio (a cura di), *op. cit*., p. 254 s.

[73] Con riferimento al caso Ilva, si pensi ai cittadini di Taranto, interessati tanto alla cessazione delle emissioni inquinanti nocive per la salute quanto alla prosecuzione dell'attività produttiva senza la quale, nella perdurante situazione di crisi economico-occupazionale generale, si avrebbero conseguenze drammatiche. Ne è prova il *referendum* consultivo sulla chiusura, in tutto o in parte, dello stabilimento Ilva svolto il 14 aprile 2013 che registrò la partecipazione di appena il 20% degli aventi diritto al voto.

[74] Sui limiti dell'applicazione della Carta si veda l'art. 51 della medesima e il relativo commento di J. Ziller in R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *op. cit.*, p. 1042 ss.

[75] Sottolinea questo aspetto G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *www.europeanrights.it*, 2011, p. 5 ss., che, con riferimento specifico alla materia dei diritti sociali, mette in evidenza il contrasto tra la Carta di Nizza e i cataloghi di diritti previsti nelle costituzioni nazionali.

sentenza n. 85 del 2013, nel contemperamento tra interessi contrapposti, riconosce un valore sovraordinato all'ambiente e alla salute.

La Corte costituzionale ha affermato, infatti, che essi "non possono essere sacrificati ad altri interessi" e che il "rapporto di integrazione reciproca" tra tutti i diritti fondamentali esclude di individuare diritti che abbiano una prevalenza "assoluta" rispetto ad altri, non già che vi siano diritti prevalenti.

Punto focale dell'operazione di bilanciamento divengono, allora, sul piano nazionale come su quello europeo, i criteri di proporzionalità e ragionevolezza che devono essere applicati in primo luogo dal legislatore, nella statuizione delle norme, e poi dal giudice, in sede di controllo. La circostanza che esso sia "dinamico e non prefissato in anticipo" comporta che il potenziale conflitto venga risolto in base ad una valutazione degli interessi e delle circostanze che si prospettano di volta in volta nel caso concreto, rispetto ai quali il punto di equilibrio non è detto che sia il migliore in assoluto ma deve presumersi ragionevole.

Abstract

Environmental Protection in the Hard Balance between Fundamental Rights and Economic Reasons

The paper aims at investigating the role of environmental protection to settle the conflict between Economics and the multilevel system of human rights protection (the EU's supranational level, the ECHR and the Italian law). The analysis shows a progressive shift towards a balancing operation wherein the parameters of proportionality and reasonableness are crucial, as they need to be applied by the Legislator in the formulation of the rules and then by the Judge in the interpretation of these latter to set the equilibrium point among all the interests considered. Finally, the case of the biggest European steel plant (Ilva, Taranto) is examined, which fully expresses the underlying tension between the needs of a healthy environment and Economics.

Note e Commenti

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 387-412

Eduardo Savarese*

A Flexible Legal Certainty: The EU Law 'Counter-limits' to the Principle of Domestic *res judicata*

SUMMARY: – 1. Introduction. – 2. The ECJ case-law: a) Finality of judicial decisions and responsibility of member States for EU law violations. – 3. b) Finality of administrative decisions vs. application of EU law. – 4. c) Finality of domestic judicial decisions v. EU law: rethinking *res judicata*. – 5. d) *Res Judicata* and State Aid. – 6. The main legal tools in the ECJ legal discourse: from cooperation to supremacy: a) Responsibility for damages. – 7. b) Cooperation. – 8. c) Procedural autonomy between effectiveness and equivalence. – 9. d) Primacy of EU law. – 10. An approach of legal theory: *res judicata* in internal legal orders and EU law "counter-limits". a) Primacy of EU law and procedural autonomy in the light of effectiveness. – 11. b) Equivalence and effectiveness as 'counter-limits'. – 12. c) Specific 'constitutional' issues around the *res judicata* principle. – 13. Conclusion.

1. The case law of the European Court of Justice (ECJ) on the intensively debated topic of the legal conflict between EU law and the internal rules deriving from the principle of *res judicata* has by now reached a high level of development in both quantitative and qualitative terms[1].

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale di Nola.

[1] Judgments of the ECJ of: 1 June 1999, Case C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd* v. *Benetton International NV*; 30 September 2003, Case C-224/01, *Gerhard Köbler* v. *Republik Österreich*; 13 January 2004, Case C-453/00, *Kühne & Heitz NV* v. *Productschap voor Pluimvee en Eieren*; 16 March 2006, Case C-234/04, *Rosmarie Kapferer* v. *Schlank & Schick GmbH*; (GC) 13 June 2006, Case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA* v. *Repubblica italiana*; (GC) 19 September 2006, Joined Cases C-392 and 422/04, *i-21 Germany GmbH and Arcor AG & Co. KG* v. *Bundesrepublik Deutschland*; (GC) 18 July 2007, Case C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato* v. *Lucchini SpA*; (GC) 12 February 2008, Case C-2/06, *Willy Kempter KG* v. *Hauptzollamt Hamburg-Jonas*; 6 October 2009, Case C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL* v. *Cristina Rodríguez Nogueira*; 3 September 2009, Case C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze and Agenzia delle entrate* v. *Fallimento Olimpiclub Srl*; 10 July 2014, Case C-213/13, *Impresa Pizzarotti & C. Spa* v. *Comune di Bari and others*; (GC) 6 October 2015, Case C-69/14, *Dragoş Constantin Târşia* v. *Statul român and Serviciul Public Comunitar Regim Permise de Conducere si Înmatriculare a Autovehiculelor*; 11 November 2015, Case C-505/14, *Klausner Holz Niedersachsen GmbH* v. *Land Nordrhein-Westfalen*; 18 February 2016, Case C-49/14, *Finanmadrid EFC SA* v. *Jesús Vicente Albán Zambrano, María Josefa García Zapata, Jorge Luis Albán Zambrano and Miriam Elisabeth Caicedo Merino*; 26 January 2017, Case C-421/14, *Banco Primus SA* v. *Jesús Gutiérrez García*.

Res judicata is a cornerstone in the functioning of judicial machineries. This is true both for domestic legal orders and international law, including EU law[2]. The rationale behind the principle relies on a number of different grounds[3].

According to its historical roots, the rules concerning *res judicata* of judicial decisions stem from the sovereign powers conferred upon the State in the settlement of disputes[4]. In a more modern conception of the principle, finality of decisions serves the purpose of definitively settling private litigation or punishing crimes, since these decisions are strongly related to legal certainty without which a fair trial cannot be predicated at all[5].

Whatever the political, social and legal meanings underlying the principle of *res judicata*, in Western countries finality of judicial decisions is currently deemed an inherent ingredient in the respect for the right to a fair trial[6]. Hence, national legal orders are oriented by the very sanctity of *res judicata*.

Consequently, the positions of the ECJ leading to question the quite absolute and dogmatic value of the principle as implemented by domestic procedural rules and interpretative approaches, wherever it is or tends to be at odds with EU law, have brought about much debate and disappointment as well[7].

Some authors have stressed – sometime in a rather dramatic way – the negative effects which the decisions by the ECJ have produced on the purposes of stability and legal certainty underlying the *res judicata* doctrine[8].

On the contrary, other scholars have minimized the weight of what the Court has stated over the years in order to assure the application of EU law, even when a domestic final judgment was or appeared to be irreconcilable with EU law[9]. Moreover, in recent studies the need for a comparative approach is stressed, aim-

---

2 Finality of the ECJ own judgments has been repeatedly confirmed in a number of cases: judgments of 26 April 1988, Joined Cases 97, 193, 99, 215/86, *Asteris AE and others and Hellenic Republic* v. *Commission of the European Communities*; 14 September 1999, Case C-310/97, *Commission of the European Communities* v. *AssiDomän Kraft Products AB, Iggesunds Bruk AB, Korsnäs AB, MoDo Paper AB, Södra Cell AB, Stora Kopparbergs Bergslags AB and Svenska Cellulosa AB*; 1 June 2006, Joined Cases C-442 and 471/03, *P & O European Ferries (Vizcaya) SA and Diputación Foral de Vizcaya* v. *Commission of the European Communities*.

3 Y. Shany, *Reconsidering* Res Judicata*: A Comparative Perspective*, in *Duke Journal of International Law*, 2011, p. 353 ff.

4 R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, 2009, p. 10 ff., available online.

5 *Ivi*, p. 58 ff.

6 G. Lautenbach, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford, 2013.

7 X. Groussot, T. Minssen, Res Judicata *in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality*, in *European Constitutional Law Review*, 2007, p. 385 ff.; R. Kovar, *L'incidence du droit communautaire sur l'intangibilité des décisions nationales définitives*, in *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden: promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, p. 203 ff.; F. Spitaleri, *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi*, Milano, 2009.

8 F. Lajolo, *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2007, p. 724; P. Briza, *Lucchini SpA – Is There Anything Left of* Res Judicata *Principle?*, in *Civil Justice Quarterly*, 2008, p. 27 ff.

9 A. Tizzano, B. Gencarelli, *Union Law and Final Decisions of National Courts in the Recent Case Law of the Court of Justice*, in K. Lenaerts, I. Maselis, K. Gutman (eds.), *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, p. 267 ff.

ing at identifying the notion of *res judicata* specifically adopted by the ECJ[10]. In this regard, a fact-specific enquiry is deemed the appropriate approach to ECJ case law, because the latter mainly depends on the heavy differences among the matters involved in the disputes which domestic referring tribunals submit to the Court.

In our opinion, the analysis of ECJ case law on the question of *res judicata* now requires a comprehensive review leading, beyond the specific circumstances of each case, to identify a systemic line of judicial reasoning. This, with a twofold perspective.

On the one hand, we can explore the main legal tools on which the court decisions ultimately depend. They seem offer a puzzling outline: the principles of supremacy, cooperation, procedural autonomy of member States have been invoked from time to time and not always in a consistent manner. This article maintains that the principle of procedural autonomy of member States, with its consequential limitations in terms of equivalence and effectiveness, remains the cornerstone in the legal foundation of the ECJ statements on domestic *res judicata* vis-à-vis EU law. Indeed, in most cases the principle of *res judicata* has been upheld by the Court according to the principle of procedural autonomy but, through the principles of equivalence and effectiveness, its scope and extent have been narrowed.

On the other hand, these tools are to be rooted in a legal theory approach to the relationship between the European Union and member States. Far from merely being an application of the principle of subsidiarity, the principle of procedural autonomy of member States, from the point of view of EU law, calls for the necessary openness of the EU legal system to those of member States in order to fill normative gaps. At the same time, such an openness to domestic legal orders is not unlimited, since it requires respect for fundamental principles of coherence and equality without which EU law simply could not exist as a legal order. We suggest the adoption of the legal category of 'counter-limits', which is used by constitutional courts in order to limit the application of international law when the latter is in contrast with fundamental internal rules and values. It is our view that the ECJ case law may be read as an implicit form of recourse, through the principles of equivalence and effectiveness, to the 'counter-limits' doctrine so as to make more flexible the application of the *res judicata* principle.

The article will start with the analysis of the ECJ case law. We will carry out an evaluation of the cases which deal with responsibility of member States for final judicial decisions which have been issued in breach of EU law (para. 2). In para. 3, the focus will concern the reasoning of the Court *vis-à-vis* finality of administrative decisions, whose rationale (stability and legal certainty) is akin to that underlying the rule of *res judicata* of judicial decisions. In para. 4, we will turn to illustrate the ECJ case law on the possible limitations to the rule of *res judicata* of judicial decisions, depending on a variety of factors, which can be summarized as follows: 1) the deliberate choice by the parties to the proceedings not to appeal a judicial decision which in this way becomes final and conclusive; 2) the possibility, on an interpre-

[10] A. Kornezov, Res Judicata *of National Judgments Incompatible with EU Law: Time for a Major Rethink?*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 809 ff.; A. Kaczorowska-Ireland, *European Union Law*, New York, 2016, p. 288 ff.

tative ground, of a restriction on both the scope and content of the rule, and 3) the existence, in the framework of internal procedural rules, of instruments intended to allow revision of either final judgments or arbitral awards, so as to broaden their application in order to include revision of final decisions for EU law breaches. In para. 5, a specific topic will be explored, which is connected to para. 4 insofar as it still concerns final judicial decisions violating EU law. Nonetheless, it involves a highly considerable set of EU principles and rules, *i.e.* the matter of State aid.

Having assessed the ECJ case law, we will then (para. 6) analyze the main legal tools used by the Court in order to state the reasons of its judgments, i.e. the principles of i) State responsibility for damages, ii) cooperation, iii) procedural autonomy of member States and iv) EU law supremacy.

A possible approach of legal theory underlying such a case law will be focused on in para. 7, having recourse to the notion of 'counter-limits'. Particularly, it is argued that the openness of EU law to national legal systems through the principle of procedural autonomy of member States is limited by means of the principles of equivalence and effectiveness which may be properly categorized as EU law 'counter-limits' to the otherwise full respect for domestic *res judicata*.

Some conclusive remarks will be drawn.

2. The first case which called the ECJ to intervene as to the legal value of *res judicata* when the incompatibility with EU law flows from a domestic judicial decision was the well-known *Köbler* case[11]. Indeed, the referring court put the question whether the case law of the Court to the effect that it was immaterial to assert State liability for a breach of Community law which institution of a Member State was responsible for that breach[12], should be also applicable when that breach depended on a decision of a supreme court of a Member State which, as a rule, is a final decision.

With final judgment of ultimate instance, the Austrian 'Verwaltungsgerichtshof' dismissed the claim of Mr. Köbler, who sought a special length-of-service increment to his retirement pension. In the claimant's view, such decision infringed directly applicable provisions of Community law, as interpreted by the Court. Therefore, Mr. Köbler brought an action for damages against the Republic of Austria and the competent domestic court referred the issue to the ECJ. The Court maintained that damage action against member States could be based on final decisions of courts adjudicating at last instance. The Court, at the same time, stressed the importance of the principle of *res judicata* 'in order to ensure both stability of the law and legal relations and the sound administration of justice (…)'[13]. This is the fundamental statement on the rule of *res judicata* which the Court has constantly reiterated in its case law. However, in the Court's view, the recognition of the principle of State

[11] Indeed, in the previous *Eco Swiss* case, which concerned an interim arbitration award, the Court denied, in general terms, that domestic rules on the *res judicata* principle have to be disregarded, even if this would serve the purpose of making the national legal order at stake in line with EC competition law (see *Eco Swiss*, para. 48; *Köbler*).

[12] See the leading case *Brasserie du pêcheur and Factortame*, Joined Cases C-46 and 48/93, judgment of the Court of 5 March 1996.

[13] *Köbler*, para. 38.

liability for decisions of courts adjudicating at last instance does not in itself entail calling into question that decision as *res judicata.*

The Court confirmed its view a few years later, in the *Traghetti del Mediterraneo* case[14]. The Court maintained that the Italian law on the non-contractual responsibility of judges led to exclude all state liability when the infringement of Community law arises from an interpretation of provisions of law made by a court. And that would have been tantamount to rendering meaningless the principle laid down by the Court in the *Köbler* judgment[15].

Since that moment, according to some commentators, a dangerous challenge to legal certainty of domestic judicial decisions has begun to find its way into the ECJ case law[16].

As far as compensation for individual damages suffered because of a final domestic judicial decision which breaches community law is concerned, the principle of *res judicata* does not set a legal limitation to an individual action for damages. Here, the finality of decisions becomes the pre-condition for a different dispute, *i.e.* that between individuals and States, when the rights of the former conferred on them by EU law have been violated by the judiciary power of the latter. We can say that final decisions are not put into question *per se*. And this is true if we consider that the proper role of the judiciary lies in settling disputes between competing parties. Responsibility of States for damages stemming from judicial decisions does not entail reopening proceedings which have terminated, or in other ways carrying out a revision of those decisions.[17]

However, it is also true that, from a different point of view, *res judicata* is called in question when, in spite of it and because of it, member States have to compensate individuals. A final judgment creates the specific rule which will regulate the future relationships of the parties involved. Thus, it has a considerable normative value which is undermined when, while remaining in force as final judicial decision, it is nonetheless the core element in the wrongful act committed by a member State (for violations of individual rights conferred on by EU law)[18].

3. Just a year after *Köbler*, the Court issued its leading case on the potential struggle between finality of domestic administrative decisions and application of EU law. In *Kühne & Heitz*, the main legal issue concerned an administrative decision which became final after internal judicial remedies were exhausted (without a preliminary question having been referred to the Court)[19].

As it will be observed later, the Court does not assert the existence of *a general rule* requiring domestic administrative bodies to reopen final decisions which do not

---

14 *Traghetti del Mediterraneo* fully referenced in note 1.

15 *Ivi*, para. 36.

16 P. Wattel, Köbler*,* CILFIT *and* Welthgrove*: We Can't Go on Meeting Like This*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 177. As pointed out by Tridimas, the issue is whether the undermining effect on the principle of finality of judicial decisions 'is outweighed by the need to ensure respect for the rule of law and the effectiveness of EC law which liability for judicial acts is intended to serve': T. Tridimas, *General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 528.

17 *Köbler*, para. 39.

18 On this aspect, see the remarks of R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, p. 81 ff.

19 *Kühne & Heitz* fully referenced in note 1.

conform to subsequent interpretative binding statements on Community law issued by the Court.

Kühne & Heitz NV was granted export refunds by the Dutch competent authority ('Productschap'), which later demanded reimbursement on the basis of an interpretation of EC rules shared by domestic courts. This interpretation, however, was successively disavowed by the ECJ and, on such a basis, Kühne & Heitz requested payment of the refunds which it had been wrongly enforced to reimburse. Productschap rejected those requests since its earlier decision became final. When a new legal controversy about this rejection arose, the Dutch 'College van Beroep voor het bedrijfsleven' asked the ECJ whether, under Community law, an administrative body was required to reopen a decision which became final in order to ensure the full operation of Community law, as interpreted in the light of a subsequent ECJ decision which, by its very nature, is binding from the time of coming into force of those legal provisions interpreted by it. Indeed, 'legal certainty is one of a number of general principles recognised by Community law. Finality of an administrative decision, which is acquired upon expiry of the reasonable time-limits for legal remedies or by exhaustion of those remedies, contributes to such legal certainty (…)'[20].

Nonetheless, the Court maintained that, given the circumstances of the main case, an obligation to reopen administrative proceedings existed. And that for the following reasons:

1. national law conferred on the administrative body competence to reopen its final decisions on the ground of legality;
2. the administrative decision became final only as a result of a judgment of a national court against which there was no judicial remedy;
3. that judgment was based on an interpretation of Community law which, in the light of a subsequent judgment of the Court, was incorrect and which was adopted without a question being referred to the Court for a preliminary ruling;
4. the person concerned complained about it as soon as he was aware of that judgment of the Court[21].

In such circumstances – concluded the Court – an internal administrative body was, in accordance with the EC principle of cooperation, under an obligation to review that decision in order to take into account the interpretation of the relevant provisions of Community law given in the meantime by the Court[22].

In the *i-21 and Arcor* case[23], these two telecommunications companies were charged fees for individual telecommunications licences. However, since they did not avail of their right to appeal against the fee assessments, the case at issue was entirely different from *Kühne & Heitz.* Nonetheless, the Court invoked the principle of procedural autonomy of member States and the limits to this principle, according to which domestic rules have to be no less favourable than those governing

[20] *Ivi*, para. 24.
[21] *Ivi*, para. 26.
[22] Specifically, 'the administrative body will have to determine on the basis of the outcome of that review to what extent it is under an obligation to reopen, without adversely affecting the interests of third parties, the decision in question' (*ivi*, para. 27).
[23] *Arcor and i-21* fully referenced in note 1.

similar domestic situations (principle of equivalence), and they should not render impossible in practice or excessively difficult the exercise of rights conferred by the Community legal order (principle of effectiveness)[24].

In applying these principles the Court maintained that where, 'pursuant to rules of national law, the authorities are required to withdraw an administrative decision which has become final if that decision is manifestly incompatible with domestic law, that same obligation must exist if the decision is manifestly incompatible with Community law'[25]. Under this specific condition, an obligation of revision of final administrative decisions may be asserted while, in general terms, as the Court itself reiterated in the *Kempter* case, any obligation of this kind is required by EU law[26].

One can conclude that two main legal requirements should be met in order to reopen administrative proceedings and set aside final decisions in breach of EU law: 1) if administrative bodies have a power of revision according to domestic law and, 2) if the application for revision is presented immediately after the knowledge of the decision adopted by the Court which makes the interpretation adopted by administrative agencies and domestic courts unlawful.

In these terms, the Court delineates a specific administrative tool for reviewing domestic administrative decisions, in order to make them compliant with its *subsequent judgments*. The legal ground lies in the principle of legality, which requires compliance of domestic legal rules with EU law. Legality is implemented by means of the principle of cooperation between member States and EU institutions. The binding value of the principle of *res judicata* is not directly affected[27].

Even when, as in *Arcor*, an administrative decision was not appealed, the principles of equivalence and effectiveness require member States to revise such a final decision if 1) on the basis of their internal rules, such a power of revision exists and 2) the final decision in question blatantly breaches community law.

Conclusively, the Court broadens both the scope and extent of domestic legal rules on revision more than it cuts off the roots of the *res judicata* principle.

4. Most of the cases decided by the ECJ specifically concern the effects of final judicial decisions on the application of EU law. This case law firstly depends upon whether the parties to domestic judicial proceedings have either appealed the decision of first instance or not. If they do not appeal against a decision not compliant with EU law and the decision becomes final, *res judicata* tends to prevail. This occurred in the *Kapferer* case[28].

Secondly, by underlining the utmost importance of the *res judicata* principle, the Court seeks to reach a balanced outcome which, far from hindering the notion itself of finality of judgments, lets in the largest degree EU law to be effectively and

---

24 *Ivi*, para. 57.

25 *Ivi*, para. 69. 'It is for the national court, in the light of the foregoing, to ascertain whether legislation which is clearly incompatible with Community law, such as that on which the fee assessments at issue in the main proceedings is based, constitutes manifest unlawfulness within the meaning of the national law concerned' (*ivi*, para. 71).

26 *Kempter* fully referenced in note 1

27 X. Groussot, T. Minssen, Res Judicata *in the Court of Justice Case-Law*, p. 402 f.

28 *Kapferer*, fully referenced in note 1.

fully implemented into national legal orders. This results in a twofold approach: a restrictive interpretation of the scope of domestic *res judicata* and, at the same time, an enlargement of those (exceptional) cases wherein final judicial decisions could be re-examined.

We will focus on such a twofold approach in the following analysis.

The Italian Finance Administration reached the conclusion that Olimpiclub[29], a limited liability company, circumvented the legislation in order to obtain tax advantages. Olimpiclub challenged those adjustment notices and, pending domestic judicial proceedings, the 'Corte di Cassazione' verified the existence of previous judgments which had became final and concerned VAT adjustment notices issued as part of the same tax inspection on Olimpiclub, even though they related to other tax years.

In the Italian courts' opinion where, in taxation matters, findings in a judgment delivered in one dispute relate to issues similar to those arising in another dispute, the latter has to be settled on the basis of those final findings, even though the judgment in question concerns a different tax period. However, the 'Corte di Cassazione' pointed out that that approach could have precluded it from applying the Community legislation and the case law of the ECJ in relation to VAT, as far as the existence of an abuse of rights was concerned[30]. It referred the question to the ECJ, which scrutinized the large scope conferred upon *res judicata* by the Italian courts in taxation matters in the very light of the principle of effectiveness and concluded that it was arguably large.

Protecting the value of legal certainty – the Court observed – does not necessarily require such a broad interpretation of the res *judicata* principle. The result of the Italian approach would be absolutely disproportionate, because 'the effect would be that, if ever the judicial decision that had become final were based on an interpretation of the Community rules concerning abusive practice in the field of VAT which was at odds with Community law, those rules would continue to be misapplied for each new tax year, without it being possible to rectify the interpretation'[31].

In those circumstances, the sacrifice imposed by legal certainty cannot be justified *vis-à-vis* the grave non application of the Community rules on VAT, unless violating the principle of effectiveness.

In the same vein, in the *Pizzarotti* case[32] the Court urged the Italian courts to interpret the rules on the *res judicata* principle so as to conform to the EU law. Indeed, the issue arose whether previous judgments of the 'Consiglio di Stato', having the authority of *res judicata*, were ineffective insofar as they had led to a situation which was incompatible with EU law on public procurement.

In this regard, the Court underlined the fact that, under the Italian legal order, administrative courts might, under certain conditions, supplement the original operative part of its judgments by implementation decisions, that possibility giving rise to what is termed 'progressively formed *res judicata*'. Therefore, the Court

29 *Olimpiclub* fully referenced in note 1.

30 The reference by the Corte di cassazione was to judgment of the ECJ of 21 February 2006, Case C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd and County Wide Property Investments Ltd* v. *Commissioners of Customs & Excise*.

31 *Ivi*, para. 30.

32 For a full reference see note 1.

concluded that, if the conditions for applying that procedure were met, the principle of equivalence would require the 'Consiglio di Stato' to make use of that procedure ensuring, among the numerous different possibilities of implementation, the solution compliant with EU legislation on public works contracts[33].

In the recent *Banco Primo* case[34], the ECJ examined Spanish rules concerning finality of judgments and their weight on the application of EC Directive 93/13 on consumer rights' protection. It ruled that, even where a domestic court has assessed the fairness of a term in a consumer contract and the issue has become *res judicata*, such a domestic court is not precluded from reviewing other terms of the same contract for fairness. Specifically, '(…) in the case where, in a previous examination of a contract in dispute which led to the adoption of a decision which has become *res judicata*, the national court limited itself to examining of its own motion, with regard to Directive 93/13, one or certain terms of that contract, that directive requires a national court (…) to assess (…) the potential unfairness of other terms of that contract. In the absence of such a review, consumer protection would be incomplete and insufficient (…)'[35].

Thus, according to the principles of effectiveness and for the purpose of strengthening consumer rights' protection, the ECJ shaped in a restrictive way the scope of Spanish procedural rules which would otherwise lead to deny any possibility to re-assess contractual questions[36].

The issue referred to the ECJ by the Spanish judge in the case *Asturcom*[37] concerned finality of a domestic arbitration award, which ordered a consumer to pay a sum of money. In the course of the award enforcement, the Spanish court stated that the arbitration clause set forth in the subscription contract was unfair, particularly in view of the costs incurred by the consumer in travelling to the seat of the arbitration tribunal, which was located at a considerable distance from the consumer's place of residence. However, according to Spanish law, arbitrators are not permitted to examine on their own motion whether unfair arbitration clauses are void and the courts, when adjudicating over enforcement proceedings, are not empowered to carry out such an assessment either, unless rules of public policy are involved. According to the Court, since Directive 93/13 as a whole constitutes a measure which is essential to the accomplishment of the tasks entrusted to the European Community[38], it must be regarded as containing provisions of equal standing to national rules which rank, within the domestic legal system, as rules of public policy[39]. In applying the principle of equivalence, the Court stated that '(…) inasmuch as the national court or tribunal seised of an action for enforcement of a final arbitration award is required, in accordance with domestic rules of procedure, to assess of its own motion whether an arbitration clause is in conflict with domestic rules of public policy, it is also obliged

33 *Ivi*, paras. 62-63.
34 *Banco Primus* fully referenced in note 1.
35 *Ivi*, para. 52.
36 *Ivi*, para. 54.
37 *Asturcom* fully referenced in note 1.
38 *Ivi* , para. 51.
39 *Ivi*, para. 52.

to assess of its own motion whether that clause is unfair in the light of Article 6 of that directive'[40].

In the same perspective one can read the *Zambrano*[41] case, concerning proceedings of injunctive relief against a consumer. According to Spanish law, the 'Secretario judicial' carries out only a formal control and, once an order has been made and has become final, any successive examination on contract clauses cannot be taken into account by courts competent for the enforcement phase.

The Court considered these Spanish rules of procedure to hinder judicial control on abusive contract clauses, thus violating Directive 93/13 on consumer rights, because such a control only depends on the opposition by consumers to the injunction of payment. This weakens the effective application of EU law, which is safeguarded only if internal procedural rules allow domestic courts to control on their own motion the possibly abusive nature of contract clauses[42].

Believing some Romanian taxation measures on motor cars to be incompatible with Article 110 TFEU, Mr. Târşia initiated civil proceedings in order to secure return of the paid amount[43]. The domestic courts limited repayment of the special tax on motor cars to a sum equal to the difference between that tax and the later pollution tax payable by virtue of government emergency order. Mr. Târşia requested that a new decision be made on the ground that the Court of Justice had ruled, in its judgment in *Tatu*[44], that Article 110 TFEU precludes the introduction of a tax such as the pollution tax imposed by Romania. In accordance to the procedural rules applicable to Romanian civil proceedings, however, any opportunity to bring an action for revision of final judicial decisions in civil matters for a breach of EU law does not exist. Such an action may be brought only with regard to judicial decisions which concern administrative proceedings.

According to the ECJ, Member States are in principle required to repay taxes levied in breach of EU law. In this case, such repayment was prevented by a final judicial decision[45]. The Court did not find any violation of the principles of equivalence and effectiveness. In particular, the principle of equivalence requires equal treatment of claims based on breach of national law and of similar claims based on breach of EU law, but not equivalence of national procedural rules applicable to different types of proceedings such as civil and administrative proceedings[46]. Thus, EU law does not require the enlargement of the scope of Romanian civil procedural rules so as to encompass among the cases of revision also the case of final judicial decisions which are not compliant with EU law and, specifically, with an ECJ judgment (delivered after the issuance of domestic judicial decisions)[47].

---

40 *Ivi*, para. 53.

41 *Zambrano* fully referenced in note 1.

42 *Ivi*, paras. 50-54.

43 *Târşia* fully referenced in note 1.

44 Judgment of the ECJ of 7 April 2011, Case C-402/09, *Ioan Tatu* v. *Statul român prin Ministerul Finanţelor şi Economiei and others*.

45 *Târşia*, paras. 24-25.

46 *Ivi*, paras. 34-39.

47 Nonetheless – the Court concluded – 'it should be borne in mind that, according to settled case law, by reason (inter alia) of the fact that an infringement, by such a decision, of rights deriving from EU law

In all the examined cases, the Court invoked the utmost importance of the principle of *res judicata* for domestic legal orders and EU law too. There are two lines of cases.

First, the Court sought to limit the scope of internal rules stemming from the *res judicata* principle on an interpretative ground. Basing its reasoning on the principle of effectiveness in the application of EU law, the Court leads to rethink in a restrictive way the domestic scope of the principle, when this is necessary to assure the effective application of EU law and every time interpretative limitations do not heavily infringe certainty in legal relationships[48].

It is noteworthy that this approach has been endorsed by the Court when the dispute has still to be adjudicated, because judicial proceedings are still pending (at least to some degree): consequently, the domestic court involved can avoid breaching EU law. In this perspective we can read the cases *Olimpiclub*, *Pizzarotti* and *Banco Primus*.

The second line of cases concerns those disputes which have been definitively settled by final domestic judicial decisions not in compliance with EU law. If the conflict depends on an error of law which was not corrected for a choice of the parties, the *res judicata* principle prevails (as the *Kapferer* case shows). We can envisage two other situations: a) that the legal error in applying EU law is committed by a court of ultimate instance which has not referred the question to the ECJ and b) that an ECJ binding interpretation of EU law is subsequent to final domestic judicial decisions. In these cases, the *res judicata* principle prevails if, on the basis of the principle of procedural autonomy of the member States, internal rules do not breach either of the principles of equivalence and effectiveness.

In particular, effectiveness is mainly relied on when fundamental EU law regimes, amounting to the rank of public policy rules, such as in the case of consumer protection, are concerned. In this case, effectiveness is the way to properly balance competing interests so that prevalence is given to the most sensible and relevant values of the EU legal system as a whole. In no case did the Court undermine finality of domestic judgments *per se*. When, however, the standards of effectiveness and equivalence were not met by domestic legal orders, the Court simply assured *enforcement of EU law*, by enlarging the range of situations – already provided for by internal rules – which can result in forms of judicial review. *Asturcom*, *Târşia* and *Zambrano* fall under this line of reasoning.

5. A specific and partially different legal discourse is required by the ECJ case law concerning domestic *res judicata* and the EU legal framework on state aid[49].

cannot thereafter normally be corrected, individuals cannot be deprived of the possibility of rendering the State liable in order to obtain legal protection of their rights' (*ivi*, para. 40).

[48] As pointed out by A. Kornezov, Res Judicata *of National Judgments*, p. 826, the Court 'has in fact achieved a remarkably coherent result: it consistently rejected the broader national conceptions of *res judicata* in favour of a much stricter definition thereof'. See in the same perspective also pp. 825 and 828.

[49] On the specific regime of state aid in EU law, see generally A. Biondi, P. Eeckout, J. Flinn (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2014; C. E. Baldi, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Milano, 2016.

Lucchini is the first and best known case where an evident and unavoidable conflict existed between community law and a final domestic judicial decision[50].

The competent Italian authorities decided to grant Lucchini, an Italian company, a capital injection on the basis of the Italian law on state aid. The Commission stated that all of the aid intended for Lucchini was incompatible with the common market. Prior to the adoption of this Decision, Lucchini had brought civil proceedings to establish its right to the payment of all of the aid initially claimed. The Italian courts, without any question on EC law on state aid having been submitted by the parties, after the Commission's decision held that Lucchini was entitled to the aid in question. This judgment became final. Accordingly, the aid was disbursed to Lucchini. Since the Commission expressed its opinion that in this way the competent authorities had infringed Community law, the Italian competent Minister ordered Lucchini to repay the sum. Lucchini challenged such a decree and the 'Consiglio di Stato' found that that there was a conflict between the final Italian judgment and the Commission's decision[51].

The Court recalled that the Italian courts involved did not have jurisdiction to determine whether the State aid sought by Lucchini was compatible with the common market. Nor did they expressly rule on this compatibility[52]. Nonetheless, the Italian rules stemming from the *res judicata* principle set up a legal impediment to the application of EU law on state aid, because any question on the sums given to Lucchini as state aid could no longer have been raised. At this juncture, the Court found that 'the effect of applying that provision (i.e. art. 2909 civil code), interpreted in such a manner, in the present case would be to frustrate the application of Community law in so far as it would make it impossible to recover State aid that was granted in breach of Community law'[53].

And this would have entailed the consequence of a serious violation of the rule stating for the exclusive competence of the Commission, subject to the sole review by the Community Courts: that rule must apply within national legal orders – concluded the ECJ – as a result of the principle of primacy of Community law.

The Klausner Group and the Forestry Administration of a German Land concluded an agreement to supply wood[54]. A dispute arose and, by a final judgment, the Regional Court of Hamm held that the contracts at issue remained in force. Klausner then brought an action against the Land seeking payment of damages in respect of the failure to supply the wood. In the meanwhile, Germany informed the European Commission of the existence of non-notified aid, namely the contracts at issue which, in the opinion of that member State, were incompatible with the

[50] We won't examine the ECJ decision in *Commission* v. *Slovak Republic*, where a final domestic judgment entailed a debt to a public authority being partly written off and was thereafter categorized by the Commission as state aid. Since the Slovak Republic did not give sufficient information in order to establish whether it had taken all the measures available to it for the recovery of the unlawful aid, the Court could not establish whether the non-application of internal rules on the *res judicata* principle was the only remedy in order to assure recovery of the unlawful state aid (*ivi*, paras. 64-65).

[51] *Lucchini* fully referenced in note 1.

[52] *Ivi*, paras. 50-58.

[53] *Ivi*, para. 59.

[54] *Klausner* fully referenced in note 1.

internal market. The referring court took the view, for its part, that the contracts indeed constituted state aid and, as such, they were to be considered null and void. However, the Regional Court had held that the contracts at issue remained in force.

The European Court focused on the fact that the dispute which gave rise to the final judgment, on the one hand did not involve the issue of state aid and, on the other hand, aimed at obtaining a ruling that the contracts remain in force, despite the fact that the Land had rescinded them. In this case, however, the German law rule on *res judicata* effects precluded to raise questions, such as that of state aid, which could have been raised in an earlier action and which were not so raised[55].

National courts – the ECJ maintained – have to interpret provisions of national law in a manner which contributes to the implementation of EU law. Thus, the Court urged the referring court to seek an interpretation of German law which was in accordance to EU law. Only to the extent that national law left no option on an interpretative ground, the internal rules on *res judicata*, in making it impossible for national courts to satisfy their obligation to ensure compliance with TFEU, should not be applied. The Court noted that, by keeping in such broad terms the scope of German *res judicata*, 'both the State authorities and the recipients of State aid would be able to circumvent the prohibition laid down in the third sentence of Article 108(3) TFEU by obtaining, without relying on EU law on State aid, a declaratory judgment whose effect would enable them, definitively, to continue to implement the aid in question over a number of years'[56].

Furthermore, such an interpretation of national law was likely to deprive of any useful effect the exclusive power of the Commission[57].

The above analysed judgments show that *Lucchini* remains an exceptional case: the breach of community law as to the exclusive competence of EU Commission on state aid was so grave that the unique remedy was not to apply the Italian rules on *res judicata*. Therefore, the main legal tool was the strong assertion of the primacy of EU law over domestic law. In normal circumstances, however, the Court stressed the importance of the *res judicata* principle and, as in its case law discussed in para. 3, sought a balanced outcome between finality of domestic judicial decisions and compliance with EU law, through the principles of equivalence and effectiveness. As *Klausner* demonstrated, *res judicata* is not questioned at all; rather, its scope is limited on an interpretative ground.

6. As its case law considered as a whole shows, the Court seeks to find a balanced approach to the issues arising from the possible tension between the *res judicata* principle and effective application of EU law. Even though it avails of a number of reasons and principles, often not following a coherent and clear-cut outline, a fundamental aspect has to be stressed: the Court purportedly decides having regard to a practical goal, *i.e.* assuring to the largest extent the effective application of EU law. If this is the aim, the roads in pursuing it are numerous.

---

55 On the facts at issue, see our *Diritto dell'Unione e intangibilità del giudicato interno: l'ulteriore eccezione della normativa comunitaria sugli aiuti di Stato*, in *Iurisprudentia*, 8 March 2016, available online.

56 *Klausner*, para. 43.

57 *Ivi*, para. 45.

The first tool lies in arguing member state responsibility for EU law breaches attributable to domestic tribunals. The ECJ position is that the *res judicata* principle, far from being called in question *per se*, nonetheless does not bar claims for damages, which individuals could submit after having seen the rights bestowed on them by EU law frustrated. The effective application of EU law, in other words, requires the full reparation of damages even though they spring from judicial decisions of last instance which either have not applied or have misapplied EU law[58].

7. However, finality of domestic administrative orders or judgments is directly at issue when an actual conflict of norms exists between EU law, on the one hand, and those statements issued by domestic agencies or courts which, because of their finality, contain the specific rules governing the disputed facts, on the other hand. In this case, the effective application of EU law is pursued in a variety of ways.

The ECJ case law analysis brings to the surface the weight of the following factors:

1. *the nature of the final decision*, whether it comes from administrative authorities or from the judiciary or organs otherwise exercising judicial powers (for example arbitrators);
2. *the source of finality*, whether it derives from the expiry of reasonable time-limits due to the procedural conduct of the parties involved in the dispute, or from the exhaustion of remedies, without a question of interpretation being submitted to the Court by domestic tribunals as referral courts;
3. *the conditions of the dispute* dealing with the application of EU law, whether it is still pending, albeit related to other disputes which were already conclusively decided, or it has been definitively settled by misapplying EU law (without a question of EU interpretation being duly submitted to the Court and, in any case, when the Court stated the right interpretation of EU law only after the domestic judgment was delivered and became final);
4. *the matters of EU law* involved in the dispute.

Taking into account these four factors, a quite coherent line of reasoning can be drawn in the use of certain legal tools rather than others.

First of all, and as to the factor sub 1) – the nature of the final decision –, the Court referred to the principle of cooperation between EU and the member States as far as domestic administrative decisions are concerned, such as in the leading case *Kühne & Heitz*.[59] Cooperation, as worded in Art. 4(3) TFEU, is a quite flexible legal

[58] H. Scott, N. Barber, *State Liability under Francovich for Decisions of National Courts*, in *Law Quarterly Review*, 2004, p. 404; on the basis of the principles stated by *Francovich*, in *Traghetti del Mediterraneo*, para. 32, the ECJ specifically highlighted that liability for manifest infringement of Community law has to be assessed in the light of the existing situation, including the degree of clarity and precision of the rule infringed, whether the infringement was intentional, whether the error of law was excusable or inexcusable, the position taken, where applicable, by a Community institution and non-compliance by the court in question with its obligation to make a reference for a preliminary ruling.

[59] *Kühne & Heitz*. As to the topic of cooperation as principle, see M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, Oxford, 2014, p. 241 ff. According to the Author, '(…) loyalty largely evades common criteria for distinguishing general principles from other sources of Union law. In contrast to fundamental rights, it is neither directly effective nor does it constitute a standard for review of Union legal acts. As opposed to direct effect and supremacy, loyalty has a basis in the Treaty and does not ap-

tool and provides national legal orders with a sufficiently broad margin of appreciation in order to find the suitable ways for pursuing their compliance with EU law.[60] Cooperation is both a value and a method aimed at assuring the effective application of EU law to the largest possible extent. Thus, national legal orders are required, according to their internal rules, to correct, modify and revise those administrative decisions which entail non applying or misapplying EU law, with a *caveat*, namely that third party rights would not be unduly betrayed.

The principle of cooperation leads to a demanding standard of member state conduct: indeed, cooperating in the light of an effective application of EU law involves requiring use of all the reasonably available domestic measures in order to remove the non compliance with EU law. In other words, cooperation is a general principle with a large content which, by its nature, overturns the legal certainty underlying the principle of finality of domestic administrative decisions. In the framework of cooperation, legal certainty is sacrificed on the altar of EU legality. However, when the final decision is judicial in nature, the legal discourse changes.

8. In this case, the *res judicata* principle is regarded as a fundamental one and merely invoking cooperation is not enough to justify that EU law prevails. As a fundamental value and principle for both EU law and national legal orders, the *res judicata* principle, according to specific procedural rules set forth in member state laws, may legitimately hinder the application of conflicting EU law. In this regard, procedural autonomy of the member States is the core principle. It provides that, if EU law does not have its own procedural rules, national procedural law is applicable[61]. However, finality of judicial decisions has to be balanced with the harmonious and non discriminatory application of EU law through two principles, those of equivalence and effectiveness. We can maintain that, every time internal rules impede an effective and non discriminatory application (*vis-à-vis* domestic law) of EU law, the latter prevails even on the *res judicata* principle. Such a pre-eminence, nonetheless, works differently depending on the factors 2), 3) and 4) above mentioned, namely the source of finality, the conditions of the dispute and the matters involved.

---

ply by a clear set of rules. This means, however, that while we can thus speak of loyalty as a principle of Union law, expressing this broader scope of application, we should not refer to it as a general principle of Union law without inviting unfounded analogies as to its functions' (*ivi*, p. 250).

60 M. Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, points out that 'the Court considers loyalty to be a general principle that is not attached to the scope and wording of Article 4(3) TEU. This is especially true for judgments where the Court has stretched loyalty to establish controversial principles such as state liability' (*ivi*, p. 249).

61 As to the first formulation of the principle, see judgment of ECJ of 16 December 1976, Case 33/76, *Rewe-Zentralfinanz eG et Rewe-Zentral AG* v. *Landwirtschaftskammer für das Saarland*. In legal literature see D. U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione Europea*, Turin, 2009; S. Prechal, R. J. G. M. Widdershoven, *Effectiveness or Effective Judicial Protection: A Poorly Articulated Relationship*, in T. Baume, E. O. Elferink, P. Phoa, D. Thiaville (eds.), *Today's Multilayered Legal Order: Current Issues and Perspectives*, Paris, 2011, p. 283 ff.; A. Adinolfi, *The 'Procedural Autonomy' of Member States and the Constraints Stemming from the ECJ's Case Law: Is Judicial Activism Still Necessary?*, in H.-W. Micklitz, B. de Witte (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, 2012, p. 281 ff.

As to factor 2), *i.e.* the source of finality, if judicial decisions become final due to the inertia of the parties to the proceedings, even if these decisions wrongly apply EU law, stability and legal certainty overcome the purpose of an effective application of EU law (*Kapferer*). Effective application should be a concrete possibility, not a dogmatically absolute target. Yet, effective application of EU law may lead to limiting finality of judicial decisions when the exhaustion of national remedies and means of appeal does not allow the application of EU law at all (*Asturcom* and *Zambrano*).

Having regard to factor 3), *i.e.* the conditions of the dispute, if the main dispute has been already settled by a final judgment, a twofold breach of EU law may occur.

First of all, an error of law or fact in applying EU law has been committed during the judicial proceedings that has provoked incompatibility between the final judgment at issue and EU law (*Lucchini*). In the same vein, it may occur that it is the judicial system as a whole, irrespective of misapplications, that does not allow the judiciary to take into due account EU law (*Asturcom*, *Zambrano*).

In the second place, it is possible that this incompatibility arises after the domestic final judgment has been delivered, for the reason that the ECJ or others EU organs give an interpretation of EU law with which the final domestic judgment at issue conflicts (*Târşia*).

Against these breaches (and except for the possible action for damages), the ECJ has repeatedly reaffirmed the key role played by the *res judicata* principle. The main legal tool on which the Court has almost constantly relied on is the principle of procedural autonomy of member States. The actual rule set forth in the domestic final judgment at stake in order to regulate the disputing interests, however, may be overcome and superseded to the extent that the principles of equivalence and effectiveness have not been respected. Effectiveness is particularly involved every time the value of legal certainty entails an excessively high price to the detriment of EU law application. Eventually, such an assessment, as the cases *Asturcom* and *Zambrano* demonstrate, is carried out by comparing the situations created by domestic final judgments with the possible different outcomes deriving from the application of EU law. Indeed, if applying EU law allows to protect individual rights in a more fair and equitable way, without unduly infringing third party rights, then even final judgments may be reviewed through limited and specified routes. It is highly meaningful that this balancing approach has been yielded by the Court when the application of EU law concerned legal and social interests of primary importance, namely consumer rights.

The pre-eminence of EU law over the applicable internal rules of procedure on stability of judicial decisions has been obtained by broadening the ways already known by the involved national legal system in order to call into question such a stability. Moreover, these cases concerned summary civil proceedings during which there was no question of EU law misapplication but, rather, a question of non-application at all of EU law arose, depending on the functioning of the judicial system as a whole[62].

[62] As to the successive incompatibility between a final judgment and EU law stemming, particularly, from an ECJ decision, the Court did not find any violation of the principle of effectiveness in the case *Tarsia*. Here, legal certainty is given prevalence and the effective application of EU law, instead of

What, however, when the main dispute is still pending and a previous final judgment concerning correlated points of law or fact weighs on the outcome of the pending dispute in a way which leads to breach EU law[63]?

Facing this issue, the Court, far from contesting the *res judicata* principle, oriented the referring courts towards an interpretative ground in order to find a balance between legal certainty and effective EU law application. Indeed, it simply interpreted the *res judicata* principle so as to avoid breaches of EU law. In doing so, sometime the Court upheld the interpretative approach already existing in the national legal order: this is the case of the *Pizzarotti* judgment. Other times, conversely, the Court developed its own interpretation on the content and scope of the *res judicata* principle which, to some extent, differed from national procedural rules. Such an approach was espoused in the *Olimpiclub* decision as well as in the most recent decisions delivered in both *Klausner*[64] and *Banco Primus*.

9. The factor 4) finally lies in the matters involved in the dispute. We have already highlighted that effectiveness of EU law application has been the core of the ECJ reasoning as far as consumer rights have been concerned. Moreover, when the dispute involved the highly important topic of state aids, the Court on all occasions sacrificed stability of final domestic judgments in order to assure the proper application of EU law.

When domestic judicial decisions blatantly breached the constitutional architecture of the Community, undermining the very legal framework under which EC powers should be exercised, the rule of *res judicata* was knocked out in an un-nuanced and commanding way. Indeed, the legal tool used in this case was hierarchical and authoritative *par excellence*, namely the principle of EU law primacy over national legal orders[65]. This occurred in *Lucchini*.

---

calling in question the stability of final judgments, has been considered accomplished by means of an action for damages according to the *Köbler* philosophy.

[63] This situation is typically implicated by broad doctrines of *res judicata*, such as issue estoppel and cause of action estoppel known in the Anglo-American legal systems (see Y. Shany, *Reconsidering* Res Judicata, p. 357 ff.), or the German and Italian conceptions, which enlarge the scope of final judgments to all circumstances that can be invoked in support of the relief sought, including those which could have been invoked but were not (see A. Kornezov, Res Judicata *of National Judgments*, p. 816 ff.).

[64] As A. Kornezov, Res Judicata *of National Judgments*, p. 826, suggests, the ECJ 'has in fact achieved a remarkably coherent result: it consistently rejected the broader national conceptions of *res judicata* in favour of a much stricter definition thereof'. This led the Court, according to the Author, to preserve the hard core of *res judicata* doctrines – i.e. the triple identity test and the operative part of a judgment – 'in the name of legal certainty, while all additional elements should give way in the interest of the effective application of EU law'.

[65] As put by the Advocate General Jacobs: 'What the primacy of Community law requires in the first place is a general rule that, when a national court is confronted with a conflict between a substantive provision of national law and a substantive provision of Community law, the Community provision should prevail. It is easy to see that, in the absence of such a general rule, Community law would be a dead letter' (judgment of ECJ of 14 December 1995, Joined Cases C-430 and 431/93, *Van Schijndel and Johannes Nicolaas Cornelis van Veen* v. *Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, and opinion of Advocate General Jacobs delivered on 15 June 1995; compare also his opinion in judgment of the Court of 14 December 1995, case C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS* v. *Belgian Stat*). On primacy of EU law see K. Lenaerts, T. Corthaut, *Of Birds and Hedges: The Role of Primacy in Invoking Norms of EU Law*, in *European Law Review*, 2006, p. 287 ff.; R. Barents, *The Precedence of*

On the other side, when a question of competence between EC bodies and national organs, including judiciary, does not arise and the dispute is still pending before the referring court, the ECJ choose a more dialogical approach. As the *Klausner* judgment shows, in such a case the Court firstly urged the referring court to adopt a restrictive interpretation of the *res judicata* principle and, secondly, indicated to disapply the internal rules of procedure on the basis of the more elastic principle of effectiveness instead of that of supremacy.

10. Having assessed the ECJ case law on the limitations to the *res judicata* principle, we can explore the legal foundation of the answers given by the Court over the years.

In our view, the ultimate meaning and purpose of the legal reasoning in the ECJ case law, notwithstanding its apparent contradictions and a scarcely systemic definition of interpretative and operative rules, is deeply rooted in the primacy of EU law.

Since the beginning of its statements, the Court sought to devise EU law as a normative system requiring for its very existence, survival and future development, that both the Treaties and community regulations are effectively applied in the national legal orders of the Member States. As the Court stated in the pivotal judgment *Costa*, 'the ECC Treaty has created its own legal system which (…) became an integral part of the legal systems of the Member States and which their courts are bound to apply (…)'[66].

In *Simmenthal*[67], the Court asserted the priority of EC law which leads to disapply domestic law as the only possible legal tool in order to assure effectiveness for the obligations undertaken by the Member States under the Treaty[68].

Moreover, the effective application of EU law is the core of another pivotal ECJ judgment, namely *Factortame*[69], which resulted in setting aside an internal procedural rule of a Member State since 'the full effectiveness of Community law would be just as much impaired if a rule of national law could prevent a court seised of a dispute governed by Community law from granting interim relief (…)'[70].

However, the EU law system is not complete and, above all having regard to procedural ways through which effective application of its norms is carried out, it

---

EU Law from the Perspective of Constitutional Pluralism, in *The European Constitutional Law Review*, 2009, p. 421 ff.; M. Avbelj, *Supremacy or Primacy of EU Law – (Why) Does it Matter?*, in *European Law Journal*, 2011, p. 744 ff.; B. de Witte, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, in P. Craig, G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, p. 323 ff.

66 Judgment of the ECJ of 15 July 1964, Case 6-64, *Flaminio Costa* v. *E.N.E.L.*

67 Judgment of the ECJ of 9 March 1978, Case 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato* v. *Simmenthal SpA*.

68 *Ivi*, paras. 17-18, where the Court relied on effectiveness in the following terms: 'Indeed any recognition that national legislative measures which encroach upon the field within which the Community exercises its legislative power or which are otherwise incompatible with the provisions of community law had any legal effect would amount to a corresponding denial of effectiveness of obligations undertaken unconditionally and irrevocably by Member States pursuant to the Treaty and would thus imperil the very foundations of the Community'.

69 Judgment of the ECJ of 5 March 1996, Joined Cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA* v. *Bundesrepublik Deutschland* and *The Queen* v. *Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others.*

70 *Ivi*, par. 21.

requires full cooperation by Member States, on the one hand, and autonomy in the choice of forms, terms and conditions for the application of EU provisions in their national legal orders, on the other. In examining the ECJ case law, we have proved how the principle of procedural autonomy is important, particularly when a possible conflict with domestic *res judicata* is involved. Indeed, as far as primacy of EU law is concerned, procedural autonomy represents the other side of the coin: only availing of national procedural rules, can primacy of EU law be actually pursued.

As set forth in *International Fruit Company* in its classical terms, 'when provisions of the Treaty or of regulations confer power or impose obligations upon the States for the purposes of the implementation of Community law, the question of how the exercise of such powers and the fulfillment of such obligations may be entrusted by Member States to specific national bodies, is solely a matter for the constitutional system of each State'[71].

Further, it is noteworthy what the Court unequivocally stated in regard to Article 53 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union[72]. Indeed, the Court pointed out that, where an EU legal act calls for national implementing measures, national authorities and courts remain free to apply national standards of protection of fundamental rights. Nonetheless, both the level of protection provided for by the Charter, as interpreted by the Court, and the primacy, unity and effectiveness of EU law should not be compromised. The consequence is that higher levels of protection provided for by domestic legal norms, albeit constitutional, should be disregarded if they impair the effectiveness of EU law[73].

At the same time, we have highlighted that, if the principle of procedural autonomy is called to serve the purpose of applying EU law in the member States, it has to be intrinsically limited in order to guarantee in each and every case two minimal targets.

11. First of all, according to the principle of equivalence, non-discriminatory treatment of EU law cases *vis-à-vis* legal treatment of domestic situations is to be assured. As the Court put it in *Rewe*, 'it is for the domestic legal system of each Member State to designate the courts having jurisdiction and to determine the procedural conditions governing actions at law (…) it being understood that such conditions cannot be less favourable that those relating to similar actions at domestic nature'[74].

---

[71] Judgment of the ECJ of 15 December 1971, Joined Cases 51 to 54/71, *International Fruit Company NV and others* v. *Produktschap voor groenten en fruit*.

[72] According to this provision 'nothing in this Charter shall be interpreted as restricting or adversely affecting human rights and fundamental freedoms as recognised, in their respective fields of application, by Union law and international law and by international agreements to which the [European] Union or all the Member States are party, including the [ECHR] and by the Member States' constitutions'. See judgment of the Court of 26 February 2013, Case C-399/11, *Stefano Melloni* v. *Ministerio Fiscal*, concerning the European arrest warrant. See also judgment of the Court of 26 February 2013, Case C-617/10, Åklagaren v. *Hans Åkerberg Fransson*.

[73] *Melloni*, paras. 56-60.

[74] *Rewe*, para. 6.

In the second place, and according to the principle of effectiveness, procedural autonomy must not render 'practically impossible or excessively difficult the exercise of the rights conferred by [EU] law'[75].

Hence, when looking at EU law as a whole, we deal with a legal system which by its very nature requires to be completed by national legal orders: the latter coexist with the former according to principles of cooperation and coordination[76]. It does not matter whether this coexistence is predicated upon a monist, integrationist idea of the relationship between EU law and national legal orders or, as usually asserted by domestic constitutional courts, it relies on a dualist approach which leaves the two legal orders separate, albeit interdependent[77].

The fundamental assumption, in our opinion, is that EU law, as an autonomous legal system, is systematically integrated by national legal rules (also) through the principle of procedural autonomy of member States[78]. From the viewpoint of EU law, such an openness cannot be unlimited.

National legal rules are to be set aside when they risk hindering the purpose of the normative architecture of the European Union, which lies in the effective, consistent and uniform application of its rules throughout Europe, despite the different legal traditions of member States and the conflict with domestic rules as well[79]. The end of the effective application of EU law in order to create a uniform normative and economic space justifies supremacy of EU law as the legal tool aimed at not applying conflicting legal rules provided for by domestic regulations[80].

At this juncture, we maintain that, as in the national legal orders there are fundamental values and constitutional norms requiring mandatorily to be applied, in the same vein in EU law there are some core principles which cannot be frustrated without jeopardizing the EU legal system as a whole. In this regard, it is well known how consti-

---

75 Judgment of the ECJ of 10 July 1997, Case C-261/95, *Rosalba Palmisani* v. *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS)*, para. 40.

76 P. Eleftheriadis, *The Structure of European Union Law*, in *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2010, p. 121 ff.

77 M. Poiares Maduro, *Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action*, in N. Walker (ed.), *Sovereignty in Transition*, Oxford, 2003, p. 501; A. Somek, *Kelsen Lives*, in *European Journal of International Law*, 2007, p. 409 ff., esp. pp. 432-424; C. Grabenwarter, *National Constitutional Law Relating to the European Union*, in A. von Bogdandy, J. Bast (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Munich, 2010, p. 83 ff., esp. pp. 90-91.

78 The German Constitutional Court referred to the 'functional intertwinement of the European and Member State judiciaries' as well as to a 'partial functional incorporation of the ECJ into the domestic court system' (BVerfG, *Solange II*, BVerfG 73, 339, 376 passim). As pointed out by Klamert, *The Principle of Loyalty in EU Law*, p. 89, '[t]he focus of this concept is the necessity of the Member States to cope with the multifarious ways European law permeates the national legal order'. See also, for the Italian perspective, G. Gaja, A. Adinolfi, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2014, p. 180-190.

79 Effectiveness of EU law implies, as well known, the principle of direct effect which is in turn the starting point for understanding the operation of the doctrines of effective judicial protection and *effet utile* in the field of legal remedies against Member States; see W. Van Gerven, *Bridging the Gap Between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies?*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 679 ff.; S. Mayr, *Putting a Leash on the Court of Justice? Preconceptions in National Methodology v.* Effet Utile *as a Meta-Rule*, in *European Journal of Legal Studies*, 2012, p. 8 ff.; A. M. Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, Bari, 2015, p. 29 ff.

80 B. de Witte, *Direct Effect, Primacy, and the Nature of the Legal Order*, p. 323 ff.

tutional courts have set up a kind of general clause with the aim of protecting core principles and values of domestic constitutions even against international law and EU law.

According to this view, if national legal orders allow international law to be applied and to be preferred when there is a conflict with domestic law, the core constitutional principles and values prevail nonetheless. Thus, the latter favour the creation of a set of 'counter-limits', *i.e.* an exceptional and extraordinary tool through which the doors of national legal orders are closed to international law (and to EU law too). In other words, if the sovereignty of national legal orders is limited by international law and the EU law, this limitation is in turn limited by means of 'counter-limits'. Usually, legal literature deals with such a notion in the perspective of the national legal orders of member States: the constitutional principles and traditions of the latter may lead, under certain circumstances, to the non-application of EU law[81]. Moreover, there are authors who consider that, under the process of normative integration between national legal orders and EU law, general principles of EU law and general principles of domestic law orders should be reciprocally recognized and harmonized, by means of the dialogue among the ECJ and domestic supreme courts[82]. However, we maintain that a further step is to be made in order to complete the reciprocal coordination between EU law and national legal orders. Specifically, the normative category of 'counter-limits' can be usefully transposed by national legal orders to EU law, which has naturally sought to develop its foundation towards a constitutional form.

Indeed, EU law is naturally completed by national legal rules according, above all, to the principle of procedural autonomy. This process, however, is partially or totally switched off to the extent that the procedural autonomy of member States ends up frustrating the effective and equivalent application of EU law. In other terms, in the process of integration between national legal orders and EU law, where effective application of the latter is of paramount and constitutional importance, domestic law may be applied and invoked but through two 'counter-limits': the principles of equivalence and effectiveness. Each and every time domestic law entails discriminatory application of EU law (principle of equivalence) and/or an excessively difficult application of EU law (principle of effectiveness) tantamount to its non-application, national rules are to be set aside.

Two clarifications have to be made. First, it is here proposed a revisited model of 'counter-limits' where it is the ECJ itself – and not, as in the national legal orders, specific provisions of constitutional nature – that, at the same time, 'gives

---

[81] U. Villani, *I 'controlimiti' nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 493 ss.; O. Pollicino, *The New Relationship between National and the European Courts after the Enlargement of Europe: Towards a Unitary Theory of Jurisprudential Supranational Law*, in *Yearbook of European Law*, 2010, p. 65 ff.; H-J. Blanke, S. Mangiameli (eds.), *The European Union after Lisbon*, Heidelberg, 2012, p. 180 ff.; P. Faraguna, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015, 11 ss.; F. Viganò, *Obblighi di adeguamento al diritto UE e 'Counter-limits': la Corte costituzionale spagnola si adegua,* bon gré mal gré*, alla sentenza dei giudici di Lussemburgo nel caso* Melloni, in *Penale contemporaneo*, 9 marzo 2014, available online.

[82] A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Diritto comunitario e diritto interno*, p. 76 ff.; G. Strozzi, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 29 ff.

something' to domestic legal systems (by limiting the EU law in the light of their procedural autonomy) and 'takes off something' (by putting a limitation to the self-limitation of the EU law, where the core principles of the latter are concerned).

In the second place, while the notion of 'counter-limits' mainly involves principles and rules which are felt as enshrining fundamental values of a community in its historical and ethical development, under our revisited model of 'counter-limits' the issue apparently arises in regard to a formal rather than a material issue, namely the equivalent and effective application of EU law, whatever legal provision is concerned. If one looks more closely, however, equivalence and effectiveness are invoked when the integrity of the pillars underlying the very normative architecture of the Union is at stake.

As the theory of 'counter-limits' shows, invoking constitutional norms as a barrier towards international law and EU law remains an exceptional remedy in the hands of constitutional courts[83] for exceptional, unavoidable situations of normative conflict where, according to evaluations which by their very nature change over the time[84], a blatant violation of fundamental values concerning individuals or civil society as a whole is occurring. In the same vein, the procedural autonomy of member States, as mandatorily interpreted and applied by the Court of Justice, should be limited only to the extent that domestic legal rules heavily hinder the application of EU law: it is a highly thorny and continuously renewed work of balancing.

12. Insofar as the *res judicata* principle is concerned, some additional remarks should be drawn. Actually, *res judicata* is not only a procedural domestic rule. *Res judicata*, by serving the purpose of legal certainty, is both a public good for civil society as a whole and a private good in the framework of legal and social relationships. Even though its legal foundation is ambiguous and its scope varies from legal orders to others, in a European perspective *res judicata* is closely interrelated to the rule of law and to the right to a fair trial as well. Therefore, the principle of *res judicata* is also of utmost importance in EU law. In these terms, when domestic *res judicata* conflicts with EU law, a double constitutional issue arise.

In this case there is not only a classical struggle between procedural autonomy of member States and effective application of EU law. Furthermore, since *res judicata* is one of the core principles of EU law, an issue of conflict among fundamental values and principles of EU law itself is to be faced. Then, the ECJ case law on this topic may be still more convincingly interpreted in the light of the theory of 'counter-limits'. The Court strongly asserts the importance of the principle of procedural autonomy and, specifically, of the *res judicata* principle. Its legal reasoning turns on verifying whether there is a real or an apparent conflict between domestic law and EU law which could (and should) be overcome on interpretative grounds. If the conflict is real and unavoidable, and domestic *res judicata* does not allow an equivalent and/or effective application of EU law, the latter prevails. However, according to the philosophy and the rationale of 'counter-limits', the prevalence of

[83] R. Mastroianni, *Supremazia del diritto dell'Unione e 'controlimiti' costituzionali: alcune riflessioni in margine al caso* Taricco, in *Penale contemporaneo*, 7 novembre 2016, p. 9.
[84] *Ibidem.*

EU law through equivalence and effectiveness remains an exceptional remedy when *res judicata* is concerned.

As the ECJ case law demonstrates, *res judicata* was completely disregarded on the basis of supremacy of EU law only in the extraordinary circumstances underlying *Lucchini*. In the other cases, the principle has never been ruled out at all. Rather, by reference to effectiveness and equivalence, the scope of domestic *res judicata* has been narrowed in three main situations:

a. when finality of judgments risks breaching fundamental EU rules on the competence of EU organs (as in the recent case *Klausner* on state aids);
b. when strictly applying *res judicata* does not protect individual rights stemming from EU law and impairs a fair balance between legal certainty and individual rights (as occurred in the cases *Asturcom*, *Zambrano* and *Banco Primus* for the protection of consumer rights as a matter of European public policy); and
c. when *res judicata* entails prospective effects which would lead to definitively and systematically violate EU law in an unreasonable and disproportionate way (as the *Olimpiclub* and *Klausner* cases teach).

Thus, apart from the exceptional case of *Lucchini*, in all the cases where domestic rules of member States on *res judicata* have been questioned, rethought and rewritten to some extent by the Court, the principle of legal certainty as such has been at the same time confirmed. In other words, the Court has applied the *res judicata* principle, but by eliminating those normative elements which could have led not to allow an effective and equivalent implementation of EU law.

It is noteworthy that such a process, serving the purpose to resolve normative conflicts, has been recently adopted by the Italian Constitutional Court in its use of the theory of 'counter-limits', as far as the relationship between customary international law on state immunity and human rights' protection has been at stake[85].

Specifically, the Italian Constitutional Court maintained that customary international law on state immunity becomes automatically part of the Italian legal system, but in a way in accordance with fundamental human rights provided for by the

[85] After Italian judicial decisions upholding damage claims against Germany for Nazi crimes perpetrated in Italy during the Second World War (since the case *Ferrini* decided by the Corte di cassazione for which see A. Bianchi, Ferrini c. Repubblica Federale di Germania *(Italian Court of Cassation, Judgment of 11 March 2004). A Comment*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 242 ff.), the International Court of Justice, as is well known, stated that Italy had breached customary international law on state immunity (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany* v. *Italy: Greece intervening)*, judgment of 3 February 2012); for comments on this decision see B. Conforti, *The Judgment of the International Court of Justice on the Immunity of Foreign States: A Missed Opportunity*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 135 ss.; R. Pisillo Mazzeschi, *Il rapporto tra norme di jus cogens e la regola sull'immunità degli Stati: alcune osservazioni critiche sulla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012*, in *Diritti umani e Diritto internazionale*, 2012, p. 310 ss. The Italian Constitutional Court, however, maintained that customary international law could not impair fundamental human rights, such as the right to access to justice. In the decision no. 238 of 22 October 2014, it based its reasoning on the theory of 'counter-limits'; for a comment see F. M. Palombino, *Quale futuro per i giudizi di costituzionalità delle norme internazionali generali? Il modello rivisitato della sentenza interpretativa di rigetto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2015, p. 151 ff.; A. Tanzi, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di giustizia e Corte costituzionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2015, p. 13 ff.

Italian Constitution. When entering domestic law, the international norm is thereby transformed so that it 'leaves outside' all its normative components heavily conflicting with constitutionally fundamental values. In the same vein, the ECJ allows the *res judicata* principle as provided for by domestic legal orders to become part of EU law without those normative and/or interpretative elements tantamount to non-applying EU law rules (or to applying them in a non-equivalent way).

13. This Article confronts the common assumptions that the principle of *res judicata*, as a fundamental one in western legal systems at least, is called into question by the ECJ case law and that there is ambiguity in the approach developed over time by the Court. Indeed, the same cases have been read by legal literature now as heavily frustrating the notion itself of *res judicata* and now, conversely, as basically upholding the value of legal certainty which underlies all procedural domestic rules serving the purpose of assuring final judicial statements.

The analytical survey of the ECJ cases until the recent decisions in *Klausner*, *Zambrano* and *Banco Primus* allows to reach a more balanced position which, at the same time, takes into consideration both the statements of principle and the ways through which they work depending upon the specific factual and juridical circumstances of each case. It is undeniable that the Court has repeatedly asserted the utmost relevance of the *res judicata* principle as the main instrument in order to guarantee the prominent value of legal certainty in the member state legal orders and in EU law too.

In the same vein, the Court has starkly declared that the competences of EU organs, as stated by the TFEU, cannot be in any way derogated and violated, not even by (wrongful) final domestic judgments. It is true that the irreparable clash between EU law and national judgments occurred only in the *Lucchini* case which thereby remains exceptional in the history of ECJ case law on the issue under examination. And it is in such an extreme situation that the Court resorted to the principle of EU law supremacy.

In all the other cases, a balanced approach has been adopted and balanced outcomes have been reached. On the one hand, EU law deserves effective application in the member States. On the other hand, such an effective application avails of the procedural means provided for by each member State pursuant to the principle of procedural autonomy. The latter is the starting point: to the extent that domestic legal rules stemming from the *res judicata* principle lead to final judgments, the Court is abided by those judgments even if EU law could not be applied in the specific circumstances at issue.

Furthermore, *res judicata* is one of the main principles common to the legal traditions of EU Member States and on which EU law is founded as well. In this regard, the EU legal system is thereby integrated on a double level: by domestic procedural rules pursuant to the principle of procedural autonomy and by the *res judicata* principle which, far from being solely procedural in nature, underlies the overarching value of legal certainty. By paying due consideration to such a doubled normative level, we consider particularly apposite to use the notion of 'counter-limits' in order to describe how the principles of equivalence and effectiveness have a

place *in the process of adjustment concerning the scope* of the *res judicata* principle, as guided by the Court over the years.

Res judicata has never been contested by the Court as a principle and with reference to the specific rules flowing from it. The notion, content and scope of such a principle, however, were transformed, adjusted and rethought by the Court when it was necessary in order to coordinate and harmonize EU law and domestic legal orders of the member States involved. Equivalence and effectiveness have been used as the outer limits beyond which legal orders of the member States would unduly prevail on the EU legal system and frustrate both the meaning and purposes of the process of normative integration.

Our interpretation of the ECJ case law on the topic at stake makes it possible to identify two fundamental lines underlying the legal discourse on which the specific solutions of the Court were based: a) legal disputes definitively settled by final administrative orders or final judgments after all the remedies provided for by domestic law have been exhausted, and b) legal disputes which are still pending before domestic courts and which are related, nonetheless, to issues of fact or law already decided by final judgments at the end of different judicial proceedings.

As to the situations sub. a), the Court seeks to preserve the integrity of domestic *res judicata*, even though domestic courts misapplied EU law or a binding decision by the Court itself dictated an interpretation of EU law at odds with a domestic judgment delivered before that of the Court. The regular remedy for this kind of situation lies in the action for damages which individuals can submit to domestic courts for EU law infringements. Where however, pursuant to domestic law, remedies do exist in order to call into question and, partially or totally, reopen administrative or judicial proceedings otherwise concluded, these remedies have to become available in order to avoid, as far as possible, breaches of EU law. In this regard, the Court ends up broadening the scope of procedural tools already regulated by domestic law, so as to encompass the case of incompatibility between administrative or judicial final decisions and EU law, including judgments of the Court itself. Most ECJ cases fall under this line of reasoning.

Insofar as situations sub. b) are concerned, namely legal disputes which are still pending before domestic courts and which are related, nonetheless, to issues of fact or law already decided by final judgments at the end of different judicial proceedings, the Court rethinks restrictively the domestic scope of the *res judicata* principle. This occurs when an excessively broad scope of the principle, as interpreted in domestic law, leads: i) to non-apply EU law not only in the specific case at issue, but also with regard to an unpredictable number of future similar cases, giving rise thereby to a systematic and prospective EU law violation and, in any case ii) to infringe eminent EU legal rules in a way which, all the factual circumstances being considered, is disproportionate to the objective of legal certainty being pursued.

Both these approaches have been based either on the principle of equivalence or on that of effectiveness. The first requires equal treatment of claims based on a breach of national law and of similar claims based on a breach of EU law. If breaches of national law give rise to claims whose outcomes result in reopening or reconsidering to some degree final administrative or judicial decisions, similar breaches of EU law should be treated in the same manner. In the same vein, if national law allows

domestic courts to limit the scope of *res judicata*, such a power should be exercised so as to make the scope of final judgments compliant with EU law.

According to the principle of effectiveness, national law must not render practically impossible or excessively difficult the exercise of the rights conferred by EU law. As far as the *res judicata* principle is concerned, effectiveness of EU law specifically requires that, when legal certainty does not allow the effective protection of individual or general interests which deserve peculiar attention (such as state aid or consumer protection), even final judgments would be either called in question or that the interpretation of their operative parts would be restrictive.

Whereas equivalence and effectiveness have become the cornerstone in order to carry out a harmoniously normative integration between EU law and national legal orders, they work as general rules of restraint *vis* à vis the *res judicata* principle and the thorny questions around it. Their role of 'counter-limits' under a constitutional perspective helps to realize that domestic *res judicata*, far from being overruled, is flexibly shaped by the Court so as to promote coordination between the uniform enforcement of EU law and the normative architecture of national legal orders.

Abstract

A Flexible Legal Certainty: The EU Law 'Counter-limits' to the Principle of Domestic *res judicata*

Whatever the political, social and legal meanings underlying the principle of *res judicata*, in western countries finality of judicial decisions is currently deemed an inherent ingredient in the respect for the right to a fair trial. Consequently, the positions of the ECJ leading to question the quite absolute and dogmatic value of the principle, wherever it is or tends to be at odds with EU law, have brought about much debate. The article maintains that the principle of procedural autonomy of member States remains the cornerstone in the legal foundation of the ECJ statements on domestic *res judicata* vis-à-vis EU law. According to the ECJ, finality of domestic judgments has to be fully respected. At the same time, such an openness to domestic legal orders is not unlimited. The article suggests the adoption of the legal category of 'counter-limits': indeed, the ECJ case law may be read as an implicit form of recourse, through the principles of equivalence and effectiveness, to the 'counter-limits' doctrine so as to make the application of the *res judicata* principle more flexible. This has a twofold consequence: when there is a risk of conflict between the domestic *res judicata* principle and EU law, the Court, on the one hand, ends up broadening the scope of procedural tools already regulated by domestic law in order to allow final judgments to be revised and, on the other hand, it restrictively rethinks the domestic scope of the principle.

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 413-426

Claudio Di Turi*

L'Unione europea e i negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti (TTIP): quale tutela per i diritti dei lavoratori?

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni alle difficoltà che hanno condizionato l'evoluzione del negoziato per il *Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership*. – 3. Accordi commerciali internazionali, sviluppo sostenibile e norme in materia di diritti dei lavoratori: tendenze recenti in seno all'Unione europea. – 4. Il contenuto normativo delle disposizioni sociali inserite negli accordi conclusi dall'UE: loro raffronto con i *Labour chapters* degli omologhi accordi negoziati dagli Stati Uniti. – 5. Il diverso approccio da parte del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo ai diritti dei lavoratori nell'Accordo di partenariato, e le possibili ricadute negative sulla loro tutela. – 6. Conclusioni.

1. Il perdurare della crisi economica e finanziaria nei Paesi membri dell'Unione europea (UE), il consolidarsi della Cina quale potenza globale concorrente sui mercati internazionali, i limitati progressi nei negoziati multilaterali relativi alla c.d. Agenda di Doha in seno all'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)[1] uniti a una preoccupante diminuzione della base industriale tra le due sponde dell'Atlantico e a una conseguente elevata disoccupazione, hanno indotto l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America a intavolare negoziati volti alla creazione del c.d. *Partenariato transatlantico per gli scambi e gli investimenti* (TTIP) attraverso un accordo di libero scambio (FTA) che, in virtù dell'importanza e della grandezza

* Associato di Diritto internazionale nell'Università della Calabria.

[1] Com'è noto, il *Doha Round* è stato avviato con la Dichiarazione adottata dalla Conferenza ministeriale dell'OMC, del 14 novembre 2001, doc. WT/MIN(01)/DEC/1, per rafforzare il sistema multilaterale degli scambi (anche) attraverso il rilievo attribuito allo sviluppo sostenibile. Un'implicita ammissione del ritardo nell'attuazione del Programma di Doha, e delle divisioni esistenti in ordine ad esso, può essere considerata la Dichiarazione ministeriale adottata nella riunione di Nairobi (del 19 dicembre 2015, doc. WT/MIN(15)/DEC) in cui si è registrata una netta divisione tra "Members [which] reaffirm the Doha Development Agenda (…) [while] other Members do not reaffirm the Doha mandates, as they believe new approaches are necessary to achieve meaningful outcomes in multilateral negotiations. Members have different views on how to address the negotiations" (parte III).

delle economie coinvolte, è stato definito *Mega-Regional*[2]. Nelle intenzioni dei suoi proponenti, il partenariato dovrebbe essere articolato su tre pilastri: potenziamento del reciproco accesso al mercato dei beni, dei servizi, degli investimenti e degli appalti pubblici; riduzione degli ostacoli non tariffari e miglioramento della compatibilità dei rispettivi regimi normativi[3]; sviluppo di regole condivise in settori quali, *inter alia*, l'ambiente e il lavoro, da disciplinare "taking into account work done in the Sustainable Development Chapter (SDC) of EU trade agreements and the Environment and Labour Chapters of U.S. trade agreements"[4].

Come si vedrà anche *infra* (par. 2) i negoziati, protrattisi finora attraverso ben quindici *rounds*, hanno registrato fasi alterne; tuttavia, nonostante fosse stata raggiunta una certa convergenza tra le rispettive posizioni su alcuni specifici profili materiali, essi sono entrati in una fase di stallo a causa di più fattori concomitanti di diverso peso e natura. Si ritiene che un impulso decisivo alla ripresa delle trattative, ovvero alla loro interruzione, potrà venire dagli orientamenti della nuova amministrazione statunitense; nell'attesa, non pare superfluo fornire, anche attraverso l'individuazione di talune criticità emerse durante il negoziato, una descrizione delle proposte avanzate dall'UE in materia di diritti dei lavoratori al fine di valutare quale tutela potrebbe venire accordata a tali soggetti se l'Accordo dovesse essere concluso. A tal fine, dopo avere dato conto della recente prassi di questo ente attuata attraverso la conclusione di accordi commerciali con Stati terzi contenenti disposizioni in materia sociale, il cui contenuto normativo verrà esaminato anche in rapporto agli analoghi FTA conclusi dagli Stati Uniti d'America, si trarranno alcune conclusioni circa la possibile evoluzione del negoziato, la cui ripresa al momento non è affatto certa.

2. Come si è avuto modo di accennare, l'andamento non lineare del negoziato per il TTIP è stato causato da alcune difficoltà emerse durante le trattative; esse sono ascrivibili per un verso a fattori di natura squisitamente politica talvolta estranei ad esse e, per altro verso, alle ordinarie dinamiche contrattuali tra Parti. Tra i primi, è opportuno rammentare anzitutto il risultato del referendum tenutosi nel Regno Unito (giugno 2016) avente ad oggetto il recesso dall'UE con l'incerta prospettiva temporale dell'avvio dei negoziati *ex* art. 50 del Trattato UE volto a definirne le

[2] Così R. Leal-Arcas, *Mega-Regionals and Sustainable Development*, in *Renewable Energy Law and Policy Review*, 2015, p. 248 ss. Tra i primi commenti sul TTIP, M. Cremona, *Negotiating the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in *Common Market Law Review*, 2015, p. 351 ss.

[3] Fuoriesce dall'ambito di questo scritto un'analisi circa gli eventuali riflessi che la cooperazione nel campo normativo, attraverso la produzione di regole di natura prevalentemente amministrativa, avrebbe sulla sovranità normativa dell'UE in relazione alla scelta dei settori materiali di regolamentazione giuridica oggetto di proposta legislativa, e sul controllo democratico realizzato dai cittadini europei sulle attività delle istituzioni nell'esercizio dei loro poteri normativi. Secondo P. Acconci, *La cooperazione nel campo normativo negli accordi in materia di commercio internazionale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 1071 ss., tale tipo di cooperazione non sarebbe volta solo alla semplificazione delle barriere non tariffarie alla liberalizzazione degli scambi, ma a recuperare in capo ai suoi attori un ruolo di "*global standard-setters*" nelle relazioni economiche internazionali, caratterizzate dal moltiplicarsi dei loro protagonisti (pp. 1087-1092).

[4] Così la relazione finale dell'*High Level Working Group on Jobs and Growth* (HLWG) (www.trade.ec.europa.eu). All'organo, costituito nel 2011 nell'ambito del Consiglio economico transatlantico, era stato domandato d'individuare "policies and measures to increase U.S.-EU trade and investment to support mutually beneficial job creation, economic growth, and international competitiveness".

modalità, nonché l'impatto negativo che l'iniziale opposizione del Parlamento della Vallonia alla firma del *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA)[5] tra l'UE e il Canada ha avuto sulla credibilità dell'UE in ordine alla portata dei futuri impegni negoziali (tra cui il TTIP) con Stati terzi. È indubbio, però, che il freno politicamente più rilevante alla prosecuzione dei negoziati si è concretizzato con l'elezione alla Presidenza degli Stati Uniti d'America di Donald Trump che, in coerenza con quanto dichiarato in campagna elettorale circa la propria volontà di rinegoziare alcuni accordi commerciali internazionali in vigore per gli Stati Uniti, e di rivedere quelli attualmente in discussione, ha interrotto l'*iter* che avrebbe dovuto condurre alla ratifica del Trattato istitutivo della *Trans-Pacific Partnership* (TTP)[6] firmato nel febbraio 2016 con altri undici Paesi dell'area pacifico-asiatica, ritenuto dannoso per il sistema industriale USA e gli interessi dei lavoratori in termini di livelli salariali e occupazionali.

L'impatto negativo di tali fattori sui negoziati è stato amplificato dalle critiche espresse da vasti settori della pubblica opinione e della dottrina[7] che ne hanno contestato la presunta scarsa trasparenza[8] e il carattere antidemocratico: a tali censure le istituzioni dell'UE hanno cercato di porre rimedio attraverso iniziative volte a

[5] Nel mese di ottobre 2016, l'Assemblea regionale della Vallonia approvava una risoluzione in cui grazie ai poteri attribuitile in materia dalla Costituzione belga, domandava all'esecutivo locale di non accordare pieni poteri al governo centrale per esprimere in sede di Consiglio UE il proprio consenso all'approvazione del CETA. Successivamente, i rappresentanti dell'UE e il governo canadese superando le resistenze della Vallonia pervenivano alla firma dell'Accordo, e il Parlamento europeo ne approvava la conclusione con la risoluzione del 15 febbraio 2017, Accordo economico e commerciale globale tra il Canada e l'Unione europea, doc. P8_TA-PROV(2017)0030, consentendone l'applicazione provvisoria. Si noti, peraltro, che in un *Joint Interpretative Instrument* del Consiglio dell'Unione europea, del 27 ottobre 2016, doc. 13541/16 LIMITE, concluso contestualmente alla firma dell'Accordo, le Parti si sono impegnate a proseguire i negoziati su uno dei punti maggiormente controversi, ossia il meccanismo di soluzione delle controversie tra gli investitori privati e le Parti contraenti contemplato nell'Accordo. In argomento, cfr. A. Bonfanti, *Domestic Policy Space and the Settlement of Trade Disputes under the EU-Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement*, 2016, www.transnational-dispute-management.com; G. Van Harten, *A Parade for Reforms: the European Commission's Latest Proposals for ISDS*, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 21/2015, papers.ssrn.com. Per una panoramica delle differenti modalità di soluzione delle controversie esistenti nei *Mega-regionals*, v. S. Schacherer, *TPP, CETA and TTIP between Innovation and Consolidation-Resolving Investor-States Disputes Under Mega-regionals*, in *Journal of International Dispute Settlements,* 2016, p. 628 ss.

[6] Nel Preambolo si indicava la finalità dell'Accordo: "establish a comprehensive regional agreement that promotes economic integration to liberalise trade and investment, bring economic growth and social benefits, create new opportunities for workers and businesses, contribute to raising living standards, benefit consumers, reduce poverty, and promote sustainable growth", da perseguirsi attraverso la creazione di un'area di libero scambio, disponibile su www.ustr.gov.

[7] Così P. Bilancia, *Il complesso avvio del partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti*, in Id. (a cura di), *I negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti*, Milano, p. 7 ss., pp. 9-10, che, in ragione del fatto che alcune materie oggetto di regolamentazione tendono ad oltrepassare le competenze dell'Unione e a incidere su normative statali (salute, ambiente), teme rischi connessi all'attenuazione della rappresentanza e della partecipazione democratica nei Parlamenti nazionali. Queste argomentazioni sono riprese anche da P. Garcia-Duran, L. J. Eliasson, *The Public Debate over Transatlantic Trade and Investment Partnership and its Underlying Assumptions*, in *Journal of World Trade,* 2017, p. 23 ss.

[8] V. F. Nicola, *The Paradox of Transparency: the Politics of Regulatory Cooperation in the TTIP Negotiation*, 2015, www.sidi-isil.org.

favorire maggiore visibilità alla trattativa mediante la diffusione di documentazione (pur preservando la riservatezza necessaria al fine di non compromettere la propria libertà negoziale)[9] e il coinvolgimento della società civile[10]. Ciò ha talvolta stimolato ripensamenti di proposte inizialmente pubblicizzate, come dimostra la questione dell'inserimento nel TTIP di un meccanismo di soluzione delle controversie tra Stato ospite e investitore privato relativo agli investimenti, che pare utile riassumere.

Nelle direttive negoziali impartite dal Consiglio alla Commissione si prevedeva il diritto degli investitori di "avere a disposizione l'ampia gamma di fori di arbitrato attualmente prevista dagli accordi bilaterali sugli investimenti conclusi dagli Stati membri"[11], attraverso il modello *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) che, criticato in dottrina[12], è stato discusso anche all'interno delle istituzioni dell'UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che ha attribuito all'Unione la competenza in materia d'investimenti esteri diretti (art. 207 TFUE)[13]. In relazione al TTIP, successivamente all'adozione delle direttive negoziali del Consiglio il Parlamento europeo raccomandava alla Commissione di "sostituire il sistema ISDS con un nuovo sistema per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati, soggetto ai principi e al controllo democratici, nell'ambito del quale i casi siano trattati in modo trasparente da giudici togati, nominati pubblicamente e indipendenti durante

[9] Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 luglio 2015, Negoziati riguardanti il partenariato transatlantico su commercio e investimenti (TTIP), doc. P8_TA(2015)0252, Preambolo, lettere m) e q), e art. 2, lett. e), punti i) e ii). Di seguito: doc. P8_TA(2015)0252.

[10] Comunicazione della Commissione alla Commissione sulla Trasparenza nei negoziati per il TTIP, del 25 novembre 2014, C(2014) 9052. Sul significato di tale decisione, v. E. Fahey, *On the Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP) Negotiations for the EU Legal Order: A Legal Perspective*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2016, p. 327 ss., p. 332.

[11] 17 giugno 2013, doc. 11103/13 DCL1, pp. 8-9.

[12] Dubbi sono stati manifestati sull'opportunità di escludere la competenza dei giudici nazionali in favore di arbitri scelti dall'investitore privato e dallo Stato ospite, paventando rischi di subordinazione degli interessi pubblicistici a quelli degli investitori privati, criticando la (presunta) parzialità degli arbitri, favorita a volte dall'esistenza di conflitto d'interessi, la contraddittorietà delle sentenze arbitrali, quando non addirittura l'assenza di trasparenza del procedimento nonché i suoi costi. Così M. Frigo, *La risoluzione arbitrale delle controversie tra investitore straniero e Stato ospite negli accordi e nei negoziati commerciali dell'Unione europea*, in P. Bilancia, *op. cit.*, p. 199 ss., p. 205, che intravvede nel modello ISDS "l'arma delle multinazionali contro la sovranità degli Stati". In conformità, G. Van Harten, *A Report on the Flawed Proposals forIinvestor-State Dispute Settlement (ISDS) in TTIP and CETA*, Osgoode Legal Studies Research Paper No. 16/2015, papers.ssrn.com. *Contra*, J. Weiler, *European Hipocrysy: TTIP and ISDS*, in *EJIL: Talk!*, www.ejiltalk.org., e W. Choi, *The Present and Future of the Investor-State Dispute Settlement Paradigm*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 725 ss., che ritiene l'ISDS strumento più idoneo del giudice nazionale ad assicurare la tutela degli interessi degli investitori privati, in virtù delle specifiche competenze tecniche possedute dagli arbitri (p. 734 ss.).

[13] M. Bronckers, *Is Investor-State Dispute Settlement (ISDS) Superior to Litigation Before Domestic Courts? An EU View on Bilateral Trade Investment*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 655; J. Kleinheisterkamp, *Is there a Need for Investor-State Arbitration in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)?*, 2014, papers.ssrn.com. Sulla natura della competenza dell'UE in materia d'investimenti v. A. De Luca, *La competenza dell'Unione europea sugli investimenti esteri*, Torino, 2012; Id., *The Legal Framework for Foreign Investments in the EU: The EU Internal Market Freedoms, the Destiny of Member States' BITs, and Future European Agreements on Protection of Foreign Investments*, in L. Trackman, N. Ranieri (eds.), *Regionalism in International Investment Law*, Oxford, 2013, p. 120 ss.

udienze pubbliche e che preveda un meccanismo di appello in grado di assicurare la coerenza delle sentenze e il rispetto della giurisdizione dei tribunali dell'Unione e degli Stati membri, e nell'ambito del quale gli interessi privati non possano compromettere gli obiettivi di interesse pubblico"[14].

La raccomandazione del Parlamento europeo veniva recepita dalla Commissione che ha proposto l'istituzione di un *Investment Court System*[15] permanente articolato su un doppio grado di giudizio, che intende rappresentare un modello per ogni futuro accordo concluso in materia dall'UE ancorandolo al "*public law approach*" del diritto internazionale degli investimenti[16]. Solo un'eventuale ripresa del negoziato consentirà di verificare i seguiti del progetto.

3. La prassi dell'UE d'inserire nei trattati commerciali internazionali di ultima generazione i SDC che comprendono norme sui diritti dei lavoratori[17] ha origine in un documento della Commissione[18] e costituisce una delle maggiori novità nella

[14] Art. 2, lett. d), xv, doc. P8_TA(2015)0252.

[15] Disponibile su www.trade.ec.europa.eu. La proposta è inserita nel capitolo II (Investment), Section 3, Resolution of Investment Disputes and Investment Court System.

[16] Così S. Schill, *The European Commission's Proposal of an "Investment Court System" for TTIP: Stepping Stone or Stumbling Block for Multilateralizing International Investment Law?*, 2015, www.asil.org. Tuttavia, secondo C. Titi, *The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead*, 2016, papers.ssrn.com, pp. 27-32, il nuovo sistema non può ritenersi un completo superamento del modello ISDS. In argomento, v. pure F. Baetens, *The European Union's Proposed Investment Court System: Addressing Criticisms of Investor-State Arbitration While Raising New Challenges*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2016, p. 367 ss.

[17] Esempi significativi di tale tendenza sono gli accordi conclusi con gli Stati appartenenti al Cariforum (2008), Corea (2010), Perù/Colombia (2012), Stati dell'America centrale (2012), Ucraina (2014), Georgia (2014), Moldova (2014), Singapore (2014) Vietnam (2016), Canada (2016), i cui testi sono disponibili su www.ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions. Si noti che l'Accordo col Canada contiene distinti capitoli su Commercio e sviluppo sostenibile, Commercio e Lavoro, Commercio e Ambiente. Si veda il rapporto della Commissione europea del 15 settembre 2008, The Use, Scope and Effectiveness of Labour and Social Provisions and Sustainable Development Aspects in Bilateral and Regional Free Trade Agreements, www.ec.europa.eu, e, in dottrina, T. Takacs, *Situating the Transatlantic Trade and Investment Partnership (negotiations) in European Union Common Commercial Policy*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2016, p. 341 ss., pp. 342-344. Solitamente, gli accordi di libero scambio di nuova generazione sono accordi c.d. misti, ossia conclusi dal Consiglio per la parte di competenza dell'Unione previa approvazione del Parlamento europeo, entrano in vigore in via provvisoria in attesa del completamento delle procedure di ratifica nazionali, non hanno efficacia diretta: pertanto, con A. Lang, *Il TTIP nel quadro della politica commerciale comune dell'Unione europea*, in P. Bilancia, *op.cit.,* p. 128 ss., p. 145, è "ragionevole pensare che i tratti comuni agli accordi di libero scambio di nuova generazione caratterizzeranno anche il TTIP". Sulla prassi recente dell'UE in tema di efficacia diretta dei FTA, con particolare riferimento alle tecniche impiegate per escludere tale caratteristica, cfr. A. Semertzi, *The Preclusion of Direct Effect in the Recently Concluded EU Free Trade Agreements*, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 1125 ss., p. 1129. Per E. U. Petersmann, *When the Sovereign Sleeps: Who Protects Fundamental Rights and Other "Public Goods" in Transatlantic Free Trade Agreements?*, 2017, papers.ssrn.com, l'esclusione di effetti diretti dev'essere criticata in quanto "EU citizens have legal and democratic reasons to challenge 'anti-citizen clauses' in transatlantic FTAs by insisting on EU compliance with the 'cosmopolitan foreign policy mandate' of the Lisbon Treaty (e.g. in Articles 3 and 21 TEU). The EU's 'cosmopolitan foreign policy constitution' is a 'republican strength' of the EU; it enhances the democratic capabilities of the EU" (p. 3).

[18] Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 4 ottobre 2006, Europa globale: competere nel mondo. Un contributo alla

condotta negoziale di questo ente, che ha da qualche tempo orientato la propria politica commerciale[19] in favore di un approccio parallelo rispetto all'ordinamento giuridico dell'OMC attraverso la conclusione di accordi ritenuti compatibili con esso[20]. Più in generale, essa costituisce una rilevante manifestazione della pratica internazionale circa la compatibilità tra il libero scambio di beni e servizi e i diritti dell'uomo in materia di lavoro[21].

---

strategia per la crescita e l'occupazione dell'UE, COM(2006)567 def., p. 11: "All'atto di contemplare la stipula di nuovi FTA dovremo fare in modo di rafforzare lo sviluppo sostenibile tramite i nostri rapporti commerciali bilaterali. In questo potrebbe rientrare l'inclusione di nuove disposizioni di cooperazione in ambiti concernenti gli standard lavorativi (…)". In seguito: COM(2006)567 def.

[19] Sulla politica commerciale dell'UE, v. R. Baratta, *La politica commerciale comune dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2012, p. 403 ss.; M. E. Bartoloni, *Politica estera e azione esterna dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 27 ss.; A. Caligiuri, *Politica commerciale*, 2014, www.treccani.it.

[20] COM(2006)567 def., p. 9: "Gli accordi di libero scambio, se gestiti con attenzione, possono prendere le mosse dalle regole dell'OMC e altre regole internazionali per andare oltre e procedere più celermente al fine di promuovere l'apertura e l'integrazione, affrontando tematiche che non sono pronte per una discussione multilaterale e preparando il terreno per il successivo livello di liberalizzazione multilaterale. Ma essi comportano anche rischi potenziali per il sistema multilaterale di scambi. Essi possono complicare gli scambi, erodere il principio della non discriminazione ed escludere le economie più deboli. Per avere un impatto positivo gli FTA devono essere di ampia portata, prevedere la liberalizzazione sostanzialmente di tutti gli scambi e andare al di là delle discipline dell'OMC. La priorità dell'UE sarà di assicurare che i nuovi FTA, compresi i nostri, servano da base, e non da ostacolo alla liberalizzazione multilaterale". In dottrina, v. A. Van Vaeyenberge, P. Pecho, *Free Trade Agreements after the Treaty of Lisbon in the Light of the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in *European Law Journal*, 2014, p. 749 ss., e A. Antimiani, L. Salvatici, *Regionalism versus Multilateralism: The Case of the European Union Trade Policy*, in *Journal of World Trade*, 2015 p. 253 ss. La possibile influenza degli ALS di ultima generazione sul diritto OMC, attraverso la rilevanza assunta dai valori non commerciali, è analizzata da G. Ruotolo, *Gli accordi commerciali di ultima generazione dell'Unione europea e i loro rapporti col sistema multilaterale degli scambi*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 329 ss., pp. 352-354. Sia consentito inoltre il rinvio a C. Di Turi, *La strategia commerciale dell'Unione europea tra regionalismo economico e multilateralismo: quale ruolo per gli accordi di libero scambio di nuova generazione?*, *ivi*, 2014, p. 81 ss.

[21] Si veda la risalente comunicazione della Commissione, del 18 luglio 2001, Promozione delle norme fondamentali del lavoro e miglioramento della governance sociale nel quadro della globalizzazione, COM(2001)416 def. In dottrina, la problematica è stata solitamente trattata sotto un duplice angolo visuale: da un punto di vista giuridico, si rinvia al recente studio di O. De Schutter, *Trade in the Service of Sustainable Development. Linking Trade to Labour Rights and Environmental Standards*, London, 2015, per il quale l'incompatibilità tra diritto del commercio internazionale e diritto internazionale del lavoro è una manifestazione della frammentazione del diritto internazionale contemporaneo (p. 26 ss.); quanto all'aspetto economico, non esistono dati empirici certi tali da dimostrare una tutela accresciuta dei diritti dei lavoratori risultanti dalla liberalizzazione degli scambi, piuttosto che un loro indebolimento. Per un verso, infatti, dall'incremento degli scambi possono derivare miglioramenti della produttività e della competitività, un aumento del reddito, della domanda di beni prodotti nel rispetto delle norme sociali, e quindi un rafforzamento della loro garanzia (c.d. canali del reddito, della produttività e reputazionale). Per altro verso, la maggiore concorrenza indotta dalla liberalizzazione, può convincere gli Stati e le imprese ad abbassare i costi legati al fattore lavoro per ristabilire l'equilibrio competitivo (c.d. canale dei costi). In argomento, cfr. pure L. Bartels, *International Economic Law and Human Rights: Friends, Enemies or Frenemies?*, in *European Yearbook of European Law*, 2016, p. 485 ss.; F. Weiss, *Elusive Coherence in International Law and Institutions: The Labour–Trade Debate* in M. Cremona, P. Hilpold, N. Lavranos, S. Staiger Schneider, A. Ziegler (eds.), *Reflections on the Constitutionalization of International Economic Law*, Leiden, 2014, p. 577 ss.; M. Kolsky Lewis, *Human Rights*

Al fine di riassumere gli elementi normativi dei SDC più funzionali agli scopi di questo scritto (v. *infra*, par. 4), è necessario preliminarmente tentare di fornire un inquadramento del principio dello sviluppo sostenibile nell'ordinamento giuridico UE in rapporto alla politica commerciale, che da tempo viene colto in una triplice accezione – economica, sociale ed ambientale[22] – alla luce dei più importanti strumenti internazionali quali, *inter alia*, il Rapporto Bruntland[23], la Dichiarazione di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile[24] e, da ultimo, la nuova Agenda delle Nazioni Unite per lo sviluppo sostenibile adottata dall'Assemblea generale[25] che prevede il raggiungimento di diciassette obiettivi di sviluppo sostenibile entro il 2030[26]; ad essi, va aggiunta la comunicazione della Commissione del 14 ottobre 2015, Commercio per tutti. Verso una politica commerciale e di investimento più responsabile, in cui questa istituzione, affermata la compatibilità tra sviluppo sostenibile, politica estera e politica commerciale, indica in quest'ultima uno strumento efficace per promuovere "gli aspetti sociale e ambientale dello sviluppo sostenibile"

Provisions in Free Trade Agreements: Do the End Justify the Means?, in *Loyola University Chicago International Law Review*, 2014, n. 12, p. 1 ss.

[22] Esso è menzionato nel Preambolo, par. 9, nonché negli articoli 3, par. 3, e 21, par. 2, lettere d) e f) del TUE; negli articoli 4, par. 2, lett. e), e 11, e nel Titolo XX (Ambiente) del TFUE; nel Preambolo, par. 3, e nell'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Cfr. pure le comunicazioni della Commissione del 15 maggio 2001, Sviluppo sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile, COM(2001)264 def., pp. 2 e 17; e del 13 febbraio 2002, Verso un partenariato globale per uno sviluppo sostenibile, COM(2002)82 def., p. 9. Per un'analisi recente, v. E. Reid, *Balancing Human Rights, Environmental Protection and International Trade. Lessons from the EU Experience*, Oxford, 2015.

[23] *Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future* (Chairman Foreword), del 4 agosto 1987, UN Doc. A/42/427, p. 6 ss.: "The environment does not exist as a sphere separate from human actions, ambitions, and needs, and attempts to defend it in isolation from human concerns have given the very word 'environment' a connotation of naivety in some political circles".

[24] UN Doc. A/CONF.199.20, del 4 settembre 2002: "We assume a collective responsibility to advance and strengthen the interdependent and mutually reinforcing pillars of sustainable development – economic development, social development and environmental protection – at the local, national, regional and global levels" (art. 5).

[25] *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, UN Doc. A/RES/70/1 del 21 ottobre 2015. Nel par. 2 della Dichiarazione, gli Stati membri s'impegnano "to achieving sustainable development in its three dimensions – economic, social and environmental – in a balanced and integrated manner", e nel par. 9 essi "envisage a world in which every country enjoy (…) sustainable development, including sustained and inclusive economic growth, social development, environmental protection".

[26] Tra questi, mette conto menzionare l'obiettivo n. 8 ("Promote sustained, inclusive and sustainable economic growth, full and productive employment and decent work for all"), i cui obiettivi intermedi prevedono "Take immediate and effective measures to eradicate forced labour, end modern slavery and human trafficking and secure the prohibition and elimination of the worst forms of child labour, including recruitment and use of child soldiers, and by 2025 end child labour in all its forms" (8.7), e "Protect labour rights and promote safe and secure working environments for all workers (…)" (8.8). La natura multidimensionale e integrata dello sviluppo sostenibile è stata affermata nelle conclusioni del Consiglio del 26 maggio 2015 nel quadro della posizione dell'UE rispetto alla citata Agenda ONU per lo sviluppo sostenibile: A New Global Partnership for Poverty Eradication and Sustainable Development after 2015, doc. 9241/15: "The new agenda should aim to eradicate poverty in all its forms and to achieve sustainable development in its three dimensions in a balanced and integrated manner […] it should take an integrated approach, addressing the economic, social and environmental dimensions of sustainable development in a balanced manner (…)" (par. 8).

al fine di assicurare che "la crescita economica vada di pari passo con la giustizia sociale (…) e norme rigorose in materia di lavoro e di ambiente"[27].

I SDC, evocati in alcune recenti comunicazioni in materia di politica commerciale e cooperazione allo sviluppo[28], vengono richiamati nel citato documento COM(2015)497 def. con riferimento alle disposizioni in materia sociale da inserire nel TTIP, che dovrebbero riflettere "impegni di ampia portata su tutti i diritti fondamentali dei lavoratori in conformità alle convenzioni fondamentali dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO), e impegni volti a garantire elevati livelli di salute e sicurezza nel lavoro, oltre a condizioni di lavoro dignitose, in conformità a quanto previsto dall'Agenda dell'ILO per il lavoro dignitoso" (p. 17)[29]. Ciò pone la questione dell'individuazione delle pertinenti disposizioni sui diritti fondamentali dei lavoratori, atteso che nelle citate direttive di negoziato sul TTIP si precisa che il partenariato transatlantico, nel rispetto del c.d. *right to regulate* (ossia, il "diritto delle Parti di prendere le misure necessarie per realizzare obiettivi legittimi di politica pubblica in base al livello di tutela della salute, della sicurezza, dei lavoratori, dei consumatori, dell'ambiente e della promozione della diversità culturale": punto 6), dovrà basarsi sui valori della tutela e della promozione dei diritti umani poiché "l'UE e gli Stati Uniti *condividono valori comuni, ordinamenti giuridici comparabili e norme rigorose*, *seppur diverse*, *in materia di protezione del lavoro* (…)"[30].

---

[27] COM(2015)497 def., pp. 3 e 18. Per un commento, v. A. Bonfanti, *Diritti umani e politiche dell'Unione europea in materia commerciale e di investimenti stranieri: la comunicazione Commercio per tutti, tra regionalismo e multilateralismo economico*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 233 ss.

[28] V., ad es., le comunicazioni del 9 giugno 2011, Commercio, crescita e affari mondiali: la politica commerciale quale componente essenziale della strategia 2020 dell'UE, COM(2010)612 def., punto 3.2; del 5 febbraio 2015, Un partenariato mondiale per l'eliminazione della povertà e lo sviluppo sostenibile dopo il 2015, COM(2015)44 def., p. 11: "L'UE ha rafforzato l'integrazione dello sviluppo sostenibile nella sua politica commerciale: ciò significa che include sistematicamente in tutti i suoi accordi commerciali, con partner sia industrializzati che in via di sviluppo, disposizioni relative allo sviluppo sostenibile, compresi gli aspetti del lavoro e dell'ambiente".

[29] La c.d. *Decent Work Agenda* (Report of the Director General to the 87th International Labour Conference, June 1999, www.ilo.org), nel richiamare la finalità dell'Organizzazione del miglioramento delle condizioni di lavoro, sia nella sua dimensione quantitativa (creazione di nuovi posti di lavoro) che qualitativa contempla, per un verso, un rafforzamento delle norme sulla sicurezza sociale in modo da garantirne una migliore aderenza al mutato mercato del lavoro e, per altro verso, una maggiore aderenza alle norme relativa alla salute e alla sicurezza sui luoghi di lavoro. Tali elementi vengono richiamati anche nella comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 24 maggio 2006, Promuovere la possibilità di un lavoro dignitoso per tutti. Contributo dell'Unione alla realizzazione dell'agenda per il lavoro dignitoso nel mondo, COM(2006)249 def., e precisati nell'importante Dichiarazione sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, adottata dall'Organo assembleare dell'ILO nel 2008, www.ilo.org, attraverso l'individuazione di alcuni obiettivi strategici considerati in stretta interconnessione e interdipendenza, ossia: la creazione di nuova occupazione tramite la predisposizione di un contesto istituzionale ed economico sostenibile; il potenziamento degli strumenti di protezione sociale, incluse misure relative alla durata, sicurezza e salute sui luoghi di lavoro; il rispetto dei principi e diritti fondamentali.

[30] Risoluzione del Parlamento europeo, del 23 maggio 2013, Negoziati dell'UE con gli Stati Uniti d'America in materia di scambi commerciali e investimenti, P7_TA(2013)0227, Preambolo, punto d) (corsivo aggiunto). Sul *right to regulate*, v. C. Henckels, *Protecting Regulatory Autonomy through Greater Precision in Investment Treaty: The TPP, CETA and TTIP*, in *Journal of International Economic Law*, 2016, p. 27 ss.; G. Adinolfi, *Alcuni cenni sul rapporto tra liberalizzazione degli scambi e tutela di interessi sociali nei negoziati per il TTIP*, in P. Bilancia (a cura di), *op. cit.*, p. 161 ss., p. 165.

A luce di tale finalità, un imprescindibile apporto metodologico è fornito dalla classificazione delle varie tipologie di convenzioni internazionali elaborate sotto l'egida dell'ILO[31], dalle quali è possibile desumere l'appartenenza di tali posizioni giuridiche soggettive al *genus* diritti fondamentali della persona umana[32] e sottolineare che la loro rilevazione è solitamente operata attraverso il rinvio ad alcuni specifici strumenti convenzionali ILO (già evocati) che ne incorporano i relativi principi[33], peraltro richiamati in un importante documento di *soft law* di questa organizzazione, la nota Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali in materia di lavoro[34] (d'ora in poi: la Dichiarazione ILO).

4. I capitoli sullo sviluppo sostenibile contenuti nei recenti FTA conclusi dall'UE presentano tratti comuni, pur con alcune varianti. Anzitutto, e contrariamente alla prassi dell'UE in materia di preferenze generalizzate il cui regime prevede la concessione e il mantenimento di vantaggi commerciali a taluni Paesi a condizione che questi ratifichino e rispettino le convenzioni fondamentali ILO[35], alcun vincolo di questo tipo è contenuto nei SDC. Sussiste, invece, l'impegno a rispettare e promuovere i principi sui diritti fondamentali contenuti in tali convenzioni, in esecuzione

31 V. W. Jenks, *Human Rights and International Labour Standards*, London, 1960, p. 75. Nella prassi più recente dell'ILO, tuttavia, le distinzioni tra le varie categorie di convenzioni sembrano assumere contorni più sfumati: v. Ilo, International institute for labour studies, *Social Dimensions of Free Trade Agreements*, Geneva, 2015 p. 6: "Labour provisions are defined as: (i) any labour standard which establishes minimum working conditions, terms of employment or worker rights, (ii) any norm on the protection provided to workers under national labour law and its enforcement, as well as (iii) any framework for cooperation in and/or monitoring of these issues".

32 K. Kolben, *Labour Rights as Human Rights?*, in *Virginia Journal of International Law*, 2010, p. 450 ss.; V. Mantovalou, *Are Labour Rights Human Rights?*, in *European Labour Law Journal*, 2012, p. 151 ss. In generale, v. pure C. La Hovary, *Les droits fondamentaux au travail. Origines, statut et impact en droit international*, Paris, 2009. Sia permesso, inoltre, il rinvio a C. Di Turi, *Globalizzazione dell'economia e diritti umani fondamentali in materia di lavoro: il ruolo dell'OIL e dell'OMC*, Milano, 2007, p. 60 ss.

33 Tali principi sono: la libertà di associazione sindacale e il riconoscimento effettivo del diritto di contrattazione collettiva (convenzioni n. 87/1948 sulla libertà sindacale e protezione del diritto di associazione e n. 98/1949 in materia di organizzazione e negoziazione collettiva); l'eliminazione di ogni forma di lavoro forzato obbligatorio (convenzioni n. 29/1930 sul lavoro forzato e n. 105/1957 sull'abolizione del lavoro forzato); l'abolizione effettiva del lavoro minorile (convenzioni n. 138/1973 sull'età minima di ammissione al lavoro e n. 182/1999 sulle peggiori forme di lavoro minorile); l'eliminazione della discriminazione in materia d'impiego e professione (convenzioni n. 100/1951 in materia di uguaglianza di retribuzione tra manodopera maschile e femminile per un lavoro di uguale valore e n. 111/1958 sulla discriminazione in materia d'impiego e professioni).

34 La Dichiarazione, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro (l'organo assembleare dell'ILO) nel 1998, chiarisce che "nell'aderire liberamente all'ILO, tutti i suoi Membri hanno accettato i principi ed i diritti enunciati nella sua Costituzione (…)"; che tali principi e diritti "sono stati espressi e sviluppati sotto forma di diritti e di obblighi specifici nelle Convenzioni riconosciute come fondamentali (…)" (par. 1, lettere a) e b)) e che essi risultano vincolanti per i Membri dell'Organizzazione, anche qualora non abbiano ratificato le relative convenzioni, in virtù della loro appartenenza all'Organizzazione (par. 2). Il documento è disponibile su www.ilo.org.

35 Regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate e che abroga il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio.

degli obblighi derivanti dalla *membership* ILO, corredato da una clausola di *best effort* di ratificarle e attuarle nel diritto interno[36].

In alcuni accordi, sono inserite clausole di "*strive to ensure*" che la normativa e la prassi interna si conformino agli *standards* riconosciuti a livello internazionale, e di "*strive to improve*" tali disposizioni e pratiche[37]. Sono contemplate, inoltre, clausole di *non lowering* miranti a non ridurre le garanzie contemplate dal diritto interno in materia di lavoro per attrarre investimenti o stimolare il commercio[38], e disposizioni *preventing abuse* secondo cui "the violation of fundamental principles and rights at work cannot be invoked or otherwise used as a legitimate comparative advantage and that labour standards should not be used for protectionist trade purposes"[39].

Quanto all'eventuale presenza, all'interno dei SDC, di meccanismi di attuazione e controllo dell'osservanza delle disposizioni materiali, dall'esame di due tra i più recenti accordi, ossia il FTA con Singapore e il *Comprehensive Economic and Trade Agreement* col Canada, si può constatare la previsione di un sistema composito caratterizzato dal ruolo di *contact points* preposti a facilitare l'attuazione del SDC con strumenti quali, *inter alia*, lo scambio d'informazioni e di organi (*board*; *committee on trade and labour development*) costituiti da funzionari delle Parti contraenti ma aperti alla rappresentanza di interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori che potranno formulare raccomandazioni. Eventuali controversie circa l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni sociali saranno gestite anzitutto attraverso consultazioni tra le Parti, con un ruolo eventualmente sussidiario per il *board* (*committee*); in caso di mancato raggiungimento di una soluzione soddisfacente, ciascuna Parte contraente potrà chiedere la costituzione di un *panel* di esperti, organo d'individui composto anche da persone che non hanno la cittadinanza delle Parti e indipendenti da esse, che funziona in base a un proprio regolamento di procedura. Compito del *panel* è redigere un rapporto contenente le raccomandazioni

[36] V., ad es., l'art. 3, paragrafi 2, 3, 5 del capitolo XV *Trade and Sustainable Development* del citato FTA col Vietnam: "2. Each Party reaffirms its commitments, in accordance with its obligations deriving from the membership of the ILO and the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up (…) to respect, promote and effectively implement the principles concerning the fundamental rights at work, namely: a) the freedom of association and the effective recognition of the right to collective bargaining; b) the elimination of all forms of forced or compulsory labour; c) the effective abolition of child labour; and d) the elimination of discrimination in respect of employment and occupation. 3. Each Party will make continued and sustained efforts towards ratifying, to the extent it has not yet done so, the fundamental ILO conventions (…); 5. Each Party reaffirms its commitment to effectively implement in its laws and practices the ILO Conventions ratified by Vietnam and the Member States of the European Union respectively".

[37] Art. 285, par. 2, del citato Accordo di associazione UE-Central America.

[38] V. ad es. l'art. 235 ("*Upholding Levels of Protection*") dell'Accordo di associazione tra UE e Georgia: "1. The Parties recognise that it is inappropriate to encourage trade or investment by lowering the levels of protection afforded in domestic environmental or labour law. 2. A Party shall not waive or derogate from, or offer to waive or derogate from, its environmental or labour law as an encouragement for trade or the establishment, the acquisition, the expansion or the retention of an investment of an investor in its territory. 3. A Party shall not, through a sustained or recurring course of action or inaction, fail to effectively enforce its environmental and labour law, as an encouragement for trade or investment".

[39] Art. 3, par. 6, del FTA col Vietnam, cit.

circa le misure da adottare per dare effettiva esecuzione al SDC, il cui seguito sarà monitorato dal *board* (*committee*)[40].

Nonostante l'architettura complessiva del sistema così delineata sembri assolvere allo scopo di un'efficace tutela dei diritti dei lavoratori, ad un più attento esame essa non è esente da lacune e imperfezioni. Anzitutto, le disposizioni che incorporano il principio dello sviluppo sostenibile non prevedono alcuna conseguenza in caso di violazione[41]; inoltre, a fronte dell'eventuale mancata osservanza delle raccomandazioni contenute nei rapporti dei *Panel* e indirizzate alla Parte la cui condotta non fosse conforme ai principi laburistici, non è contemplata la possibilità di adottare misure di tipo sanzionatorio. Infine, del tutto insoddisfacente è la previsione di disposizioni che escludono la normale operatività del procedimento di soluzione delle controversie previsto dai due Accordi[42], con la rilevante eccezione del citato Accordo con i Paesi del Cariforum il cui art. 203, par. 1, disponendo che la parte del relativa alla prevenzione e risoluzione delle controversie "si applica alle controversie concernenti l'interpretazione e l'applicazione del presente accordo", implicitamente vi fa rientrare le questioni del lavoro.

Conviene ora domandarsi se, al pari dell'UE, i recenti accordi commerciali conclusi dagli Stati Uniti contengano disposizioni sui diritti dei lavoratori, e quale ne sia la portata[43], prescindendo dagli effetti che sul piano interno tali accordi hanno provocato[44]. A tal fine è opportuno anzitutto premettere che gli Stati Uniti, pur essendo membri ILO al pari degli Stati membri UE, hanno ratificato solo due degli otto strumenti pattizi fondamentali (le citate convenzioni n. 105 e n. 182). Ciò costituisce il riflesso esterno di una consolidata pratica, espressione della principale normativa di settore (il *National Labor Relations Act*, NLRA, del 1935)[45] ritenuta pienamente rispettosa dei principi ILO sui diritti dei lavoratori nonostante importanti correnti dottrinali statunitensi ritengano che il diritto del lavoro USA in materia di condizioni e durata del lavoro, assicurazione malattie, congedi retribuiti, benefici sociali, diritti sindacali, licenziamenti, sia ben lontano da tali *standards*[46]. Si noti, peraltro, che il

---

40 V. i già citati accordi con Singapore (cap. XIII, *Trade and Sustainable Development*, articoli da 13.14 a 13.17) e con il Canada (cap. XXIII, *Trade and Labour*, articoli da 23.5 a 23.11).

41 L. Bartels, *Human Rights and Sustainable Development Obligations in EU Free Trade Agreements*, in *Legal Issues of Economic Integration,* 2013, p. 297 ss., p. 306.

42 V. il cap. XV, dell'Accordo con Singapore e il cap. XXIX del CETA, intitolati *Dispute Settlement.*

43 Per un'analisi della prassi USA, a far data dal *North American Agreement on Labor Cooperation* (*Side agreement* del *North American Free Trade Agreement*, NAFTA, concluso tra USA, Canada e Messico), v. H. Janusch, *Labor Standards in U.S. Trade Politics*, in *Journal of World Trade*, 2015, p. 1047 ss.; J. Vogt, *The Evolution of Labor Rights and Trade - A Transatlantic Comparison and Lessons for the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, in *Journal of International Economic Law*, 2015, p. 827 ss.

44 Mi riferisco, in particolare, ai miglioramenti nella legislazione nazionale in materia di lavoro che sarebbe stata richiesta alle controparti dagli Stati Uniti quale precondizione per la ratifica dei rispettivi trattati: in argomento, v. F. Ebert, *Labour Standards in Mega-Regional Trade Agreements: the Case of TPP and TTIP*, 2016, www.ssrn.com.

45 29 U.S.C. §§ 151-169 (1935). Si vedano, in particolare, le sezioni 7 (*Rights of Employees*) e 8 (*Unfair Labor Practices*).

46 L. Compa, *Labor Rights and Labor Standards in Transatlantic Trade and Investment Negotiations: a US Perspective*, in *Economia e Lavoro*, 2015, p. 87 ss., p. 93. In termini netti, O. Herrnstadt, *TTIP: Time for a New Approach to Labor Rights and Standards*, in *Revista Derecho Social y Empresa*, 2015, p. 113 ss., p. 116: "The basis of employment and labour law in the U.S. is that employees are 'at-will'. This

Comitato per la libertà di associazione, organo ILO istituito nel 1951 e competente a decidere su ricorsi proposti da organizzazioni di lavoratori contro uno Stato che abbia violato i principi sulla libertà di associazione sindacale e contrattazione collettiva anche se tale Stato non abbia ratificato le pertinenti convenzioni, ha ripetutamente ritenuto il NLRA non del tutto conforme ai menzionati principi[47].

Nei recenti FTA conclusi dagli USA con Repubblica di Corea, Colombia e Panama[48], le norme in materia di lavoro sono inserite in *Labor Chapters* redatti in termini sostanzialmente analoghi. In essi le Parti contraenti s'impegnano a incorporare nel proprio diritto interno i principi enunciati nella Dichiarazione ILO, a non *waive or derogate* o *fail to effectively enforce* il diritto interno in modo incompatibile con essi, e a istituire un *Labor Affairs Council* incaricato di controllare l'attuazione del *Chapter*. In caso di disaccordo sull'interpretazione o l'applicazione delle disposizioni, e ove i consueti procedimenti diplomatici non abbiano facilitato una soluzione soddisfacente, è ammesso il ricorso al giudizio arbitrale che può eventualmente sfociare in sanzioni (sotto forma di compensazioni monetarie, o sospensione di benefici commerciali) se le raccomandazioni contenute nel rapporto del *Panel* indirizzate alla Parte la cui condotta non è conforme alle norme del *Chapter* o che ha causato un pregiudizio o un annullamento dei benefici commerciali non vengono attuate[49].

5. Secondo le già citate direttive negoziali del Consiglio, le Parti dovrebbero stabilire l'"applicazione a livello nazionale delle norme fondamentali in materia di lavoro dell'ILO di cui alla Dichiarazione ILO (…) quale condizione necessaria per uno sviluppo sostenibile" nonché, quanto alla verifica della loro attuazione, un "meccanismo basato sulla partecipazione della società civile e un meccanismo di composizione di eventuali controversie"[50].

Del tutto diverso è l'approccio del Parlamento europeo che nella risoluzione sui Negoziati riguardanti il partenariato transatlantico, raccomandava alla Commissione di "garantire che il capitolo sullo sviluppo sostenibile sia vincolante nonché finalizzato alla ratifica, all'attuazione e all'applicazione integrali ed efficaci delle otto convenzioni basilari dell'ILO e del loro contenuto, e dell'Agenda per il lavoro dignitoso dell'ILO" (lett. d), punto ii)), avendo cura che "l'applicazione e il rispetto delle disposizioni sul lavoro siano soggetti a un controllo efficace, con il coinvolgimento delle parti sociali e dei rappresentanti della società civile, nonché alla procedura generale di risoluzione delle controversie applicabile all'intero accordo" (punto iv)). Infine, quanto alla Commissione, se in un *Initial EU position paper* essa riteneva che "ILO core labour standards (CLS), enshrined in the core ILO Conventions and internationally recognized as the fundamental labour rights are an essential element (…) and could be further complemented by other ILO standards/conventions of inte-

means that they can be fired or terminated for any reason, good reason, bad reason or no reason at all, if they do not have a contract or specified duration of employment", www.digitalcommons.ilr.cornell.edu.

47 ILO Committee on Freedom of Association, complaint against the United States, c. n. 2524, report n. 349 (2008); n. 2227, report no. 332 (2003); n. 1543, report n. 278 (1991); n. 1523, report n. 284 (1992); n. 1523, report n. 284 (1992).

48 Gli Accordi, entrati in vigore nel 2012, sono reperibili su www.ustr.gov.

49 V., ad es., gli articoli 21.1-21.16 del *Trade Promotion Agreement* con la Colombia.

50 Pp. 15-16, punti 31-32.

rests as well as by a resolve to promote ILO Decent Work Agenda)[51], nella definitiva *Textual Proposal*, questa istituzione auspica l'impegno per le Parti di "ensure that its laws and practices respect, promote, and realise" i principi fondamentali del diritto internazionale del lavoro, oggetto delle convenzioni fondamentali ILO, ma solo "in accordance with the obligations of all ILO Members and the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work", con l'impegno "to make sustained efforts towards ratifying the fundamental ILO Conventions", implementando sul piano interno i principi incorporati negli strumenti già ratificati.

Vengono pure previste clausole c.d. *preventing abuse* e *non lowering* nonché, in attuazione della *Decent Work Agenda*, l'impegno a promuovere condizioni lavorative dignitose in relazione a salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, livelli salariali, durata delle ore lavorative, sicurezza sociale, dialogo sociale: ma suscita sorpresa l'assenza di disposizioni circa l'*an* e il *quomodo* risolvere le controversie nascenti nel quadro del SDC, se si eccettua una nota aggiunta alla proposta secondo cui "additional proposals, including on institutional aspects, civil society participation, and dispute settlement, will be developed at a later stage"[52].

La diversità di posizione delle tre istituzioni circa la tutela dei diritti sociali non è priva di conseguenze. Sotto il profilo del diritto sostanziale, la valorizzazione da parte di Consiglio e Commissione di un documento di *soft law* (la Dichiarazione ILO) rappresenta un'occasione perduta rispetto all'opportunità di fare valere il proprio peso contrattuale con gli Stati Uniti per indurli a ratificare le convenzioni fondamentali sui diritti dei lavoratori e un evidente cedimento alla politica normativa di questo Paese, poco incline ad accettare sul piano internazionale gli obblighi ILO. Risulta parimenti escluso il rinvio ai principi enucleati in materia da parte degli organi di controllo sull'applicazione delle convenzioni ILO, la cui attività interpretativa costituisce una fonte preziosa circa la portata attuale dei relativi obblighi, a favore di uno strumento, la Dichiarazione ILO, il cui valore giuridico, secondo un importante autore, sarebbe incerto[53].

Quanto agli aspetti procedurali, solo l'eventuale ripresa dei negoziati permetterà di sciogliere i dubbi circa il modello di meccanismo di soluzione delle controversie, da scegliere tra la versione "forte" auspicata dal Parlamento e quella che potrebbe più ragionevolmente risultare da un compromesso tra il modello seguito finora dall'UE e quello fatto proprio dagli USA nei rispettivi FTA: ma alla luce delle caratteristiche di tali modelli (descritte *supra*, par. 4) una soluzione di compromesso potrebbe risultare vantaggiosa per i diritti dei lavoratori solo ove riesca a combinare l'approccio europeo, incentrato sulle convenzioni ILO relative ai diritti fondamentali in materia di lavoro con quello statunitense che contempla profili sanzionatori.

6. Con l'insediamento di Donald Trump alla presidenza degli Stati Uniti una ripresa dei negoziati sul TTIP non è da escludere, avendo egli precisato che alcune

[51] Documento del 16 luglio 2013, *Trade and Sustainable Development. Initial position paper*, p. 2. La posizione è stata ribadita in un *Issue paper* del 12 novembre 2014, p. 2, e in un *Position paper* del 7 gennaio 2015, p. 2. I documenti sono reperibili *on line*.

[52] Reperibile *on line* (art. 4. par. 2, lettere a) e b)*;* art. 3, paragrafi 4 e 7; art. 17; art. 4, par. 3).

[53] P. Alston, *Core Labour Standards and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 457 ss.

sue posizioni critiche rispetto ai trattati di libero scambio sono da intendersi riferite ad alcuni accordi multilaterali quali il TPP e il NAFTA, piuttosto che al TTIP.

In un contesto dominato dall'incertezza, compete all'UE l'iniziativa diplomatica che, ai sensi degli articoli 205 TFUE e 21 TUE[54], ha nell'universalità e indivisibilità dei diritti umani e delle libertà fondamentali, nel rispetto della dignità umana, e nei valori di eguaglianza e di solidarietà i propri principi ispiratori, tra i quali di certo rientrano anche i principi in materia di lavoro per la piena realizzazione dei quali sarebbe auspicabile anche un intervento della Corte di giustizia *ex* art. 218 TFUE su sollecitazione del Parlamento europeo, nell'eventualità che la conclusione del TTIP possa recare pregiudizio ai diritti dei lavoratori.

Prima, però, è auspicabile che le due parti tornino al tavolo delle trattative e che l'UE insista affinché gli USA ratifichino le sei restanti convenzioni ILO sui diritti fondamentali: solo in tal modo si otterrà un'armonizzazione normativa tra le due sponde dell'Atlantico che troverà la propria sintesi nei procedimenti di controllo dell'ILO, fugando il rischio di concorrenza sleale a danno delle merci prodotte in Europa, unita a una ritrovata legittimità della globalizzazione economica.

Abstract

The European Union and the Negotiations for the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP): What Protection for Workers Rights?

This contribution purports to highlight some implications the Trade and Investment Partnership between the European Union and the United States might have, if and once concluded, on the very specific issue concerning the protection afforded to worker rights. After discussing the difficulties surrounding the negotiation process, a description of the European Union practice concerning trade policy is provided, focusing on Sustainable Development Chapters contained in the most recent Free Trade Agreements. Rules concerning worker rights in those legal instruments should serve as a basis for the TTIP, even if the United States practice in the same matter seems to be very different, so giving voice to civil society fears and threatening the final outcome of negotiations.

[54] Fuoriesce dagli scopi di questo scritto un'analisi circa i principi ispiratori, gli obiettivi, gli ambiti delle varie politiche dell'Unione nei loro aspetti esterni disciplinate nel Titolo V del TUE e nella parte quinta del TFUE, su cui si rinvia a E. Cannizzaro, M. E. Bartoloni, *Unità e frammentazione nel sistema dell'azione esterna dell'Unione*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 531 ss.; M. E. Bartoloni, *Relazioni esterne dell'Unione europea*, 2015, www.treccani.it; M. E. Bartoloni, E. Cannizzaro, *Art. 21*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 222 ss.; A. Lang, *Art. 21*, in F. Pocar, M. C. Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 21 ss.; F. Munari, *Azione esterna* [*dir. UE*], 2014, www.treccani.it.

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 427-452

Filippo Croci*

Nuove riflessioni sull'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce delle sentenze *Ferreira da Silva* e *X*

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Brevi cenni alla giurisprudenza *Cilfit* ed ai relativi sviluppi. – 3. La portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo nella sentenza *Ferreira da Silva*… – 4. *Segue*: …e nella sentenza *X*. – 5. Osservazioni critiche. – 6. La responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice alla luce della sentenza *Ferreira da Silva*. – 7. Le altre (possibili) conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Con due sentenze, entrambe pronunciate il 9 settembre 2015, la Corte di giustizia ha fornito chiarimenti in merito alla portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale posto dall'art. 267, co. 3, TFUE in capo agli organi giurisdizionali nazionali "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno"[1].

Questo scritto è stato sottoposto a referaggio.

* Dottorando di ricerca in Diritti e istituzioni nell'Università degli studi di Torino.

[1] La bibliografia sul rinvio pregiudiziale è sconfinata; cfr., senza alcuna pretesa di completezza, G. Vandersanden, A. Barav, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 280 ss.; P. Pescatore, *Art. 177*, in V. Constantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon (dirs.), *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Paris, 1992, p. 1118 ss.; A. Barav, *Renvoi préjudiciel*, in A. Barav, C. Philip, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, 1993, p. 926 ss.; Id., Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne, Bruxelles, 2011; M. Waelbroeck, D. Waelbroeck, *Art. 177*, in J.-V. Louis, G. Vandersanden, M. Waelbroeck, D. Waelbroeck, *Commentaire Mégret*, X, Bruxelles, 1993, XII ed., p. 223 ss.; J.-L. Clergerie, *Le renvoi préjudiciel*, Paris, 2000; D. Anderson, M. Demetriou, *References to the European Court*, London, 2002, II ed.; F. Picod, J. Rideau, *Renvoi préjudiciel*, in *Rép. Communautaire*, Paris, 2006; M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 186 ss.; C. Naômé, *Le renvoi préjudiciel en droit européen. Guide pratique*, Bruxelles, 2010, II ed.; D. Simon (dir.), C. Soulard, A. Rigaux, R. Munoz, *Contentieux de l'Union européenne. Renvoi préjudiciel. Recours en manquement*, Rueil-Malmaison, 2011, spec. p. 19 ss.; G. Vandersanden, *La procédure préjudicielle devant la Cour de justice*, Bruxelles, 2011; N. Fenger, M. Broberg, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2013; J. Pertek, *Coopération entre juges nationaux et Cour de justice de l'UE. Le renvoi préjudiciel*, Bruxelles, 2013; L. Daniele, *Art. 267 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 2103 ss.

In particolare, nella sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*[2] (di seguito, *Ferreira da Silva*) la Corte di giustizia ha, in sostanza, riscontrato, per la prima volta espressamente (invero, una simile attestazione appare "sotto traccia" già nella sentenza *Traghetti del Mediterraneo*[3]), la violazione del suddetto obbligo di rinvio da parte di una giurisdizione nazionale di ultima istanza – nella specie, il Supremo Tribunal de Justiça (Corte suprema portoghese) – nello stesso tempo ritenendo incompatibile con il diritto dell'Unione la normativa portoghese sulla responsabilità dello Stato per fatto del giudice. Nella sentenza *X* e *van Dijk*[4] (di seguito, *X*), invece, il giudice di Lussemburgo ha escluso che un giudice nazionale avverso le cui decisioni non sia esperibile un ricorso giurisdizionale di diritto interno sia tenuto a sollevare un rinvio per il solo motivo che sia pendente dinanzi alla Corte di giustizia un rinvio pregiudiziale proposto da un giudice di grado inferiore, in una causa simile, in merito alla medesima problematica, non essendo neppure necessaria una sospensione di tale giudizio nazionale di ultima istanza in attesa della pronuncia pregiudiziale della Corte.

Le due sentenze hanno consentito alla Corte di giustizia di precisare, sotto diversi profili, i requisiti previsti dalla nota giurisprudenza *Cilfit*[5] per il temperamento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo (tale temperamento non essendo applicabile all'obbligo di rinvio pregiudiziale di validità, come espressamente chia-

---

[2] Sentenza del 9 settembre 2015, causa C-160/14. Per un primo commento cfr. D. Simon, *Obligation de renvoi préjudiciel par les juridictions suprêmes et éventuel engagement de la responsabilité de l'État membre du fait des décisions de justice*, in *Europe*, novembre 2015, comm. 404. Cfr. inoltre L. Coutron, *Assouplissement de l'obligation de renvoi préjudiciel vs. affermissement de la responsabilité judiciaire de l'État: à la recherche d'un équilibre*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2016, p. 407 ss.; A. Kornezov, *The New Format of the* Acte Clair *Doctrine and Its Consequences*, in *Common Market Law Review*, 2016, p. 1317 ss.; A. Limante, *Recent Developments in the Acte Clair Case Law of the EU Court of Justice: Towards a More Flexible Approach*, in *Journal of Common Market Studies*, 2016, p. 1384 ss.

[3] Sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, su cui cfr., *ex multis*, A. Palmieri, *Corti di ultima istanza, diritto comunitario e responsabilità dello Stato: luci ed ombre di una tendenza irreversibile*, in *Il Foro italiano*, 2006, IV, c. 420 ss.; D. Simon, *Consolidation de la responsabilité des États membres du fait des violations imputables aux juridictions nationales*, in *Europe*, agosto 2006, comm. 232, p. 9 ss.; C. Rasia, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 661 ss.; M. Ruffert, *Case C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA in Liquidation v. Italian Republic*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 479 ss.

[4] Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2015, cause riunite C-72 e 197/14, *X* e *van Dijk*, su cui cfr. i contributi citati *supra* alla nota 2.

[5] [S]entenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, causa 283/81. Tra i numerosi commenti cfr., ad esempio, G. Bebr, *The Rambling Ghost of "Cohn-Bendit": Acte Clair and the Court of Justice*, in *Common Market Law Review*, 1983, p. 439 ss.; K. Lenaerts, *La modulation de l'obligation de renvoi préjudiciel*, in *Cahiers de droit européen*, 1983, p. 471 ss.; J.-C. Masclet, *Vers la fin d'une controverse? La Cour de justice tempère l'obligation de renvoi préjudiciel en interprétation faite aux juridictions suprêmes*, in *Revue du marché commun*, 1983, p. 363 ss.; H. Rasmussen, *The European Court's* Acte Clair *Strategy in C.I.L.F.I.T. Or:* Acte Clair*, of Course! But what Does It Mean?*, in *European Law Review*, 1984, p. 242 ss.; F. Mancini, D. T. Keeling, *From* CILFIT *to* ERT*: The Constitutional Challenge Facing the European Court*, in *Yearbook of European Law*, 1991, p. 1 ss.; nonché, più recentemente, P. Craig, *The Classics of EU Law Revisited: CILFIT and Foto-Frost*, in M. Poiares Maduro, L. Azoulai (eds.), *The Past and Future of EU Law*, Oxford, 2010, p. 185 ss.; D. Edward, *CILFIT and Foto-Frost in their Historical and Procedural Context*, *ivi*, p. 173 ss.; D. Sarmiento, *Cilfit and Foto-Frost: Constructing and Deconstructing Judicial Authority in Europe*, *ivi*, p. 192 ss.; A. Stone Sweet, *The Juridical Coup d'Etat and the Problem of Authority: CILFIT and Foto-Frost*, *ivi*, p. 201 ss.

rito, sulla scorta della pur problematica sentenza *Foto-Frost*[6], dalla sentenza *Gaston Schul*[7]). Conviene, quindi, prendere le mosse da tale giurisprudenza, richiamandone sinteticamente i tratti (e gli sviluppi) principali, per poi concentrare l'attenzione sulle due pronunce in commento e, infine, vagliare le possibili conseguenze della violazione dell'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE, alla luce del diritto dell'Unione – tenendo conto della sentenza *Ferreira da Silva* – nonché della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, comunque parametro (indiretto *ex* art. 6, par. 3, TUE o, in futuro, diretto *ex* art. 6, par. 2, TUE) delle scelte di effettività della tutela giurisdizionale anche da parte dei giudici dell'Unione europea.

2. Come è noto, numerosissime sono le riflessioni dedicate, dal 1982 ad oggi, alla sentenza *Cilfit* ed alla scelta della Corte di giustizia di ammettere, in buona sostanza, sia pure nel rispetto di condizioni ben precise, l'applicabilità della c.d. teoria dell'*acte clair* all'obbligo di rinvio pregiudiziale[8]. In questa sede ci si limiterà a richiamare per sommi capi i caratteri salienti di tale giurisprudenza, al solo scopo di inquadrare le questioni affrontate dalla Corte nei casi *Ferreira da Silva* e *X*.

Inevitabile punto di partenza è costituito dal co. 3 dell'attuale art. 267 TFUE (sostanzialmente immutato rispetto all'originario art. 177 TCEE e, successivamente, art. 234 TCE), la cui *ratio* consiste, secondo il tradizionale insegnamento della Corte di giustizia, nel garantire la corretta applicazione e l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione – nell'ambito della cooperazione istituita tra la medesima Corte e i giudici nazionali[9] – evitando che in uno Stato membro si consolidi una giurisprudenza contrastante con le norme "comunitarie"[10]. Infatti, le giurisdizioni nazionali

[6] Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, causa 314/85, in merito alla quale cfr., oltre agli ultimi quattro contributi citati alla nota precedente, A. Arnull, *National Courts and the Validity of Community Acts*, in *European Law Review*, 1988, p. 125 ss.; G. Bebr, *The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1988, p. 667 ss.; L. Goffin, *De l'incompétence des juridictions nationales pour constater l'invalidité des actes d'institutions communautaires*, in *Cahiers de droit européen*, 1990, p. 216 ss.

[7] Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2005, causa C-461/03, su cui cfr. L. Coutron, *L'arrêt Schul: une occasion manquée de revisiter la jurisprudence Foto-Frost?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2007, p. 491 ss.

[8] In proposito cfr., ad esempio, i contributi citati *supra* alla nota 5. V. inoltre *infra* la nota 24 per ulteriori riferimenti in merito alla teoria dell'*acte clair*. È da notare che, prima dell'intervento della Corte di giustizia con la sentenza *Cilfit*, la Commissione europea aveva già ammesso, in risposta ad un'interrogazione parlamentare, che l'obbligo di rinvio pregiudiziale possa venir meno "allorché le questioni siano perfettamente chiare ed il senso della risposta che si deve loro dare sia evidente ad ogni giurista avente un minimo di competenza" (*GUCE*, C 28 del 31 gennaio 1979, p. 8, risposta all'interrogazione scritta n. 608/78).

[9] Cfr., per tutte, la sentenza della Corte di giustizia del 1° dicembre 1965, causa 16/65, *Schwarze* c. *Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, dove la Corte ha fatto riferimento per la prima volta al concetto, sovente ripreso dalla giurisprudenza successiva, di "cooperazione fra giudici a norma dell'articolo 177, la cui caratteristica consiste nel fatto che il giudice nazionale e la Corte di Giustizia – ciascuno entro i limiti della propria competenza ed allo scopo di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario – devono collaborare direttamente all'elaborazione della decisione". Per un'ampia riflessione sul punto cfr. F. Picod, *La coopération juridictionnelle*, in J. Auvert-Finck (dir.), *L'Europe, carrefour de coopérations*, Paris, 2002, p. 199 ss.

[10] Cfr., *inter alia*, le sentenze della Corte di giustizia del: 24 maggio 1977, causa 107/76, *Hoffmann-La Roche* c. *Centrafarm*, spec. punto 5; del 27 ottobre 1982, cause riunite 35 e 36/82, *Morson* e *Jhanjan* c. *Staat der Nederlanden*, spec. punto 8; del 4 novembre 1997, causa C-337/95, *Parfums Christian Dior* c. *Evora*, spec. punto 25; del 22 febbraio 2001, causa C-393/98, *Gomes Valente*, spec. punto 17; del 4 giugno 2002, causa C-99/00, *Lyckeskog*, spec. punto 14. Cfr. inoltre il parere della Corte di giustizia del 18 di-

di ultima istanza, per un verso, decidono le controversie in via definitiva, senza che sia più possibile esperire il rinvio pregiudiziale; per altro verso, tali giurisdizioni influenzano sensibilmente le decisioni dei giudici di grado inferiore, anche negli ordinamenti nei quali non vige il principio dello *stare decisis*[11].

A fronte della formulazione letterale "rigida" della predetta disposizione, è parsa ben presto evidente la necessità di introdurre, quantomeno in via ermeneutica[12], elementi di flessibilità tali da consentire ai giudici nazionali di ultima istanza di evitare rinvii pregiudiziali non necessari. Così, già nel 1963, con la sentenza *Da Costa en Schaake NV*[13], la Corte di giustizia ha ammesso il venir meno dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo qualora la questione rilevante sia "materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie" e già decisa in via pregiudiziale[14]. Rispetto a tale primo intervento "distensivo" della Corte, la sentenza *Cilfit* rappresenta un passo ulteriore particolarmente significativo, essendo delineate nuove circostanze in presenza delle quali viene meno l'obbligo (pur rimanendo impregiudicata, naturalmente, la facoltà), per le giurisdizioni di ultima istanza, di esperire il rinvio pregiudiziale interpretativo. Tale attenuazione dell'obbligo è dunque possibile, oltre che nei casi già individuati dalla citata sentenza *Da Costa*, anche allorché vi sia una giurisprudenza costante della Corte che "risolva il punto di diritto litigioso", indipendentemente dalla natura dei relativi procedimenti e pur in mancanza di una stretta identità tra le materie del contendere[15], nonché qualora la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga "con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata"[16]. Tuttavia, la Corte ha immediatamente precisato che, prima di giungere

cembre 2014, 2/13, *Progetto di accordo internazionale. Adesione dell'Unione europea alla CEDU*, spec. punto 176: "la chiave di volta del sistema giurisdizionale [dell'Unione] è costituita dal procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'articolo 267 TFUE, il quale, instaurando un dialogo da giudice a giudice proprio tra la Corte e i giudici degli Stati membri, mira ad assicurare l'unità di interpretazione del diritto dell'Unione (...), permettendo così di garantire la coerenza, la piena efficacia e l'autonomia di tale diritto nonché, in ultima istanza, il carattere peculiare dell'ordinamento istituito dai Trattati".

[11] Cfr. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *op. cit.*, p. 206. È da notare, peraltro, che, benché nella maggior parte dei casi gli organi giurisdizionali nazionali "avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" coincidano con le corti supreme, in tale nozione sono ricompresi altresì tutti i giudici nazionali che si pronunciano con una decisione definitiva, indipendentemente dalla loro collocazione nella gerarchia dell'ordinamento giudiziario nazionale (coerentemente con la *ratio* – indicata *supra*, nel testo – dell'art. 267, co. 3, TFUE). Cfr., ad esempio, le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 21 febbraio 2002, causa C-99/00, *Lyckeskog*, spec. punto 32 ss. e giurisprudenza ivi citata; N. Fenger, M. Broberg, *op. cit*., spec. p. 282 ss.; J. Pertek, *op. cit.*, spec. p. 188 ss. Cfr. inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 5 aprile 2016, causa C-689/13, *PFE*, spec. punto 31 ss.

[12] Invero, l'attuale art. 267, co. 3, TFUE non è mai stato oggetto, come anticipato, di modifiche sostanziali e prevede tuttora un obbligo che, stando alla formulazione letterale della norma, parrebbe, per così dire, "assoluto".

[13] Sentenza del 27 marzo 1963, cause riunite da 28 a 30/62.

[14] *Ibidem*. Nel caso di specie, la questione materialmente identica, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, era quella decisa dalla Corte di giustizia con la celebre sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*.

[15] Sentenza *Cilfit*, punto 14.

[16] *Ivi*, punto 16. Le tre fattispecie in questione possono essere accostate a quelle previste all'attuale art. 99 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, ai sensi del quale: "[q]uando una questione pregiudiziale è identica a una questione sulla quale la Corte ha già statuito, quando la risposta a tale questione può essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o quando la risposta alla questione pre-

a quest'ultima conclusione, il giudice investito della questione deve avere maturato il convincimento che la medesima evidenza si imporrebbe anche ai giudici degli altri Stati membri ed alla Corte di giustizia. Nel contesto di tale verifica, il giudice nazionale deve compiere le proprie valutazioni in funzione delle caratteristiche del diritto dell'Unione e delle particolari difficoltà di interpretazione che esso pone, considerando, in particolare: (i) le differenti versioni linguistiche, tutte facenti egualmente fede, di ciascuna norma, essendo quindi necessario un raffronto tra di esse a fini interpretativi; (ii) la terminologia propria del diritto dell'Unione e l'autonomia delle sue nozioni giuridiche; (iii) la necessità di collocare ogni disposizione "comunitaria" nel proprio contesto, interpretandola alla luce del diritto dell'Unione nel suo insieme, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui si procede all'applicazione della disposizione in questione[17]. Soltanto alla luce di tali profili il giudice nazionale potrà ritenere che non vi sia alcun ragionevole dubbio sull'interpretazione di una norma e, dunque, astenersi dal sottoporre alla Corte di giustizia la questione, risolvendola "sotto la propria *responsabilità*"[18], ormai da intendersi, come osservato in dottrina, non più soltanto quale espressione dell'autonomia interpretativa del giudice nazionale, ma anche quale evocazione delle conseguenze giuridiche a cui – sulla base del principio affermato dalla Corte a partire dalla sentenza *Köbler*[19] – tale responsabilità conduce per lo Stato membro di appartenenza del giudice[20].

Occorre invece tenere ben distinta dai requisiti appena visti l'ipotesi della non pertinenza (o non rilevanza) della questione sollevata dalle parti (o individuata dal giudice) ai fini della decisione della causa dinanzi al giudice nazionale di ultimo grado: come la Corte di giustizia ha affermato già prima della sentenza *Cilfit*, senza distinguere tra le giurisdizioni di cui al secondo e al terzo comma dell'attuale art. 267 TFUE, il giudice nazionale si trova nella situazione più idonea per valutare la pertinenza delle questioni sollevate e la necessità, o meno, di una pronuncia pre-

giudiziale non dà adito a nessun ragionevole dubbio, la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, può statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata". La coincidenza è, tuttavia, soltanto parziale, come si evince non solo dalla diversa formulazione letterale, ma soprattutto dal differente punto di vista nei due casi: mentre la sentenza *Cilfit* si riferisce agli eventuali dubbi del giudice nazionale, il regolamento di procedura ha riguardo alla prospettiva della Corte di giustizia. Cfr. le conclusioni *Lyckeskog*, spec. punto 73 s.

17 Sentenza *Cilfit*, punti 16-20.

18 *Ivi*, punto 16 (corsivo aggiunto).

19 Sentenza del 30 settembre 2003, causa C-224/01. Tra i numerosi commenti, cfr. D. Simon, *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire par une juridiction suprême*, in *Europe*, novembre 2003, chron. 12, p. 3 ss.; C. D. Classen, *Case C-224/01, Köbler*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 813 ss.; G. Di Federico, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2004, p. 133 ss.; E. Scoditti, *"Francovich" presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Il Foro italiano*, 2004, VI, c. 4 ss.; P. J. Wattel, *Köbler, Cilfit and Welthgrove: We Can't Go on Meeting Like This*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 177 ss.; G. Alpa, *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, p. 1 ss.

20 Così M. Condinanzi, *I giudici italiani "avverso le cui decisioni non possa porsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno" e il rinvio pregiudiziale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 295 ss., spec. p. 309.

giudiziale per poter emettere la sentenza[21]. Invero, l'ipotesi dell'irrilevanza, pur essendo menzionata anche nel dispositivo della sentenza *Cilfit*, "non è un limite all'obbligo del rinvio, ma, al contrario, un presupposto perché ne sia consentito l'esercizio da parte di *qualunque* giudice nazionale"[22] (anche, dunque, non di ultima istanza), la soluzione del punto di diritto dell'Unione dovendo rappresentare "un *prius* logico-giuridico imprescindibile per la decisione del caso di specie"[23].

Tra i "criteri *Cilfit*", il più problematico, come è ampiamente noto, è quello costituito dall'insussistenza di "alcun ragionevole dubbio", che si suole accostare alla teoria dell'*acte clair*, elaborata nell'ordinamento francese sulla scorta di una non semplice (e, forse, talvolta opportunistica) distinzione tra interpretazione ed applicazione delle norme di diritto internazionale pattizio[24]. Ove intesa in modo rigoroso, tale fattispecie, come dettagliatamente circoscritta e specificata dalla Corte, rischia infatti di escludere, in concreto, qualsiasi temperamento all'obbligo di rinvio *ex* art. 267, co. 3, TFUE ad eccezione dei casi di questione materialmente identica già decisa in via pregiudiziale e di giurisprudenza pregressa consolidata della Corte[25]. In proposito, vi è chi ha ritenuto che la sentenza *Cilfit* realizzi una ben precisa strategia della Corte di giustizia, tesa a concedere un'autonomia solo

[21] Cfr., per tutte, la sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 1978, causa 83/78, *Pigs Marketing Board* c. *Redmond*, punto 25. In dottrina, cfr., ad esempio, A. Barav, *Le renvoi préjudiciel communautaire*, in A. Barav, *op. cit*., p. 1 ss., spec. p. 2.

[22] M. Condinanzi, *op. cit.*, p. 310 (corsivo aggiunto).

[23] *Ibidem*.

[24] In particolare, tale distinzione segna, nell'ordinamento francese, la linea di demarcazione tra la competenza del giudice, relativa all'applicazione delle norme dei trattati internazionali, e quella del Ministero degli affari esteri, relativa all'interpretazione delle stesse. La teoria in questione è stata elaborata, in siffatto contesto, dai giudici francesi, allo scopo di limitare il ruolo dell'Esecutivo, riservandosi il controllo in merito all'esistenza di dubbi interpretativi. Per un'illustrazione generale della prassi relativa alla dottrina dell'*acte clair* in Francia cfr., ad esempio, M. Virally, *Le Conseil d'Etat et les traités internationaux*, in *Jurisclasseur périodique*, 1953, I, n. 1098; M. Waelbroeck, *Traités internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles, 1969, spec. p. 204 ss.; con specifico riguardo all'applicabilità della stessa al rinvio pregiudiziale cfr., tra i contributi precedenti la sentenza *Cilfit*, C. A. Colliard, *L'obscure clarté de l'article 37 du Traité de la Communauté économique européenne*, in *Chronique Recueil Dalloz*, 1964, chron. 263; L. Ferrari Bravo, *Problemi interpretativi dell'art. 177 del trattato CEE*, in *Comunicazioni e studi*, 1966, p. 46 ss.; H. Lesguillons, *Les juges français et l'article 177*, in *Cahiers de droit européen*, 1968, p. 253 ss.; M. Lagrange, *The Theory of the Acte Clair: A Bone of Contention or a Source of Unity?*, in *Common Market Law Review*, 1971, p. 313 ss.; P. Pescatore, *Interpretation of Community Law and the Doctrine of "Acte Clair"*, in *Legal Problems of an enlarged European Community*, London, 1972, p. 27 ss., spec. p. 41 ss.; M. Lagrange, *L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1974, p. 268 ss., spec. p. 286 ss.; G. Vandersanden, A. Barav, *op. cit*., spec. p. 282 ss. Cfr. inoltre i contributi citati alla nota 5, in specie K. Lenaerts, *op. cit*., spec. p. 486 ss. Per una riflessione sul punto, cfr. altresì le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Capotorti il 13 luglio 1982 nella causa *Cilfit*.

[25] Cfr., ad esempio, quanto affermato dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni presentate il 10 luglio 1997 nella causa C-338/95, *Wiener*, punto 58: "[s]e la sentenza CILFIT si dovesse applicare rigorosamente, qualunque questione di diritto comunitario (...) dovrebbe essere deferita da tutti i giudici di ultima istanza". Per un commento alle conclusioni citate, cfr. G. Vandersanden, *La procédure préjudicielle: à la recherche d'une identité perdue*, in M. Dony (dir.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, I, Bruxelles, 1999, p. 619 ss., spec. p. 634 ss.

apparente alle corti supreme nazionali, con l'obiettivo – meno evidente, ma preponderante – di accrescere e valorizzare il controllo del giudice dell'Unione[26].

Nel corso degli anni, sono stati più volte messi in luce i limiti dell'assetto individuato in questa materia dalla Corte di giustizia, sulla scorta di argomentazioni fondate, essenzialmente: sulla necessità di allentare i requisiti posti dalla sentenza *Cilfit*, tenuto conto dell'ampliamento delle competenze dell'Unione e del conseguente aumento delle cause in cui vengono in rilievo questioni "comunitarie"; sulle difficoltà insite nel raffronto tra versioni linguistiche, anche alla luce del numero sempre crescente di lingue ufficiali dell'Unione; sui numerosi casi di mancato rinvio pregiudiziale da parte di giudici di ultima istanza, sovente giustificati da questi ultimi sulla base di una non corretta lettura della giurisprudenza *Cilfit*[27].

È stato quindi proposto il superamento di tale giurisprudenza, o quantomeno un "aggiornamento" della stessa, sia da parte di alcuni avvocati generali[28], sia da parte di taluni autori[29]. In particolare, sono state suggerite modifiche tanto in senso per così dire "soggettivo", ossia intese a valorizzare maggiormente l'autonomia dei giudici nazionali[30], quanto in senso "oggettivo", allo scopo di riservare l'obbligo di rinvio alle sole questioni che rivestano "sufficiente importanza" per il diritto dell'Unione[31]. Tuttavia, sono stati altresì segnalati i rischi che, in entrambi i casi, siffatte evoluzioni della giurisprudenza *Cilfit* comporterebbero, introducendo inevitabilmente ulteriori elementi di incertezza e di ambiguità, nell'ambito di una valutazione già oggi tutt'altro che semplice[32].

---

[26] In tal senso, cfr. H. Rasmussen, *op. cit*., spec. p. 256 ss.; F. Mancini, D. T. Keeling, *op. cit*., spec. p. 4. Cfr. inoltre G. Bebr, *The Rambling Ghost*, cit., spec. p. 466 e p. 471.

[27] Per alcuni esempi in proposito, cfr., *ex multis*, T. Tridimas, *Knockin' on Heaven's Door: Fragmentation, Efficiency and Defiance in the Preliminary Reference Procedure*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 9 ss., nonché, con specifico riguardo alle giurisdizioni italiane, M. Condinanzi, *op. cit*., spec. p. 323 ss.

[28] Cfr., ad esempio, le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Jacobs il 10 luglio 1997 nella causa *Wiener*, spec. punto 59 ss.; le conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl del 12 aprile 2005, relative alla causa C-495/03, *Intermodal Transports*, spec. punto 103 ss.; le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer il 30 giugno 2005 nella causa *Gaston Schul*, spec. punto 58 s.

[29] Cfr., ad esempio, H. Rasmussen, *Remedying the Crumbling EC Judicial System*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1071 ss., spec. p. 1107 ss.; M. Broberg, Acte Clair *Revisited: Adapting the* Acte Clair *Criteria to the Demands of the Times*, *ivi*, 2008, p. 1383 ss.; N. Fenger, M. Broberg, *op. cit*., spec p. 320 ss. Cfr. inoltre la relazione del gruppo di riflessione sul futuro del sistema giurisdizionale delle Comunità europee (c.d. rapporto Due, dal nome del presidente del gruppo, Ole Due), gennaio 2000, reperibile on line, spec. p. 14 ss.

[30] In tal senso cfr., *inter alia*, H. Rasmussen, *Remedying*, cit., spec. p. 1109, che ha auspicato una sentenza "*Cilfit II*", tesa a restituire l'"iniziativa" ai giudici nazionali, aumentando sensibilmente il margine di discrezionalità garantito a questi ultimi.

[31] Un siffatto criterio è stato proposto, ad esempio, nelle conclusioni *Wiener*, spec. punto 64, secondo cui le condizioni enunciate dalla sentenza *Cilfit* "dovrebbero applicarsi solo in casi in cui un rinvio è davvero opportuno per raggiungere gli obiettivi dell'art. [267 TFUE], vale a dire quando si è in presenza di una questione generale e quando esiste un'autentica necessità di un'interpretazione uniforme". Nello stesso senso cfr. M. Broberg, Acte clair *Revisited*, cit., spec. p. 1390.

[32] *Amplius*, in tale prospettiva, cfr. le conclusioni *Lyckeskog*, spec. punto 63 ss. Cfr. inoltre D. Edward, *Reform of Article 234 Procedure: The Limits of the Possible*, in D. O'Keeffe (ed.), *Judicial Review in European Union Law, Liber Amicorum Slynn*, The Hague, 2000, p. 119 ss., spec. p. 123, a giudizio del quale "[i]t is doubtful how far the Court could go in relaxing the *CILFIT* criteria while remaining faithful to the terms and intention of the Treaty".

La Corte di giustizia non ha mai fatto proprie le istanze di "riforma" dei requisiti interpretativi posti dalla sentenza *Cilfit*, benché non manchino nella giurisprudenza della Corte segnali di una tendenza a lasciare una certa autonomia ai giudici nazionali di ultima istanza nella verifica circa la sussistenza dei predetti requisiti[33].

Le sentenze *Ferreira da Silva* e *X* si inseriscono nell'ampio contesto qui brevemente tratteggiato e, come si vedrà, non incidono in profondità sulla giurisprudenza *Cilfit*, pur fornendo indicazioni di sicuro rilievo in merito ai suoi profili applicativi, nonché in relazione alle conseguenze della violazione dell'obbligo di rinvio *ex* art. 267, co. 3, TFUE.

3. Come si è anticipato, con la sentenza *Ferreira da Silva* la Corte di giustizia ha, in sostanza, per la prima volta espressamente constatato[34] una violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo, da parte del Supremo Tribunal de Justiça.

La pronuncia trae origine da un rinvio pregiudiziale proposto dai Varas Cíveis de Lisboa (Tribunale civile di Lisbona), nell'ambito di una controversia che vede opposti allo Stato portoghese il sig. Ferreira da Silva e Brito ed altre novantasei persone, in merito ad un'asserita violazione del diritto dell'Unione da parte della Corte suprema portoghese.

Quanto ai fatti di causa, occorre premettere che il procedimento concluso con la pronuncia del Supremo Tribunal de Justiça riguardava il licenziamento collettivo del sig. Ferreira da Silva e Brito e di altri novantasei lavoratori dipendenti della compagnia aerea Air Atlantis SA (di seguito, "AIA"), nel contesto della liquidazione di tale società[35]. Ritenendo che l'attività precedentemente svolta dall'AIA fosse stata, in sostanza, proseguita dal principale azionista della stessa, la compagnia aerea Transportes Aéreos Portugueses (di seguito, "TAP"), i lavoratori in questione avevano impugnato il licenziamento collettivo dinanzi al Tribunale del lavoro di Lisbona, invocando la tutela assicurata dalla direttiva 2001/23/CE[36] in caso di trasferimento di azienda o di un ramo di azienda. La sentenza con cui il predetto Tribunale aveva parzialmente accolto le domande dei ricorrenti, disponendo la riassunzione degli stessi ed il risarcimento dei danni, era stata impugnata dalla TAP ed annullata dalla Corte d'appello di Lisbona, con sentenza successivamente confermata dal Supremo Tribunal de Justiça.

In particolare, la Corte suprema portoghese, con sentenza del 25 febbraio 2009, ha statuito che il licenziamento collettivo controverso non era viziato da alcuna illegittimità, non essendo integrati gli estremi del "trasferimento di uno stabilimento" ai sensi della direttiva 2001/23/CE. Invero, ad avviso della Corte suprema

[33] Cfr., ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2005, causa C-495/03, *Intermodal Transports*, su cui cfr. A. Rigaux, *Un litige tarifaire peut cacher une discussion de principe: une occasion manquée de relire l'arrêt Cilfit?*, in *Europe*, novembre 2005, alerte 81, p. 4 s.

[34] Come si è già detto (v. *supra*, par. 1) sul punto implicitamente già la sentenza della Corte di giustizia *Traghetti del Mediterraneo*, con riferimento alla condotta, in quel caso, della Corte di cassazione italiana. Cfr. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *op. cit.*, p. 216.

[35] Per una ricostruzione fattuale cfr. le conclusioni presentate dall'Avvocato generale Bot l'11 giugno 2015 nella causa C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, spec. punto 11 ss.

[36] Direttiva 2001/23/CE del Consiglio, del 12 marzo 2001, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative al mantenimento dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimenti di imprese, di stabilimenti o di parti di imprese o di stabilimenti.

portoghese, nel caso di specie non sussisteva la necessaria identità tra l'"entità" in precedenza appartenuta all'AIA e l'"entità" di cui si era successivamente servita la TAP per svolgere talune attività economiche a seguito della liquidazione dell'AIA. Tra gli argomenti posti dal Supremo Tribunal de Justiça a fondamento della decisione, assumono particolare rilevanza, da un lato, le circostanze fattuali del caso di specie e, dall'altro, la giurisprudenza della Corte di giustizia sulla nozione di "trasferimento di uno stabilimento", reputata sufficientemente chiara per escludere l'applicabilità della direttiva 2001/23/CE al caso di specie. Sulla base delle medesime considerazioni, la Corte suprema portoghese ha altresì ritenuto di non essere obbligata a sollevare un rinvio pregiudiziale *ex* art. 267, co. 3, TFUE, pur a fronte di un'espressa richiesta in tal senso da parte di taluni ricorrenti, non essendo riscontrabile "alcun dubbio rilevante" nell'interpretazione delle norme dell'Unione in materia di "trasferimento di uno stabilimento"[37].

È in ragione di quest'ultima pronuncia che il sig. Ferreira da Silva e Brito ed i suoi ex colleghi hanno proposto l'azione di risarcimento nei confronti dello Stato portoghese, per violazione del diritto dell'Unione, nell'ambito della quale è stato sollevato il rinvio pregiudiziale che ha condotto alla sentenza *Ferreira da Silva*. Le questioni pregiudiziali poste alla Corte di giustizia dal giudice *a quo* mirano, in sostanza, a chiarire: (i) se la sentenza del Supremo Tribunal de Justiça oggetto di contestazione abbia interpretato erroneamente la nozione di "trasferimento di uno stabilimento" ai sensi della direttiva 2001/23/CE; (ii) se, in un caso come quello deciso dal Supremo Tribunal de Justiça, tale giurisdizione sia tenuta ad esperire un rinvio pregiudiziale vertente sull'interpretazione della nozione di "trasferimento di uno stabilimento", anche in considerazione delle decisioni contraddittorie adottate dai giudici di grado inferiore sul punto; e (iii) se il diritto dell'Unione osti all'applicazione della normativa portoghese sulla responsabilità dello Stato per fatto del giudice (su tale ultima questione, v. *infra*, par. 5).

Con riferimento alla prima questione, la Corte di giustizia ha svolto un'analisi approfondita delle circostanze del caso di specie alla luce della giurisprudenza "comunitaria" relativa alla nozione di "trasferimento di uno stabilimento", giungendo alla conclusione che le attività svolte dalla TAP a seguito della liquidazione dell'AIA, contrariamente a quanto statuito dal Supremo Tribunal de Justiça, rientrano in tale nozione.

Con riguardo, poi, alla seconda questione, la Corte, richiamata la giurisprudenza *Cilfit*, ha innanzitutto affermato che la mera sussistenza di decisioni contraddittorie sull'interpretazione di una norma di diritto dell'Unione emesse da giudici nazionali non può, di per sé, costituire un elemento determinante in grado di far scattare l'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE[38]. È infatti possibile che, pur in presenza di un siffatto contrasto giurisprudenziale, il giudice nazionale di ultima istanza ritenga che l'interpretazione da dare alla norma controversa si imponga senza lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio[39]. Tuttavia, riferendosi al settore oggetto del caso in esame, la Corte ha sottolineato che le numerose questioni ad essa sottoposte, da parte di moltissimi giudici nazionali, in merito alla nozione di "trasferimento di uno

[37] Cfr. le conclusioni *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, spec. punto 19 s.
[38] Sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 41.
[39] *Ivi*, punto 42; su tali aspetti si tornerà *infra*, par. 4.

stabilimento" dimostrano "non soltanto l'esistenza di difficoltà interpretative, ma anche la presenza di rischi di giurisprudenza divergente a livello dell'Unione"[40]. Pertanto, in circostanze quali quelle del caso di specie, un giudice nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno è tenuto ad adempiere il proprio obbligo di rinvio pregiudiziale, "al fine di eliminare il rischio di un'errata interpretazione del diritto dell'Unione"[41].

Il rilievo dato dalla Corte ai "numerosi interrogativi da parte di moltissimi giudici nazionali" ad essa sottoposti in via pregiudiziale sembra evocare il requisito, previsto dalla giurisprudenza *Cilfit*, secondo cui l'interpretazione così evidente da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio deve imporsi, ad avviso del giudice che applica tale criterio, non soltanto alla Corte di giustizia, ma anche *ai giudici degli altri Stati membri*[42]. Nel caso in questione, come emerge dalle osservazioni della Corte, tale requisito non poteva ritenersi integrato; pertanto, la sentenza *Ferreira da Silva*, sotto il profilo strettamente ermeneutico, certamente non smentisce la precedente giurisprudenza della Corte in materia, pur facendone un'applicazione più "sostanziale" e meno "sottile". Invero, l'esistenza di una molteplicità di rinvii da parte dei giudici nazionali attorno allo stesso problema interpretativo viene direttamente sussunta a dimostrazione della necessità – e quindi dell'obbligo – di evocare il supremo intervento nomofilattico, senza essere previamente inquadrata in uno degli strumenti che il giudice nazionale apicale deve necessariamente applicare per considerarsi gravato dall'obbligo di rinvio.

È evidente, peraltro, che la (sostanziale) constatazione, da parte della Corte di giustizia, di una violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo commessa da una corte suprema nazionale ha un'indiscutibile rilevanza, anche sul piano simbolico, tenuto conto della notevole quantità di casi analoghi rimasti privi di conseguenze in passato[43].

Resta da chiarire, peraltro, se l'inosservanza dell'obbligo di rinvio *ex* art. 267, co. 3, TFUE comporti effettive conseguenze di tipo "sanzionatorio" (o rimediale-risarcitorio), atteso che, come noto, la realizzazione in concreto del principio della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione è demandata ai singoli ordinamenti nazionali[44].

4. Diversa è la questione affrontata dalla Corte di giustizia nella sentenza *X*, che trae origine dalle domande di pronuncia pregiudiziale proposte, rispettivamente, dal Gerechtshof te 's-Hertogenbosch (Corte di appello di Hertogenbosch, Paesi Bassi) e dallo Hoge Raad der Nederlanden (Corte suprema dei Paesi Bassi), nelle cause (poi riunite) C-72/14 e C-197/14. Entrambe le giurisdizioni hanno interrogato la

40 Sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 43.
41 *Ivi*, punto 44.
42 Sentenza *Cilfit*, punto 16.
43 In proposito, cfr., ad esempio, i contributi citati alla nota 27.
44 In particolare, pur dovendo verificare la sussistenza di requisiti ben precisi posti dalla Corte di giustizia (cfr., per tutte, la sentenza della Corte di giustizia, 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du pêcheur* c. *Bundesrepublik Deutschland* e *The Queen* c. *Secretary of State for Transport, ex parte Factortame* e *a.*), il giudice nazionale si trova a compiere un accertamento non soltanto particolarmente complesso, ma anche inevitabilmente condizionato dalle norme processuali del proprio ordinamento. *Amplius* sul punto, v. *infra*, par. 6. Con riguardo alle ulteriori possibili conseguenze dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, v. *infra*, par. 7.

Corte di giustizia nell'ambito di controversie in cui veniva in rilievo l'applicabilità del regolamento (CEE) n. 1048/71[45] (in vigore al tempo dei fatti di causa ed oggi sostituito dal regolamento (CE) n. 883/2004[46]) a determinati certificati di sicurezza sociale (modelli E 101) emessi dalle autorità lussemburghesi a favore di soggetti sottoposti al c.d. Accordo dei battellieri del Reno[47].

Le peculiarità del caso in esame risiedono, per quanto qui di interesse, non tanto nelle questioni giuridiche sostanziali, quanto nei profili "procedurali" portati all'attenzione della Corte di giustizia. In particolare, la Corte suprema olandese, con una sentenza resa l'11 ottobre 2013 in una causa simile a quelle *de qua*, aveva già preso in esame i medesimi aspetti applicativi della normativa "comunitaria" controversa (e sempre in relazione all'Accordo dei battellieri del Reno), ritenendo che la sua interpretazione si imponesse, in un caso analogo a quello di specie, senza lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio.

Ciò nonostante, nell'ambito di un'altra controversia, la Corte di appello di Hertogenbosch, nutrendo dubbi sulla soluzione adottata dallo Hoge Raad nel 2013, ha sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale vertente sul medesimo punto di diritto. Venuto a conoscenza di tale procedimento pregiudiziale, lo Hoge Raad, dinanzi al quale era pendente una causa simile a quella già decisa nel 2013 (e vertente esattamente sulla medesima problematica), ha interrogato la Corte di giustizia in merito all'esistenza di un obbligo (i) di rivolgersi, anch'esso, alla Corte in via pregiudiziale, ovvero (ii) di attendere, prima di rendere la propria pronuncia, la sentenza della Corte di giustizia all'esito del procedimento pregiudiziale già in corso; ciò benché tale giudice nazionale di ultima istanza ritenga che l'interpretazione del diritto dell'Unione sul punto controverso sia così evidente da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio.

In sostanza, la Corte di giustizia è stata dunque chiamata a pronunciarsi in merito agli effetti della proposizione di un rinvio pregiudiziale, da parte di un giudice nazionale di grado inferiore, sulla portata dell'obbligo di rinvio *ex* art. 267, co. 3, TFUE in capo al giudice di ultima istanza del medesimo Stato membro, in una causa analoga, relativa alla medesima problematica, pendente dinanzi ad esso, con la rilevante precisazione che sulla medesima questione il giudice di ultima istanza aveva già avuto modo di pronunciarsi, e secondo la lettura della norma condivisa nel merito dalla Corte di giustizia, in passato.

Nella sentenza *X*, la Corte di giustizia ha innanzitutto chiarito la questione sostanziale, relativa all'applicabilità del regolamento n. 1048/71 nel caso di specie, pronunciandosi in conformità alla citata sentenza dello Hoge Raad del 2013 e, pertanto, escludendo la vincolatività, per le autorità competenti di altri Stati membri, di un certificato E 101 rilasciato dall'istituzione competente di uno Stato membro ad

[45] Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, come modificato.

[46] Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

[47] Accordo concernente la sicurezza sociale dei battellieri del Reno del 27 luglio 1950, riveduto il 13 febbraio 1961 e il 30 novembre 1979.

un soggetto rientrante nel campo di applicazione (non del regolamento n. 1048/71, bensì) dell'Accordo dei battellieri del Reno[48].

Successivamente, la Corte di Lussemburgo ha affrontato il quesito di carattere procedurale posto dalla Corte suprema olandese, affermando che il solo fatto che un giudice di grado inferiore abbia sottoposto alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale vertente sulla medesima problematica oggetto di una controversia pendente dinanzi al giudice nazionale di ultima istanza – pur dovendo essere preso in considerazione dal secondo giudice – non implica, di per sé, che i requisiti previsti dalla sentenza *Cilfit* non possano più essere soddisfatti[49]. Né tale circostanza impone alla giurisdizione suprema nazionale di attendere la risposta della Corte di giustizia alla questione pregiudiziale sollevata dal giudice di rango inferiore[50].

La Corte di giustizia, dunque, ha fortemente valorizzato l'autonomia e la discrezionalità dei giudici nazionali di ultimo grado nell'ambito della valutazione del requisito, posto dalla sentenza *Cilfit*, dell'assenza di qualsiasi ragionevole dubbio nell'interpretazione delle norme dell'Unione. Sotto tale profilo, la Corte di giustizia sembra avere tenuto conto del timore, espresso dalla Corte suprema olandese (e riportato nelle conclusioni dell'Avvocato generale Wahl[51]), che le giurisdizioni nazionali di ultima istanza, al fine di riformare una decisione di un giudice di grado inferiore sulla scorta di una diversa interpretazione del diritto dell'Unione, debbano *sempre* esperire il rinvio pregiudiziale *ex* art. 267, co. 3, TFUE.

Per rispondere al quesito pregiudiziale in esame, la Corte di giustizia ha richiamato uno specifico passaggio della giurisprudenza relativa all'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo, in base alla quale spetta *esclusivamente* al giudice nazionale il compito di valutare se la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con evidenza tale da non lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio e, di conseguenza, decidere di astenersi dal sottoporre alla Corte una questione di interpretazione del diritto dell'Unione che è stata sollevata dinanzi ad esso, risolvendola sotto la propria responsabilità[52]. Inoltre, quale conferma del ragionamento svolto, la Corte di giustizia ha citato la propria giurisprudenza secondo cui l'art. 267 TFUE non osta a che le decisioni di un giudice nazionale "non di ultima istanza", che abbia adito la Corte in via pregiudiziale, rimangano soggette ai normali mezzi d'impugnazione predisposti dal diritto interno, sì che il giudice di rango superiore possa pronunciarsi esso stesso sulla medesima controversia, assumendosi la responsabilità di garantire il rispetto del diritto dell'Unione[53].

---

48 Sentenza *X* e *van Dijk*, punti 37-51.

49 *Ivi*, punto 60 s.; nello stesso senso – come si è visto *supra*, par. 3 – la sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 41 s. È da notare che, almeno in linea di principio, lo scrutinio in base al c.d. "test *Cilfit*" non viene affatto rinnegato dalla Corte; anzi, pare essere (almeno implicitamente) confermato. Sul punto, v. *infra*, nota 62.

50 Sentenza *X* e *van Dijk*, punto 61.

51 Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Wahl il 13 maggio 2015 nelle cause riunite C-72 e 197/14, *X* e *van Dijk*, punto 48.

52 Sentenza *X* e *van Dijk*, punto 58, ove la Corte richiama la sentenza *Intermodal Transports*, punto 37, nonché, indirettamente, la sentenza del 17 maggio 2001, causa C-340/99, *TNT Traco*, punto 35.

53 Sentenza *X* e *van Dijk*, punto 62, ove è menzionata l'ordinanza della Corte del 24 marzo 2009, causa C-525/06, *Nationale Loterij*, punti 6-8; nello stesso senso cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 12 febbraio 1974, causa 146/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, punto 3, e del 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, punto 89.

L'Avvocato generale Wahl, nelle sue conclusioni, constatato il progressivo temperamento, in via "pretoria", dell'"infelice obbligo di rinvio pregiudiziale"[54] previsto dal Trattato, aveva invece fondato la soluzione poi fatta propria dalla Corte sulla necessità di leggere le circostanze menzionate nei punti da 16 a 20 della sentenza *Cilfit* "come dei segnali di avvertimento e non come criteri rigorosi"[55] – in altri termini, come un mero "kit di strumenti" a disposizione del giudice nazionale di ultima istanza[56] – alla luce di un triplice ordine di "premesse di base".

In primo luogo, l'Avvocato generale mette in luce il radicale cambiamento dell'ordinamento dell'Unione, *dal punto di vista strutturale*, dal 1982 (anno a cui risale la sentenza *Cilfit*) ad oggi, con riguardo al numero di Stati membri e di lingue ufficiali, da un lato, e all'ampiezza dei settori di competenza, dall'altro lato. Sotto tale profilo, ad avviso dell'Avvocato generale, interpretando in modo rigoroso la giurisprudenza *Cilfit*, l'individuazione di un "vero" caso di *acte clair* sarebbe oggi "probabile, nella migliore delle ipotesi, quanto l'incontro con un unicorno"[57]. In secondo luogo, l'accento è posto sull'evoluzione del sistema di *controlli e bilanciamenti* relativo all'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE, oggi comprensivo non soltanto dei meccanismi previsti dal diritto dell'Unione – quali la procedura d'infrazione e la responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice, riconosciuta dalla Corte di giustizia a partire dalla sentenza *Köbler*[58] – ma anche del "controllo esterno" esercitato, in una certa misura, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo[59]. In terzo luogo, l'Avvocato generale rileva come, *nella prassi*, i giudici nazionali di ultima istanza non escludano di potersi avvalere della c.d. teoria dell'*acte clair*, come declinata dalla sentenza *Cilfit*, neppure nei casi in cui (i) la decisione impugnata si esprima in senso diverso, ovvero (ii) una minoranza del collegio giudicante non concordi con la decisione poi adottata nella sentenza definitiva[60].

Pertanto, secondo l'Avvocato generale, qualora un giudice nazionale di ultimo grado sia sufficientemente certo, in ordine alla sua interpretazione, da assumersi la responsabilità di decidere il caso senza l'intervento in via pregiudiziale della Corte di giustizia – nonostante il rischio che lo Stato membro di appartenenza sia chiamato a rispondere del mancato rinvio pregiudiziale e/o della scorretta applicazione del diritto dell'Unione –, tale giudice dovrebbe essere "giuridicamente legittimato" a procedere in tal senso[61].

Gli argomenti fatti valere dall'Avvocato generale quali "premesse di base" appaiono difficilmente contestabili, poiché riflettono almeno in parte le principali linee evolutive del rinvio pregiudiziale interpretativo, e del sistema dell'Unione,

---

54 Così definito nelle conclusioni *X* e *van Dijk*, punto 55.

55 *Ivi*, punto 67.

56 *Ibidem.*

57 Conclusioni *X* e *van Dijk*, punto 62.

58 Sentenza *Köbler*.

59 Conclusioni *X* e *van Dijk*, punto 63; su tali aspetti, v. *infra*, paragrafi 6 e 7.

60 Conclusioni *X* e *van Dijk*, punto 64, ove l'Avvocato generale cita, a sostegno di tale argomentazione, svariati esempi di decisioni nazionali adottate malgrado le menzionate divergenze, tra le quali, quanto alla prima categoria, la sentenza della Corte suprema portoghese nel caso *Ferreira da Silva e Brito* e *a.* Per un approfondimento, invece, sulle varie ipotesi di possibili disaccordi, quanto all'interpretazione del diritto dell'Unione, tra giudici del medesimo collegio giudicante cfr., ad esempio, N. Fenger, M. Broberg, *op. cit.*, spec. p. 303 ss.

61 Conclusioni *X* e *van Dijk*, punto 69.

dalla sentenza *Cilfit* ad oggi. Pur non essendo stati espressamente ripresi dalla Corte di giustizia, tali argomenti sembrano comunque, in qualche misura, giustificare il notevole grado di autonomia interpretativa riconosciuta con la sentenza *X* ai giudici nazionali di ultima istanza[62].

5. Vi è, tuttavia, almeno un'altra possibile chiave di lettura della sentenza *X*, che potrebbe essere in un certo senso condizionata dal fatto che l'interpretazione data dallo Hoge Raad, nel caso di specie, coincide con quella fatta propria dalla Corte di giustizia. Ci si potrebbe chiedere, in altri termini, se la Corte sarebbe giunta alla medesima soluzione sotto il profilo procedurale qualora non avesse condiviso nel merito la precedente pronuncia della corte suprema nazionale. In tale prospettiva, non è forse casuale la scelta della Corte di affrontare (e decidere) dapprima gli aspetti sostanziali sottopostile dai giudici *a quibus*, spostando l'attenzione solo successivamente – una volta verificata la "convergenza" con lo Hoge Raad – sulla questione procedurale, che appare però, a quel punto, già "depotenziata".

Inoltre, la motivazione addotta dalla Corte di giustizia, secondo cui sarebbe dirimente il fatto che la valutazione sull'assenza di qualsiasi ragionevole dubbio spetti *esclusivamente* al giudice nazionale di ultima istanza, non sembra del tutto coerente con quanto statuito dalla stessa Corte, ad esempio, nella coeva sentenza *Ferreira da Silva* (un'eventuale incongruenza tra le due sentenze sarebbe ancor più sorprendente tenuto conto che esse non sono accomunate soltanto dalla data di pronuncia, ma altresì dal medesimo giudice relatore).

In particolare, come si è visto, in tale ultima sentenza la Corte ha preso una posizione ben precisa con riguardo all'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE nel caso di specie, vagliando per così dire nel merito la necessità che la giurisdizione suprema nazionale esperisse il rinvio pregiudiziale (sul presupposto, peraltro, di un'interpretazione della norma controversa *non* condivisa, in quel caso, dalla Corte di giustizia, ciò che parrebbe confermare la lettura di cui sopra). La valutazione in parola non può, quindi, ritenersi realmente demandata al solo giudice nazionale; ciò, a maggior

[62] Ben diverso è ritenere che siano venuti meno *tout court* i criteri elencati ai punti da 16 a 20 della sentenza *Cilfit*, come sostenuto, ad esempio, da A. Kornezov, *op. cit.*, spec. p. 1323 ss., per il quale la teoria dell'*acte clair* sarebbe declinata secondo un "nuovo formato" nelle sentenze *Ferreira da Silva* e *X*. Ad avviso di tale Autore, invero, la mancata menzione espressa dei predetti criteri, da parte della Corte di giustizia, deve essere intesa (anche alla luce delle soluzioni individuate, in concreto, nelle due sentenze del 9 settembre 2015) come un completo superamento degli stessi, da ritenersi ormai non più vincolanti ("if they ever were": cfr. *ivi*, p. 1324). Tale tesi non pare condivisibile, in considerazione dei richiami operati dalla Corte di giustizia – sia in *Ferreira da Silva*, sia in *X* – alla sentenza *Cilfit*, senza escludere l'applicabilità dei criteri in questione, certo non integralmente riportati nel testo delle due sentenze, ma nemmeno "sconfessati" o anche solo esplicitamente "temperati", di per sé, dalla Corte. In tal senso, cfr., ad esempio, sentenza *X* e *van Dijk*, punto 60, ove è chiaramente affermato che la circostanza per cui sia pendente dinanzi alla Corte una questione pregiudiziale (vertente sulla medesima problematica) proposta da un giudice inferiore "non può, da sola, impedire al giudice nazionale supremo di concludere, *all'esito di un esame rispondente ai requisiti derivanti dalla sentenza Cilfit e a.* (…), che esso si trova in presenza di un atto chiaro" (corsivo aggiunto). Cfr. altresì il punto 61 della medesima sentenza, nonché, più recentemente, la sentenza del 28 luglio 2016, causa C-379/15, *Association France Nature Environnement*, spec. punti 47-50, dove la Corte richiama integralmente i "criteri Cilfit", con la sola eccezione del raffronto tra le diverse versioni linguistiche delle norme "comunitarie" (aspetto che, peraltro, non era stato specificamente ripreso nemmeno nel dispositivo della stessa sentenza *Cilfit*).

ragione, a partire dalla sentenza *Köbler*, nella quale la Corte di giustizia ha stabilito che il giudice nazionale – nel verificare la sussistenza delle tre condizioni previste per la responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione, e in particolare della seconda, ossia che la violazione sia grave e manifesta – deve tenere conto non soltanto "della specificità della funzione giurisdizionale nonché delle legittime esigenze della certezza del diritto", ma anche degli elementi che caratterizzano la controversia sottoposta al suo sindacato[63], tra i quali: "il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, il carattere intenzionale della violazione, la scusabilità o l'inescusabilità dell'errore di diritto, la posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché *la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale*" *ex* art. 267, co. 3, TFUE[64].

Occorre subito precisare, tuttavia, che nei casi appena visti l'intervento "valutativo" della Corte (ovvero dei giudici nazionali) viene effettuato soltanto *ex post*, nell'ambito del processo avente ad oggetto la responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice, e non nel corso della (prima) causa, senza pertanto privare le giurisdizioni nazionali di ultima istanza dell'autonomia e della discrezionalità che sono state loro attribuite dalla sentenza *Cilfit*. Dunque, in ultima analisi, l'incoerenza menzionata è forse più apparente che reale; ciò nonostante, la Corte avrebbe potuto fornire una motivazione più approfondita per la soluzione accolta nella sentenza *X*, che non sembra, nel suo insieme, del tutto convincente.

Invero, l'aspetto più discutibile è costituito dalla negazione dell'obbligo, per il giudice nazionale di ultimo grado, (di adire a sua volta la Corte o, comunque) di attendere la risposta della Corte di giustizia qualora essa sia stata adita in via pregiudiziale da un giudice di grado inferiore, in una causa simile e vertente esattamente sulla medesima problematica. È evidente che, in simili circostanze, il rischio di "tradire" la *ratio* dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo – ossia, come visto, la necessità di garantire la corretta applicazione e l'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione, evitando che si consolidi una giurisprudenza nazionale ad esso contraria[65] – è tutt'altro che ipotetico. Ciò anche in considerazione della natura quantomeno ambigua della teoria dell'*acte clair*[66] e, più in generale, dell'opinabilità di qualsiasi discorso sull'univocità (o sulla chiarezza) dell'interpretazione di una norma. Basti pensare, ad esempio, all'eventualità che il quesito pregiudiziale proposto dal giudice di grado inferiore sia risolto dalla Corte di giustizia mediante

---

63 Sentenza *Köbler*, punto 53 s.

64 *Ivi*, punto 55 (corsivo aggiunto).

65 V. *supra*, nota 10.

66 Per una riflessione sul punto, cfr. A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, spec. p. 195; M. Condinanzi, *op. cit.*, spec. p. 307. Per una critica alla teoria in questione, in precedenza, cfr. H. Lauterpacht, *De l'interprétation des traités, rapport présenté à la session de Bath de l'Institut de droit international, septembre 1950*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1950, p. 366 ss., spec. p. 377, ad avviso del quale essa "postule comme un fait établi ce qui reste à démontrer, qu'elle prend pour point de départ de la recherche, ce qui normalement devrait être le résultat de celle-ci"; P. Pescatore, *Interpretation of Community Law and the Doctrine of "Acte Clair"*, cit., spec. p. 43 ss.; conclusioni presentate dall'Avvocato generale Capotorti il 13 luglio 1982, causa 283/81, *Cilfit*, secondo cui "[l]a massima latina spesso ripetuta: 'in claris non fit interpretatio' meriterebbe di essere dimenticata: è l'interprete che, svolgendo il suo compito, accerta se una norma sia chiara od oscura". *Contra* M. Lagrange, *The Theory of the Acte Clair*, cit., spec. p. 322: "[I]t is the *abusive use* of the *acte clair* that is to blame, and not the principle, which is sound".

una decisiva e, magari, imprevedibile specificazione della propria giurisprudenza, ovvero addirittura costituisca l'occasione per un *revirement*. La sentenza della corte suprema nazionale, ove già emessa nelle more del procedimento pregiudiziale, non potrà tenere conto di tali sviluppi, né probabilmente potrà dare origine a responsabilità, per fatto del giudice, dello Stato membro di appartenenza, poiché sarebbe assai difficile dimostrare, a fronte dell'inatteso mutamento del quadro giurisprudenziale, il carattere grave e manifesto dell'asserita violazione. Dunque, la soluzione fatta propria dalla Corte di giustizia pare ancor meno condivisibile ove si assuma la prospettiva del ricorrente nel processo dinanzi alla giurisdizione suprema nazionale, poiché tale soggetto, in un caso come quello testé descritto, non potrà avvalersi dell'interpretazione della Corte né nel giudizio di ultima istanza, ormai concluso, né – con tutta probabilità, come si è visto – in un'azione diretta ad ottenere il risarcimento dei danni per violazione del diritto dell'Unione.

Le peculiarità dell'ipotesi sottoposta al vaglio della Corte di giustizia nel caso *X* avrebbero consentito un differente bilanciamento tra la parziale "compressione" dell'autonomia ermeneutica del giudice nazionale di ultima istanza – derivante dall'eventuale obbligo di sospensione del processo in attesa della pronuncia pregiudiziale, nonostante il convincimento che l'interpretazione della norma dell'Unione in questione si imponga senza lasciare adito ad alcun ragionevole dubbio – e il rischio concreto di una decisione nazionale definitiva (potenzialmente) contraria alla sentenza pregiudiziale resa (presumibilmente) poco tempo dopo dalla Corte stessa[67]. Certo, un'ipotesi "atipica" di obbligo di sospensione del processo nazionale avrebbe ricadute non irrilevanti sul principio di autonomia procedurale degli Stati membri[68], ma è noto come tale principio possa essere "circoscritto" per esigenze funzionali agli obiettivi del sistema, sulla base di una valutazione che tenga conto dei principi di equivalenza e di effettività, alla luce del principio generale di leale cooperazione[69].

A tal proposito, si osserva che la previsione di un obbligo di sospensione del processo nazionale, quale quello prefigurato dallo Hoge Raad nell'ordinanza relativa al caso *X*, avrebbe potuto trovare fondamento proprio nel principio di leale cooperazione, di cui all'attuale art. 4, par. 3, TUE, ora meglio declinato, con riguardo

[67] Ove la Corte avesse invece ritenuto sussistente un obbligo di rinvio pregiudiziale in capo al giudice di ultima istanza – e non un semplice obbligo di sospensione del processo nazionale di ultima istanza – si sarebbe posta, peraltro, un'esigenza di accurata gestione della procedura da parte della Corte stessa, in modo da evitare che la "sovrapposizione" tra i rinvii pregiudiziali proposti dalle giurisdizioni di rango diverso potesse arrecare pregiudizi, soprattutto sotto il profilo della durata del processo, alle parti dei procedimenti nazionali.

[68] In argomento, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, cfr., *mutatis mutandis*, le considerazioni di R. Mastroianni, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è "più realista del re"?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 91 ss., spec. p. 100 ss.

[69] Cfr. R. Mastroianni, *op. cit.*, che menziona l'esempio del potere di sospensione del processo riconosciuto ai giudici nazionali – oggi dall'art. 16, par. 1, del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato – al fine di garantire l'applicazione uniforme del diritto antitrust dell'Unione. E, del resto, la stessa Corte di cassazione italiana, ad esempio, pur avendo escluso la possibilità di una sospensione del processo *ex* art. 295 c.p.c. nel caso in cui sia pendente un rinvio pregiudiziale promosso da altro giudice e vertente su una questione analoga (Cass. civ., 14 settembre 1999, n. 9813), ha in seguito accolto un orientamento più estensivo, applicando la disposizione menzionata, benché in pendenza di un'azione di annullamento *ex* art. 263 TFUE e non di un rinvio pregiudiziale (Cass. civ., sez. lavoro, 23 giugno 2006, n. 14595). Cfr. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *op. cit.*, p. 253 ss.; L. Daniele, *op. cit.*, p. 2218.

alla materia in esame, nell'art. 19, par. 1, co. 2, TUE. Tuttavia, la Corte di giustizia, a differenza dell'Avvocato generale (il quale, peraltro, ha escluso che la leale cooperazione fornisca una base giuridica chiara all'obbligo in parola, almeno laddove la questione potrebbe essere valutata manifestamente inammissibile o in caso di manifesta incompetenza del giudice dell'Unione[70]), non si è soffermata su tale aspetto, che avrebbe invece meritato una riflessione, anche eventualmente al fine di escludere con chiarezza l'applicabilità del principio in questione nel caso di specie.

6. Come si è anticipato, nella sentenza *Ferreira da Silva* la Corte di giustizia non si è pronunciata soltanto in merito alla nozione di "trasferimento di uno stabilimento", di cui alla direttiva 2001/23/CE, e con riguardo all'insussistenza, nel caso di specie, dei requisiti posti dalla giurisprudenza *Cilfit* per escludere l'obbligo, in capo alla giurisdizione nazionale di ultima istanza, di esperire il rinvio pregiudiziale interpretativo. Invero, i Varas Cíveis de Lisboa avevano altresì domandato alla Corte di giustizia se il diritto dell'Unione e, in specie, i principi sanciti nella sentenza *Köbler* debbano essere interpretati nel senso che ostano all'applicazione di una normativa nazionale che richieda, ai fini della proposizione di un'azione di responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice, la previa revoca, da parte dell'organo giurisdizionale competente, della decisione giudiziaria lesiva. Una siffatta condizione, prevista dalla legge portoghese che adotta il regime di responsabilità civile extracontrattuale dello Stato e degli altri enti pubblici[71], comporta l'irricevibilità di qualsiasi azione diretta a far valere la responsabilità dello Stato per inosservanza dell'obbligo previsto dall'art. 267, co. 3, TFUE ove la decisione lesiva non sia già stata annullata.

Con riferimento a tale ultima questione pregiudiziale, la Corte di giustizia ha innanzitutto ricordato i principi fondamentali che devono essere rispettati dalle normative nazionali sulla responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione, ossia i già citati principi di equivalenza e di effettività: quest'ultimo, in particolare, implica che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali nella materia in esame non possano essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento del danno[72]. È proprio un'eccessiva difficoltà di tal fatta a connotare la normativa portoghese controversa, ad avviso della Corte di giustizia, poiché, come risulta dal fascicolo della causa *Ferreira da Silva*, nonché dalla discussione svoltasi in sede di udienza dinanzi alla Corte, le

[70] Conclusioni *X* e *van Dijk*, punto 73. Sull'applicabilità del principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE ai giudici "coinvolti" nel procedimento di rinvio pregiudiziale cfr., ad esempio, le conclusioni dell'Avvocato generale Cruz Villalón del 14 gennaio 2015, relative alla causa C-62/14, *Gauweiler* e *a.*, punto 64, richiamate dall'Avvocato generale Wathelet nelle (seconde) conclusioni relative alla causa C-689/13, *PFE*, presentate il 15 ottobre 2015, punto 25.

[71] Lei n. 67/2007 – Aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas, del 31 dicembre 2007 (Diário da República, 1ª serie, n. 251, del 31 dicembre 2007), come modificata dalla legge n. 31/2008, del 17 luglio 2008 (Diário da República, 1ª serie, n. 137, del 17 luglio 2008). In relazione a tali interventi normativi – adottati successivamente alla sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2004, causa C-275/03, *Commissione* c. *Portogallo*, cui ha fatto seguito la sentenza del 10 gennaio 2008, causa C-70/06, *Commissione* c. *Portogallo* – cfr. la sentenza del Tribunale del 29 marzo 2011, causa T-33/09, *Portogallo* c. *Commissione*, confermata in sede di impugnazione dalla Corte giustizia con sentenza del 15 gennaio 2014, causa C-292/11 P, *Commissione* c. *Portogallo*.

[72] Sentenza della Corte di giustizia *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, cit., punto 50, dove la Corte richiama la sentenza del 25 novembre 2010, causa C-429/09, *Fuß*, punto 62 e la giurisprudenza ivi citata.

ipotesi in cui è possibile ottenere un "riesame" delle decisioni del Supremo Tribunal de Justiça sono estremamente limitate[73]. Del resto, lo stesso rappresentante del governo portoghese ha affermato, in sede di udienza di discussione, di non essere a conoscenza di alcun caso di annullamento di una sentenza del Supremo Tribunal de Justiça per incompatibilità con il diritto dell'Unione, sì che un mezzo di ricorso avverso tale tipologia di decisioni sembrerebbe, come osservato dall'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni, "in larga misura teorico e difficile da attuare"[74].

La Corte di giustizia ha poi respinto gli argomenti fatti valere dal governo portoghese, che aveva giustificato la normativa nazionale in questione sulla scorta di considerazioni legate (i) al principio dell'autorità della cosa giudicata e (ii) al principio della certezza del diritto.

Sotto il primo profilo, la Corte, pur sottolineando l'importanza del principio dell'autorità della cosa giudicata sia nell'ordinamento dell'Unione, sia negli ordinamenti nazionali (e richiamando, in tal senso, la sentenza *Fallimento Olimpiclub*[75]), ha osservato che il principio della responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice non implica necessariamente che sia rimessa in discussione la decisione giurisdizionale che ha causato il danno[76].

Con riguardo, poi, al principio della certezza del diritto, anche supponendo – ha proseguito la Corte – che tale principio possa venire in rilievo in una situazione quale quella oggetto del caso di specie, esso "non può in alcun modo soverchiare" il principio della responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione[77], che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia, "è inerente al sistema dei trattati" sui quali si fonda l'Unione[78].

Pertanto, la Corte ha risposto in senso affermativo al dubbio sollevato dal giudice *a quo*, sancendo la sostanziale incompatibilità con il diritto dell'Unione della legislazione nazionale controversa, nella parte in cui richiede il previo annullamento – nella pratica, escluso – della decisione lesiva[79]. Le considerazioni di ordine "fattuale" – relative alla difficoltà, in concreto, di ottenere siffatto annullamento – hanno giocato, probabilmente, un ruolo non secondario nel determinare la soluzione accolta dalla Corte, come si evince dall'esplicita menzione di tale circostanza nel dispositivo della sentenza[80]. Ci si potrebbe chiedere, dunque, se sia possibile una

---

73 Sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 51.

74 Conclusioni *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 114.

75 Sentenza del 3 settembre 2009, causa C-2/08, punti 22 e 24.

76 Sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 54 s. Cfr., nella stessa prospettiva, la sentenza *Köbler*, punto 39.

77 Sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 56.

78 *Ivi*, punto 58. Tra i precedenti, cfr., da ultimo, la sentenza del 19 giugno 2014, cause riunite da C-501 a 506/12, C-540 e 541/12, *Specht* e *a.*, punto 98 e giurisprudenza ivi citata.

79 Sentenza *Ferreira da Silva e Brito* e *a.*, punto 60.

80 Cfr. *ivi*, punto 3 del dispositivo: "[i]l diritto dell'Unione e, in particolare, i principi sanciti dalla Corte in materia di responsabilità dello Stato per i danni causati ai singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione commessa da un organo giurisdizionale avverso le cui decisioni non sono esperibili ricorsi giurisdizionali di diritto interno devono essere interpretati nel senso che ostano a una normativa nazionale che richiede, come previa condizione, l'annullamento della decisione lesiva emessa da tale organo, *allorché un simile annullamento è, in pratica, escluso*" (corsivo aggiunto). La Corte aveva attribuito rilevanza a simili considerazioni di ordine fattuale anche nella sentenza del 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione* c. *Italia*, spec. punto 45 s.

valutazione diversa nei confronti di una legislazione nazionale che subordini un analogo requisito di previo annullamento a condizioni non eccessivamente restrittive.

La pronuncia della Corte appare condivisibile e si pone in linea di continuità con le precedenti sentenze con cui erano state "censurate" normative nazionali suscettibili di escludere o limitare la responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice[81].

Occorre comunque attendere, per una valutazione complessiva, che il caso *Ferreira da Silva* giunga a conclusione con una sentenza nazionale definitiva in tema di responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione. Infatti, non è scontato, in primo luogo, che il giudice *a quo*, a seguito della pur chiarissima pronuncia della Corte di giustizia, ritenga integrati gli estremi della responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice. A tal fine, alla luce dei principi stabiliti dalla sentenza *Köbler*, dovrà essere dimostrato, dinanzi al giudice nazionale, non soltanto (i) che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli e (ii) che sussista un nesso di causalità tra violazione e danno subito dai ricorrenti, ma altresì (iii) che la violazione sia grave e manifesta, tenuto conto che la responsabilità dello Stato per danni causati da una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado "può sussistere solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente"[82]. In secondo luogo, anche ove la responsabilità dello Stato sia affermata in sede di giudizio di primo grado, potrà porre problemi di non poco conto, sotto il profilo dell'indipendenza del giudice, il fatto che il Supremo Tribunal de Justiça – competente per la decisione definitiva ove la sentenza dei Varas Cíveis de Lisboa fosse eventualmente impugnata in appello e, in seguito, in terzo ed ultimo grado – si trovi a valutare la legittimità di una sentenza che dichiari la responsabilità dello Stato per inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte dello stesso Supremo Tribunal de Justiça.

7. Esaminati i chiarimenti forniti dalla Corte nella sentenza *Ferreira da Silva* con riguardo alla responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice, ci si può domandare quali altre conseguenze siano prospettabili in caso di inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte di un giudice nazionale di ultima istanza *ex* art. 267, co. 3, TFUE.

---

[81] Cfr., con riguardo all'ordinamento italiano, le sentenze della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, e del 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione* c. *Italia*, a seguito delle quali è stata approvata, in Italia, la l. 27 febbraio 2015, n. 18, che ha riformato la l. 13 aprile 1988, n. 117 sulla responsabilità civile dei magistrati. In argomento cfr., tra i numerosi commenti, R. Mastroianni, V. Bocchetti, *La responsabilità dello Stato "per fatto del giudice": una lettura della legge 27 febbraio 2015, n. 18, alla luce del diritto dell'Unione europea*, in *Giustizia Civile*, 2015, reperibile on line. Per alcune considerazioni sulla rilevanza della pronuncia *Ferreira da Silva*, con riguardo all'applicazione concreta del principio espresso nella sentenza *Köbler*, cfr. P. Mengozzi, *La responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario: dalla sentenza* Köbler *alla sentenza* Ferreira da Silva e Brito, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 401 ss., spec. p. 410 ss.

[82] Sentenza *Köbler*, punto 53; nello stesso senso cfr. la sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, punto 32. In proposito cfr., *ex multis*, T. Tridimas, *State Liability for Judicial Acts. Remedies Unlimited?*, in P. Demaret, I. Govaere, D. Hanf (eds.), *European Legal Dynamics*, Bruxelles, 2007, p. 147 ss., spec. p. 155 s.; B. Beutler, *State Liability for Breaches of Community Law by National Courts: Is the Requirement of a Manifest Infringement of the Applicable Law an Insurmountable Obstacle?*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 773 ss., spec. p. 787 ss., dove si riportano vari esempi di decisioni nazionali in questa materia, nessuna delle quali ha ritenuto soddisfatto il predetto (*sub iii*, nel testo) requisito "restrittivo" posto dalla Corte di giustizia.

Senza alcuna pretesa di affrontare in modo completo il tema, in questa sede ci si limiterà a passare in rassegna i principali meccanismi ulteriori (di natura "rimediale" o "sanzionatoria") configurabili, tentando di valutare il relativo grado di effettività[83].

Una prima conseguenza per così dire alternativa alla responsabilità dello Stato membro per fatto del giudice può consistere in *rimedi di diritto interno*, di carattere giurisdizionale, mediante i quali un giudice terzo può assicurare tutela ai singoli qualora sia stato violato l'obbligo in questione da parte del giudice nazionale di ultima istanza, attraverso un sindacato sulla relativa sentenza. Ciascuno Stato membro, peraltro, è libero di prevedere o meno siffatti meccanismi, in mancanza di un obbligo espresso in materia, sì che la possibilità di avvalersi di un rimedio "interno" non costituisce una garanzia comune a tutti i sistemi nazionali. Invero, se in alcuni Stati membri si ammette l'annullamento di una sentenza per mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (ad esempio in Germania, dove il *Bundesverfassungsgericht* ha annullato, in più occasioni, sentenze di giurisdizioni tedesche per inosservanza dell'obbligo di rinvio, ritenendo sussistente la violazione del principio costituzionale secondo cui nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge[84]), vi sono altresì numerosi Stati membri (tra i quali l'Italia) in cui non è prevista la possibilità di agire in giudizio per contestare una decisione facendo valere l'inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE. L'effettività dei meccanismi di diritto interno, pertanto, è (logicamente) limitata ai soli ordinamenti nei quali essi sono esperibili, pur restando da valutare se la mancanza di simili rimedi "condanni" di per sé il sistema interno ad una violazione dell'art. 19 TUE[85].

Quanto alle conseguenze contemplate dall'ordinamento "comunitario", occorre premettere che, in linea generale, ai sensi del diritto dell'Unione non è l'inosservanza dell'obbligo di rinvio ad essere *di per sé* "sanzionata", essendo altresì necessario che il giudice nazionale di ultimo grado abbia contestualmente interpretato (e applicato) il diritto dell'Unione in modo non corretto[86]. Un esempio in senso contrario può ravvisarsi nell'apertura di una procedura di infrazione, con l'invio alla Svezia, da parte della Commissione europea, di un parere motivato *ex* art. 258 TFUE in ragione del numero eccessivamente esiguo di rinvii pregiudiziali proposti dalle giurisdizioni di

[83] Per un approfondimento cfr., ad esempio, N. Fenger, M. Broberg, *op. cit.*, spec. p. 337 ss.; J. Pertek, *op. cit.*, spec. p. 205 ss.; L. Coutron (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice: une obligation sanctionnée?*, Bruxelles, 2014; F. Ferraro, *The Consequences of the Breach of the Duty to Make Reference to ECJ for a Preliminary Ruling*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 589 ss.; M. Broberg, *National Courts of Last Instance Failing to Make a Preliminary Reference: The (Possible) Consequences Flowing Therefrom*, in *European Public Law*, 2016, p. 243 ss.

[84] Cfr., *inter alia*, Bundesverfassungsgericht, sentenza del 5 agosto 1998, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 728 ss.; Bundesverfassungsgericht, ordinanza del 9 gennaio 2001, 1 *BvR* 1036/99; Bundesverfassungsgericht, ordinanza del 30 gennaio 2002, 1 *BvR* 1542/00. Simili forme di controllo giurisdizionale sono state poste in essere anche in altri Stati membri, tra cui Austria, Repubblica ceca, Slovacchia, Slovenia e Spagna: cfr., in proposito, i casi citati da L. Coutron, *L'irénisme des Cours européennes. Rapport introductif*, in L. Coutron (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel*, cit., p. 13 ss., spec. p. 56 s.; M. Broberg, *National Courts of Last Instance*, cit., p. 253; C. Lacchi, *Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU*, in *German Law Journal*, 2016, p. 1663 ss.

[85] Cfr. G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., spec. p. 319; J. Pertek, *op. cit.*, spec. p. 210 s.

[86] Cfr. J. Pertek, *op. cit.*, spec. p. 208; F. Ferraro, *op. cit.*, spec. p. 606 ss.

tale Stato[87], con conseguente introduzione, nell'ordinamento svedese, di una legge che impone un obbligo di motivazione, in capo ai giudici nazionali di ultima istanza, per le decisioni di mancato rinvio pregiudiziale[88]. Si tratta, peraltro, di un caso eccezionale, legato ad un inadempimento di carattere sistemico[89], la regola generale rimanendo quella dell'irrilevanza *per se* della violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo da parte dei giudici di ultima istanza. Ciò desta perplessità se si tiene conto del principio di tutela giurisdizionale effettiva dei singoli[90], pur potendosi ritenere che la soluzione in parola sia riconducibile, con tutta probabilità, alla volontà della Corte di giustizia di salvaguardare il clima di collaborazione con le giurisdizioni supreme degli Stati membri[91].

Fatta questa premessa – ed esclusa la possibilità, per il singolo, di rivolgersi direttamente alla Corte di giustizia dell'Unione europea a fronte dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio da parte di una corte suprema nazionale[92] – non può non essere preso in considerazione il meccanismo "sanzionatorio" costituito dall'avvio, da parte della Commissione europea, di un *procedimento di infrazione* ai sensi dell'art. 258 TFUE[93], con l'obiettivo di ottenere una pronuncia della Corte di giustizia che dichiari l'inadempimento derivante dal mancato rinvio pregiudiziale[94]. A parte il

---

87 Parere motivato 2003/2161, C(2004) 3899, 13 ottobre 2004 (cfr. il comunicato stampa della Commissione del 9 febbraio 2004, IP/04/178). La procedura di infrazione in questione (2003/2253) è stata chiusa il 14 dicembre 2004.

88 Tale legge (Lag med vissa bestämmelser om förhandsavgörande från Europeiska unionens domstol, SFS 2006:502) è entrata in vigore il 1° luglio 2006. In proposito cfr. M. Broberg, Acte Clair *Revisited*, cit., spec. p. 1394 s.; N. Fenger, M. Broberg, *Finding Light in the Darkness: On the Actual Application of the* Acte Clair *Doctrine*, in *Yearbook of European Law*, 2011, p. 180 ss., spec. p. 209.

89 Cfr. J.-P. Jacqué, *Conclusions*, in L. Coutron (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel*, cit., p. 407 ss., spec. p. 500.

90 In tal senso cfr. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *op. cit.*, p. 216; *contra* L. Coutron, *L'irénisme*, cit., spec. p. 56, che considera logica la predetta regola generale, poiché il mancato rinvio non produce automaticamente un pregiudizio in capo al singolo.

91 In tale prospettiva cfr. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *op. cit.*, p. 216. In merito alla cooperazione tra giudici nel sistema del rinvio pregiudiziale, v. *supra* la nota 9.

92 Cfr. M. Lagrange, *L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1974, p. 268 ss., spec. p. 289 s.; J.-P. Jacqué, *op. cit.*, spec. p. 501 s., che critica l'idea di una riforma dei Trattati per introdurre una procedura quale quella evocata nel testo. Un'ipotesi di tal fatta è contenuta, ad esempio, nel c.d. Progetto Spinelli (Progetto di trattato che istituisce l'Unione europea, del 14 febbraio 1984, in *GUCE*, C 77 del 19 marzo 1984, p. 33), il cui art. 43 ("Controllo giudiziario") prefigura l'"introduzione di un ricorso in cassazione dinanzi alla Corte contro le decisioni giudiziarie nazionali rese in ultima istanza che rifiutino di rivolgere a essa una domanda pregiudiziale o non rispettino una sentenza pregiudiziale pronunciata dalla Corte". Per un tentativo (non riuscito) di ottenere, a seguito dell'inosservanza dell'obbligo in questione, una pronuncia del giudice "comunitario" mediante azione di responsabilità extracontrattuale dell'Unione, cfr. la sentenza del Tribunale di primo grado del 21 giugno 2006, causa T-47/02, *Danzer* c. *Consiglio*, spec. punto 38 s. In proposito cfr. L. Coutron, *L'irénisme*, cit., p. 45.

93 L'eventualità di un procedimento di infrazione avviato da uno Stato membro, *ex* art. 259 TFUE, appare, invero, alquanto improbabile in questa materia.

94 Cfr., *ex multis*, A. Barav, *Failure of Member States to Fulfil their Obligations under Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1975, p. 369 ss., spec. p. 379. Cfr., inoltre, quanto affermato dalla Commissione europea, in risposta ad un'interrogazione parlamentare relativa al rispetto dell'obbligo di rinvio pregiudiziale a seguito della sentenza *Cilfit*, il 25 luglio 1983: come già precedentemente precisato, "la Commissione non esclude di massima la possibilità di avviare una procedura per infrazione quando una giurisdizione nazionale non abbia tenuto conto del campo o del dettato dell'articolo [267

caso relativo all'ordinamento svedese, di cui si è detto, non si registrano altri esempi in tal senso[95]; può dunque affermarsi che la Commissione si è dimostrata prudente nell'utilizzo dello strumento fornito dall'art. 258 TFUE, sulla scorta, probabilmente, di considerazioni di opportunità[96]. E, del resto, come osservato in dottrina, sarebbe illusorio pensare che la procedura d'infrazione possa essere il rimedio adeguato, salvo casi eccezionali, all'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale[97]. Dal punto di vista della tutela del singolo, inoltre, anche ove la Commissione adottasse un approccio più "rigoroso", potrebbe costituire un ostacolo insormontabile la ben nota discrezionalità di cui tale istituzione gode con riguardo alla decisione di avviare, o meno, un procedimento *ex* art. 258 TFUE[98].

In dottrina, si segnala l'esperibilità di un ulteriore rimedio – che, come la responsabilità dello Stato per fatto del giudice, trae origine dall'ordinamento dell'Unione, ma trova applicazione concreta negli ordinamenti degli Stati membri – risultante dalla possibilità di rimettere in discussione, ancorché a condizioni ben determinate, (i) l'autorità di cosa giudicata di una sentenza emessa in violazione del diritto dell'Unione (cfr. le sentenze *Lucchini*[99], *Fallimento Olimpiclub*[100], nonché, più recentemente, *Klausner Holz Niedersachsen*[101]) e (ii) un atto amministrativo "avallato" da una sentenza nazionale di ultimo grado (cfr. le sentenze *Kühne & Heitz*[102] e *Kempter*[103]); in simili ipotesi, sarebbe possibile contestare, tra l'altro, il mancato rinvio pregiudiziale da parte della giurisdizione di ultima istanza[104].

TFUE]" (*GUCE*, C 268 del 6 ottobre 1983, p. 25, risposta all'interrogazione scritta n. 526/83). V. però le specificazioni, della stessa Commissione, menzionate *infra*, nota 97.

95 Per un caso riguardante, più in generale, la legislazione italiana in materia di responsabilità dello Stato per fatto del giudice, cfr. la citata sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 2011, causa C-379/10, *Commissione* c. *Italia*. Tra gli altri casi di ricorso per infrazione "per fatto delle giurisdizioni nazionali", ancorché solo indirettamente, cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione* c. *Italia*, e del 12 novembre 2009, causa C-154/08, *Commissione* c. *Spagna*.

96 In tal senso cfr., ad esempio, il caso deciso dalla Corte di giustizia con la sentenza da ultimo citata, nell'ambito del quale la Commissione non ha chiesto alla Corte di accertare la violazione dell'obbligo previsto dall'art. 267, co. 3, TFUE per via del mancato rinvio pregiudiziale da parte della giurisdizione spagnola di ultima istanza. Sentenza *Commissione* c. *Spagna*, punto 65.

97 Cfr. J.-P. Jacqué, *op. cit.*, p. 501, nonché, in precedenza, K. Lenaerts, *op. cit.*, spec. p. 500. Cfr. inoltre la citata (*supra*, nota 94) risposta della Commissione europea all'interrogazione scritta n. 526/83: "tale procedura non costituisce la miglior base di cooperazione tra le giurisdizioni nazionali e la Corte di giustizia", non essendo stata "concepita come un mezzo di revisione delle sentenze delle corti supreme di giustizia nazionali"; pertanto, essa costituisce uno strumento a cui ricorrere "soltanto quando risulti chiaramente da una sentenza emanata da un tribunale di ultima istanza che questo non si attiene sistematicamente e deliberatamente all'articolo [267 TFUE]".

98 Cfr., *ex multis*, le sentenze della Corte di giustizia del 1° marzo 1966, causa 48/65, *Lutticke*; 9 luglio 1970, causa 26/69, *Commissione* c. *Francia*; del 14 febbraio 1989, causa 247/87, *Star Fruit*, punto 11; del 17 maggio 1990, causa C-87/89, *Sonito*, punto 6; del 17 luglio 1998, causa C-422/97 P, *Sateba* c. *Commissione*, punto 42. Cfr. inoltre l'ordinanza della Corte di giustizia del 4 giugno 2015, C-602/14 P, *Bharat Heavy Electricals* c. *Commissione*, punto 24. In dottrina, cfr. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *op. cit.*, p. 60 ss.; D. Simon (dir.), C. Soulard, A. Rigaux, R. Munoz, *op. cit.*, spec. p. 211 ss.

99 Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05.

100 Sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2009, causa C-2/08.

101 Sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2015, causa C-505/14.

102 Sentenza della Corte di giustizia del 13 gennaio 2004, causa C-453/00.

103 Sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008, causa C-2/06.

104 Cfr. L. Coutron, *L'irénisme*, cit., p. 32 ss. e p. 39 ss.; F. Ferraro, *op. cit.*, spec. p. 599 ss. Sui rapporti tra diritto dell'Unione e atti amministrativi, nonché tra diritto dell'Unione e giudicato, cfr., ad

Infine, spostando l'attenzione sul "controllo esterno" all'ordinamento dell'Unione, tra i rimedi configurabili vi è il *ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, per far valere la violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU derivante dall'inosservanza dell'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE. Come subito si vedrà, la peculiarità del sindacato esercitato dalla Corte EDU sulle decisioni nazionali di ultima istanza, sotto il profilo qui in esame, risiede nel fatto che, contrariamente a quanto si è detto con riguardo all'ordinamento dell'Unione, è *soltanto* la violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ad essere, *di per sé*, presa in considerazione, essendo rilevante il solo profilo formale della motivazione del mancato rinvio. Tale impostazione discende, come è evidente, dalla volontà della Corte EDU di non entrare nel merito dell'interpretazione del diritto dell'Unione, poiché altrimenti sarebbe configurabile uno "sconfinamento" nelle competenze della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il tentativo di invocare l'art. 6, par. 1, CEDU per ottenere ristoro a seguito dell'inosservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo ha origini risalenti[105], ma solo di recente ha sortito un esito positivo.

In particolare, la Corte EDU – dopo avere fornito, richiamata la giurisprudenza *Cilfit*, una definizione di rifiuto *arbitrario* di sollevare una questione pregiudiziale (che sussiste "lorsqu'il y a refus alors que les normes applicables ne prévoient pas d'exception au principe de renvoi préjudiciel ou d'aménagement de celui-ci, lorsque le refus se fonde sur d'autres raisons que celles qui sont prévues par ces normes, et lorsqu'il n'est pas dûment motivé au regard de celles-ci"[106]) – ha dapprima sancito un espresso obbligo, in capo alle giurisdizioni nazionali di ultima istanza che disattendano la richiesta delle parti di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, di motivare la loro decisione con riferimento ai "criteri *Cilfit*"[107]. Rispetto a tale obbligo, il compito della Corte EDU è assicurarsi che la decisione di rifiuto contestata dinanzi ad essa sia debitamente motivata[108].

Successivamente, la Corte EDU ha riscontrato violazioni dell'art. 6, par. 1, CEDU – ad oggi, in due casi[109] – a causa di un rifiuto arbitrario poiché non motivato,

---

esempio, C. Amalfitano, M. Condinanzi, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, 2015, p. 148 ss.

105 Cfr. la decisione della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 15 maggio 1993, *Divagsa* c. *Spagna*, nella quale è stata dichiarata l'irricevibilità di un ricorso che qualificava come diritto la proposizione di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'attuale art. 267 TFUE: ad avviso della Commissione EDU, benché un siffatto diritto non potesse essere dedotto dalle disposizioni della CEDU, non era tuttavia da escludersi che il mancato rinvio pregiudiziale da parte di una giurisdizione nazionale di ultima istanza potesse violare il principio dell'equo processo, di cui all'art. 6, par. 1, CEDU. Per una rassegna delle successive decisioni della Corte EDU in argomento, cfr. L. Coutron, *L'irénisme*, cit., p. 18 ss.

106 Cfr. la sentenza della Corte EDU del 20 settembre 2011, *Ullens de Schooten et Rezabek* c. *Belgio*, punto 59. Per un commento cfr. A. Ruggeri, *Rinvio pregiudiziale mancato e (im)possibile violazione della CEDU (a margine del caso Ullens de Schooten e Rezabek c. Belgio)*, 2011, reperibile on line.

107 Cfr. la sentenza *Ullens de Schooten et Rezabek*, punto 62. Nello stesso senso cfr. la sentenza della Corte EDU del 10 aprile 2012, *Vergauwen* e *a.* c. *Belgio*, punto 89 s.

108 Cfr. la sentenza *Ullens de Schooten et Rezabek*, punto 61. Per una critica all'impostazione adottata dalla Corte EDU, cfr. A. Ruggeri, *op. cit.*, spec. par. 5.

109 Cfr. le sentenze della Corte EDU del 8 aprile 2014, *Dhahbi* c. *Italia*, su cui cfr. E. D'Alessandro, *Giudice di ultima istanza e obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo: il caso "Dhahbi c. Italia" innanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Foro italiano*, 2014, IV, c. 289 ss., e del 21 luglio 2015, *Schipani* e *a.* c. *Italia*, su cui cfr. A. Osti, Schipani e altri c. Italia*: un ulteriore passo verso il diritto convenzionalmente tutelato di accesso alla Corte di giustizia?*, in *Quaderni costituzionali*, 2015,

in entrambi i casi da parte della Corte di cassazione italiana, di esperire un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, co. 3, TFUE. Il fatto che la Suprema Corte italiana non abbia motivato il mancato rinvio – pur prendendo in considerazione, nel secondo caso, la giurisprudenza della Corte di giustizia – è sufficiente, ad avviso della Corte EDU, a ritenere integrata una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU. Non è stata accolta, né nel primo, né nel secondo caso, l'eccezione formulata dal governo italiano, con riguardo al previo esaurimento dei ricorsi interni, fondandosi sul mancato esperimento di un'azione di responsabilità dello Stato per fatto del giudice, e se nel primo caso la Corte EDU ha ritenuto tardiva l'eccezione in questione, nel secondo, invece, ha affermato di nutrire dubbi in merito alle ragionevoli prospettive di esito positivo di un'eventuale azione di risarcimento nei confronti dello Stato italiano e, pertanto, ha rigettato l'eccezione[110].

L'obbligo di motivazione sancito dalla Corte EDU è, dunque, pienamente effettivo, benché siano evidenti i limiti di tale prescrizione, dovuti al fatto che la mera sussistenza di una motivazione per il mancato rinvio, ancorché del tutto scorretta o assurda, dovrebbe essere sufficiente a "scongiurare", di fatto, un contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU.

Malgrado tali limiti, il "controllo esterno" esercitato dalla Corte EDU pare significativo, soprattutto alla luce dell'assenza di previsioni che impongano, quantomeno espressamente, un obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale ai sensi del diritto dell'Unione[111]. Tale "lacuna" è, in realtà, comprensibile – atteso che l'obbligo di motivare la predetta decisione non può essere interpretato soltanto in una prospettiva funzionale al diritto dell'Unione, potendo altresì essere legato a svariate considerazioni, proprie di ciascun sistema processuale – e, in ogni caso, può essere almeno in parte colmata tenendo conto di diversi aspetti. In primo luogo, il riconoscimento della responsabilità dello Stato per fatto del giudice impone (o dovrebbe imporre) alle giurisdizioni di ultima istanza una certa cautela nel ritenere escluso l'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE, la mancata osservanza di tale obbligo essendo uno degli elementi da prendere in considerazione nella valutazione circa la sussistenza della predetta responsabilità[112]. In secondo luogo, l'interpretazione data dalla Corte EDU all'art. 6, par. 1, CEDU nelle sentenze appena viste assume parti-

p. 1039 ss. In relazione a tale ultimo caso, cfr. l'opinione concorrente del giudice Wojtyczek, spec. par. 5, ad avviso del quale la risposta particolarmente accurata, richiesta dalla giurisprudenza della Corte EDU alle giurisdizioni nazionali di ultima istanza, qualora esse decidano di non esperire un rinvio pregiudiziale, fa sì che "les questions et l'argumentation fondées sur le droit de l'Union européenne bénéficient (...) d'un traitement plus favorable que d'autres questions et arguments soulevés par les parties, notamment les questions de responsabilité pénale", ciò che non sembra essere "suffisamment justifié sur le fondement de la Convention". Nella successiva sentenza dell'8 settembre 2015, *Wind Telecomunicazioni s.p.a.* c. *Italia*, la Corte EDU ha ritenuto sufficiente una "motivazione implicita", affermando (al punto 36) che la Corte di cassazione italiana, nel caso di specie, pur senza fare alcun riferimento alla domanda, formulata da una parte, di sottoporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale, aveva comunque chiarito nella sua sentenza che tale questione appariva manifestamente non pertinente.

110 Cfr. la sentenza *Schipani* e *a.*, punto 44 ss.

111 Cfr. S. Adalid, *La question préjudicielle et la motivation des arr*êts, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2014, p. 440 ss. Propone che sia introdotto in via generale, nell'ambito dell'Unione europea, un siffatto obbligo di motivazione, secondo il "modello svedese" (su cui v. *supra*, in questo par.), M. Broberg, Acte Clair *Revisited*, cit., spec. p. 1394 ss.

112 Cfr. la sentenza *Köbler*, punto 53. Nello stesso senso, in dottrina, cfr. già D. Blanchet, *L'usage de la théorie de l'acte clair en droit communautaire: une hypothèse de mise en jeu de la responsabilité de*

colare rilievo (nell'ordinamento dell'Unione e nell'ordinamento degli Stati membri, qualora sia applicabile la Carta) in virtù del combinato disposto dell'art. 47, par. 2, e dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: essendo l'art. 47, par. 2, della Carta norma corrispondente all'art. 6, par. 1, CEDU, il significato e la portata del diritto ad un equo processo ai sensi della prima disposizione sono uguali a quelli conferiti dalla seconda, ai sensi della clausola di omogeneità di cui all'art. 52, par. 3, Carta[113]. In terzo luogo, poiché il giudice nazionale, nel sottoporre alla Corte di giustizia una domanda di pronuncia pregiudiziale, è tenuto ad indicare, *inter alia*, i motivi che lo hanno indotto ad interrogarsi sull'interpretazione di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa[114], si potrebbe forse ricostruire un obbligo speculare (ovvero uguale e contrario), con riguardo alla sentenza nazionale, per il giudice che decida di non rivolgersi alla Corte (quantomeno ove tale giudice sia di ultima istanza).

8. Alla luce di quanto detto, è indubbio che la sentenza *Ferreira da Silva* costituisca un passaggio importante della giurisprudenza della Corte di giustizia. Invero, per un verso, la Corte ha sostanzialmente riscontrato una violazione dell'obbligo di rinvio pregiudiziale da parte del Supremo Tribunal de Justiça, che pure aveva motivato il mancato rinvio sulla scorta del diritto dell'Unione rilevante nel caso di specie (essendo quindi esclusa la possibilità di contestare la sentenza nazionale di ultimo grado, sotto tale profilo, mediante ricorso alla Corte EDU); per altro verso, la "censura" mossa alla legislazione portoghese in tema di responsabilità dello Stato per fatto del giudice conferma l'approccio rigoroso della Corte di giustizia in questa materia.

Come si è anticipato, al fine di ritenere sussistente la responsabilità dello Stato portoghese in relazione alla pronuncia controversa del Supremo Tribunal de Justiça occorrerà attendere la pronuncia nazionale definitiva, che, peraltro, sarà emessa proprio da tale giurisdizione (salvo il caso di mancata impugnazione della sentenza di primo o di secondo grado); l'esito della causa non è scontato, in considerazione dei requisiti particolarmente restrittivi posti dalla sentenza *Köbler*[115].

È altresì vero, comunque, che l'espressa valutazione "di merito" (in sostanza) operata dalla Corte di giustizia circa il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 267, co. 3, TFUE da parte di una giurisdizione nazionale di ultima istanza costituisce una novità assoluta, non priva di valenza simbolica, segnando un'inversione di tendenza rispetto alla tradizionale "clemenza" dimostrata dalla Corte in tale tipologia di valutazione (si pensi, in particolare, alla più volte citata sentenza *Köbler*, dove la Corte ha sorprendentemente escluso la violazione dell'obbligo di rinvio in circostanze, quali quelle del caso di specie, che avrebbero lasciato presagire una decisione contraria).

Ciò può forse contribuire a comprendere le ragioni della seconda pronuncia in commento, la sentenza *X*, nella quale, come si è visto, la Corte ha invece adottato un

l'Etat français du fait de la fonction juridictionnelle?, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 397 ss. *Amplius* in argomento, v. *supra*, paragrafi 5 e 6.

113 In merito a tale aspetto cfr. A. Di Stasi, *Equo processo ed obbligo di motivazione del mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del giudice di ultima istanza nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Federalismi – Focus Human Rights*, n. 3/2016, reperibile on line, spec. p. 18 ss.

114 Cfr. art. 94, lett. c), del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

115 V. *supra*, paragrafi 5 e 6.

approccio che pare, per certi versi, formalistico, valorizzando il più possibile l'autonomia ermeneutica dei giudici nazionali di ultima istanza. In altri termini, la Corte sembra aver voluto immediatamente limitare (pronunciando, forse non a caso, le due sentenze il medesimo giorno) i potenziali effetti, anche sotto il profilo dei rapporti con le giurisdizioni nazionali, della sentenza *Ferreira da Silva*. È infatti evidente come l'idea stessa di cooperazione tra giudice nazionale e giudice dell'Unione, posta a fondamento del rinvio pregiudiziale, rischi di essere messa in discussione qualora la Corte di giustizia si ponga sistematicamente nell'ottica di censurare le decisioni delle corti nazionali che ritengano integrato uno dei requisiti individuati dalla sentenza *Cilfit*. Né, d'altra parte, si può negare l'importanza del ruolo giocato dai giudici nazionali – in specie, di ultima istanza – in veste di "giudici comuni" del diritto dell'Unione, dai quali dipende, in misura indiscutibilmente decisiva, l'applicazione effettiva ed uniforme di tale diritto.

Da una lettura congiunta delle due sentenze in commento sembra possibile ritenere che l'equilibrio nei rapporti tra Corte di giustizia e giurisdizioni nazionali di ultima istanza sia stato preservato, pur essendo stata "inaugurata" la possibilità, per la Corte, di rilevare violazioni dell'art. 267, co. 3, TFUE, almeno nei casi di interpretazione manifestamente scorretta del diritto dell'Unione. Non altrettanto condivisibile, come si è visto, appare la soluzione fatta propria dalla Corte nella sentenza *X* con riguardo alla (non) configurabilità di un obbligo di sospensione del processo dinanzi al giudice nazionale di ultima istanza, in pendenza di un rinvio pregiudiziale proposto da un giudice di grado inferiore in una causa analoga, vertente sulla medesima problematica. Quantomeno sotto il profilo della motivazione, tale scelta presta il fianco a critiche, soprattutto se ci si pone nella prospettiva delle parti del processo nazionale di ultimo grado, qualora il procedimento di rinvio pregiudiziale si concluda con una pronuncia della Corte di giustizia difforme da quella eventualmente fatta propria, nel frattempo, dalla corte suprema nazionale.

Abstract

New Reflections on the Obligation to Refer for an Interpretative Preliminary Ruling in the Light of the *Ferreira da Silva* and *X* Judgments

The article deals with the obligation to refer for a preliminary ruling laid down in the third paragraph of Article 267 TFEU. After recalling the interpretation given by the ECJ in the well-known *Cilfit* ruling, the article examines the *Ferreira da Silva* and *X* judgments, which provide a basis for further discussion and some critical remarks. The consequences of the breach of the said obligation are then scrutinised, with specific regard, first, to State liability for loss or damage caused to individuals as a result of an infringement of EU law by a court or tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law – taking into account the *Ferreira da Silva* judgment – and, second, to other possible remedies, including actions before the ECtHR.

Memorie

Studi sull'integrazione europea, XII (2017), pp. 455-466

Massimo Panebianco*

Una rilettura del diritto internazionale codificato fra codicismo ed anti-codicismo (secoli XIX-XX)

Sommario: 1. Tematica e sistematica del diritto internazionale codificato: la crisi dei codici di sistema. – 2. Una nuova idea di codice accademico mediante i manuali internazionali "bipartiti" suddivisa in parte generale e parti speciali. – 3. Gli istituti internazionali codificati. – 4. I tempi e gli spazi giuridici codificati in Europa: lo statuto territoriale. – 5. Soggetti economici individuali e circolazione internazionale dei beni. – 6. La gestione dell'ordine politico ed economico internazionale. – 7. La suddivisione del diritto internazionale "privato-pubblico" nella scuola positivistica all'epoca della Società delle Nazioni. – 8. L'aspetto internazionale-costituzionale nelle opere accademiche teorico-pratiche. – 9. Partizioni del diritto internazionale positivo e le scienze connesse.

1. Malgrado la convinta adesione di una parte essenziale della dottrina internazionalistica del 1800, gli enormi sviluppi registrati dalla normativa conducevano ad una naturale divaricazione tra gli infiniti temi del diritto di pace e di guerra messi a confronto con gli sforzi di ridurli a sistema in unità coerenti ed ordinate, di per sé inidonei a coprire i nuovi spazi degli Stati costituzionali e democratici, da intendersi come veri e propri fondamenti o pilastri del nuovo diritto internazionale. La dialettica segna il grande fascino di tale presentazione della materia, riscontrabile in una quantità crescente di opere scientifiche, quali trattati, manuali, saggi ed altre opere di livello accademico, che si lasciano alle spalle i vecchi codici degli Stati sovrani ed aprono la strada ad un diritto internazionale al minimo ripartito al pubblico e privato ed al massimo suddiviso in costituzionale, amministrativo, civile-commerciale e penale. Sono infatti le università ad assumersi questo ruolo, senza sostituire le raccolte ufficiali promosse dai governi nazionali, in uno sforzo complessivo di sommatoria o di compattazione dell'intero ordine internazionale europeo ed extra-europeo.

La nuova dottrina si rende ben conto della necessità della codificazione come di una funzione propria di qualsiasi ordinamento giuridico, la cui funzione primaria resta quella di mettere ordine tra le proprie norme regolatrici. Ma caratteristica propria della codificazione internazionale è quella di dover misurare non solamente patti o pattuizioni come nei secoli precedenti, bensì di doverne misurare l'impatto

* Ordinario f. r. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno.

inteso come metro dell'incidenza prodotta su ciascuno dei differenti settori normativi del diritto statale interno, destinato ad essere coordinato, ravvicinato, armonizzato e quant'altro in un'ottica comune. Di qui nasce una nuova filosofia dell'*ars codificandi*, cui si sottopongono tutti gli studiosi, autori di nuovi generi letterari finalizzati alla sistematica di una pluralità di temi. Invero, nella dottrina internazionalistica europea di orientamento storico-positivo, la codificazione nasce come conseguenza della coordinazione di due fattori. Il primo attiene alla prosecuzione dei lavori di raccolta e collezioni delle fonti, già operata nei codici internazionali pregressi del '6-700 (codici diplomatici e codici *jure gentium*)[1]. Il secondo attiene, invece, alla coeva nascita dei codici statali interni dello stesso periodo, produttori di una mentalità "codicistica", finalizzata alla sistemazione ordinata di regole espresse in proposizioni normative. Di qui la diffusa abitudine a trasformare la "codicistica" in una letteratura sistematica, rivolta alla lettura, spiegazione ed esposizione delle nozioni giuridiche internazionali. Tale sistemazione si riscontra nei trattati e nei manuali, riferiti ad indici analitico-alfabetici dei singoli istituti così come alle materie illustrate[2].

Nel programma dei codificatori europei, ben cinque sono le finalità perseguite, in altrettante tematiche regolate[3].

a. Diritti degli Stati, rappresentano le nuove finalità dei soggetti sovrani, presenti sulla scena internazionale non più come meri poteri sovrani, quanto anche come "servizi pubblici" di amministrazione di interessi collettivi. Lo "Stato amministrativo" si presenta all'esterno come un'amministrazione internazionale di collegamento a quelle nazionali da esse distinte e separate.
b. Diritti dell'uomo, intesi come diritti naturali o fondamentali delle popolazioni civili in pace ed in guerra (c.d. diritto umanitario).
c. Diritti delle persone collettive o comunità di persone come espressioni della società civile internazionale, ivi comprese le società convenzionali (principio dell'autodeterminazione dei popoli e dei diritti derivanti dalla civilizzazione europea o delle Nazioni civili).
d. Chiesa cattolica (ed enti di espressione di confessione religiose), cui si riconosce la permanenza di una propria personalità nelle relazioni con gli Stati e negli

[1] Nella dottrina giuridica del 1800-1900 si compie il passaggio dal "codice" a sistema giuridico internazionale, inteso come insieme di materie mescolate ovvero di discipline di settore non codificate e non codificabili ma riducibili ad unità sistematica. La proiezione dal codice al sistema riduce l'impatto dell'idea progressista dall'antico al moderno ed esalta la continuità permanente tra le varie fasi di sviluppo. Tale operazione è da attribuire alla dottrina europea del decennio 1870-1880, coincidente con le riunificazioni italiana e tedesca (1861-1871) e in particolare con la fondazione ben nota dell'Institut de droit international (Sand 1873), cui va il merito di aver conservato il trittico dei codici del '700 (Barbeyrac-Leibniz-Dumont), traducendolo in "sistema" scientifico-dottrinale.
Nello stesso periodo, nella dottrina italiana esiste un singolare filone di "codificazione asburgica", legata ai rapporti italo-austriaci e italo-sloveni (da ultimo cfr. la monumentale opera di P. P. Kandler, *Codice diplomatico istriano*, Trieste, 1865, in 5 volumi, con presentazione di L. Paladin e C. Mor, Trieste, 1986). In parallelo compaiono raccolte ufficiali di atti del Ministero degli Affari Esteri post-1861 nonché di prassi diplomatica, per cui si rinvia alle opere specializzate, come oggetto di riflessione ai fini del loro inquadramento nel settore codicistico o in altri distinti e connessi.

[2] Cfr. P. Fiore, *Diritto internazionale codificato*, Torino, 1915, p. 890 ss. e p. 920 ss., che equipara l'indice analitico-alfabetico *ad explicatio* o spiegazione del diritto codificato.

[3] L'intero indice delle materie, inclusi nell'opera predetta, si articola in capitoli così intitolati (P. Fiore, *op. cit*., p. 920 ss.): Introduzione; Principi fondamentali: 1. Considerazioni generali sull'ordinamento della società internazionale; 2. La vera missione della scienza: i diritti degli Stati, dell'uomo, delle collettività delle Chiese, delle genti non civilizzate; 3. Della proclamazione del diritto internazionale e della sua tutela giudiziaria; 4. Fonti delle regole giudiziarie e partizione della trattazione; 5. Principi fondamentali.

Stati (cd. *inter gentes* ed *intra gentes* del diritto internazionale confessionale ed ecclesiastico).

e. Popoli sottoposti ad una potestà altrui, in quanto non ancora civilizzati (cd. colonie e protettorati).

2. Fra i due modelli possibili di codificazione, quello "diplomatico" tipo '700 e quello "sistemico-accademico" tipo '800, la dottrina europea optò per il secondo. Sul modello del codice civile (francese del 1805 ed italiano del 1865) scelse un piano di codificazione "bi-partito", ovvero suddiviso fra una parte generale (norme sulle fonti) ed alcune parti speciali (soggetti, beni, atti e tutele). Nacque così, un progetto di codice del diritto internazionale suddiviso in una "introduzione" e tre libri dedicati alle parti speciali[4]. La parte generale sulle fonti regolatrici del diritto internazionale risulta monumentale (diritto naturale-razionale-positivo comune). Allo stesso si aggiungono fonti sussidiarie (*comitas gentium*, cortesia, etica, dottrina scientifica)[5].

Come punti fermi della codificazione scientifico-dottrinale delle fonti normative, resta la riorganizzazione delle funzioni di una società di Stati, desiderosa di diventare una vera comunità internazionale progredita. Al moderno dato le tre funzioni internazionali legislativo-amministrativo-giudiziaria vennero rispettivamente aggregate al sistema organizzato triplice dei "congressi-conferenze-arbitrati". Quando tale fenomeno organizzativo-istituzionale fu recepito in quello successivo della Società delle Nazioni (1919), il compito svolto dai codificatori scientifici del '800-'900 trovò così un approdo concreto e più che mai positivo[6]. All'interno della sistematica l'insieme dei temi regolati, nonché degli istituti codificati, sarà destinato ad incidere sugli sviluppi delle costituzioni nazionali degli Stati interessati ai nuovi progetti di organizzazione internazionale. Invero, questi ultimi intaccano i diritti degli Stati alla sovranità ed alla indipendenza nell'esercizio delle funzioni normative. Di qui nasce l'esigenza di fissare le limitazioni dell'autonomia legislativa, nonché l'estensione a tali limitazioni (v. ad es. art. 11 Cost. ital.).

Bisogna riconoscere il grande merito della dottrina internazionalistica euro-americana nell'epoca della Società delle Nazioni. Essa nasceva di fronte alla crisi europea della prima guerra mondiale e proponeva un modello nuovo di società internazionale tendenzialmente organizzata, sul modello degli Stati nazionali, costituzionali e democratici. Tale sforzo sarebbe proseguito anche dopo la crisi della società ginevrina in una prosecuzione politico-culturale rappresentata dalla manualistica nella seconda metà del ventesimo secolo ormai estesa oltre i confini dell'originaria comunità internazionale euro-americana.

---

[4] Cfr. P. Fiore, *op. cit.*, p. 990 ss., dove l'opzione operata deriva dalla cultura manualistica costruita su grandi categorie o "concetti generali". In altri termini il cd. "modello di codice" (interno-internazionale) risulta essere un codice delle leggi (c.d. *Gesetz-buch*), ordinato secondo categorie logiche e numerato secondo criteri numerici progressivi.

[5] *Ivi*, p. 3 ss., nell'ottica del diritto in fase di progresso o di evoluzione il diritto codificato comprende anche quello delle organizzazioni internazionali (libri 2° e 3°).

[6] La parte istituzionale si trova in un separato libro comprensivo di XI capitoli (P. Fiore, *op. cit.*, p. 930 ss.) sotto il titolo generale già indicato nell'introduzione ("della proclamazione del diritto internazionale e della tutela giuridica del medesimo"). L'introduzione di un libro quarto, certamente, rappresenta anomalia rispetto alla tradizione codicistica dei libri *tres* propri della storia romanistico-civilistica. La stessa avvia l'esperienza positiva del diritto internazionale istituzionale (ovvero del diritto delle organizzazioni internazionali, vero e proprio progresso nel passaggio cruciale del XIX-XX secolo).

3. Nel modello codicistico, il parallelismo fra codici interni ed internazionali li rende abbastanza semplici e collaudati, già per l'impianto sistematico tripartito, oltre che per le partizioni interne suddivise in capitoli. Come è ovvio, tutto diviene più complicato con riferimento alla miriade di singoli istituti di pace e di guerra, riscontrabili nella prassi della vita internazionale. Gli stessi sono puntualmente riscontrabili e recepiti, a sostegno dell'identità e natura propria e distinta della codificazione avente ad oggetto "voci" o vocaboli di un linguaggio peculiare al *jus gentium Europaeum* (c.d. indici analitico-alfabetici). A rimarcarne la specificità si sottolinea come la codificazione degli istituti sia tanto un fattore di certezza del diritto quanto un fattore della sua evoluzione mediante le risoluzioni e i trattati codificati. Invero, tale qualità, fin dalle sue origini, ne ha migliorato la "comunicazione" e ne ha fatto un diritto "*totius orbis*"[7]. Ovviamente le codificazioni del '700 avevano "un'anima" rigidamente imperiale ed erano concentrate nel continente europeo, mentre quelle del secolo successivo hanno marcato carattere di sistema universale, come diritto dei continenti dentro e fuori dell'Europa, nonché, ovviamente come diritto codificato delle c.d. "piccole patrie" (ad es. i c.d. codici slavi dei Paesi balcanici rappresentano un naturale prolungamento ed una ovvia proiezione del sistema imperiale asburgico ed aprono ad una nuova geo-politica territoriale).

Nella codificazione degli istituti giuridici, un'altra notevole differenza sussiste tra quelli del 1800 e quelli del 1900. I primi imitano i codici di diritto interno e sono "generalisti", secondo la tradizione romano-germanica. I secondi, invece, sono particolari o di settore, e si rivolgono a singoli settori di operatori professionali secondo linguaggi e stili, nonché a particolari sub-regioni del continente europeo (codificazione dei trattati, delle relazioni diplomatiche e consolari, dei conflitti armati, delle immunità statali dalla giurisdizione, della responsabilità degli Stati e delle organizzazioni internazionali, ecc.)[8]. Tale soluzione di compromesso rappresenta, altresì, un modo per far convivere le tendenze minimaliste, le quali sono fondamentaliste (principi generali delle Nazioni civili) o spontaneiste (consuetudini internazionali) come prova di una lunga prassi riconosciuta come diritto (art. 38 Statuto Corte internazionale di giustizia). Rispetto ad esse le tendenze "massimaliste" intendono come

[7] Sulla missione del giurista del diritto della comunicazione *totius orbis* cfr.: M. Panebianco, *Ad gentes inter gentes. Introduzione al codice internazionale ecclesiastico*, Napoli, 2000; D. Muriel (C. Morelli), *Fasti novi orbis*, Venezia, 1777, ora New York, 2010 (opera riferita all'espansione della comunità internazionale nel *novus orbis*, nella prospettiva dell'avanzamento del diritto canonico, come ordinamento collettivo di città e di chiese. La propagazione è riferita all'istituzione dell'ente centrale "*de propaganda fide*" – Roma, 1623).
Il suddetto contributo della dottrina canonistica all'idea di codice, si riferisce ad una *ecclesia* come *corpus mixtum* (o *misticum*), utilizzabile indifferentemente per definire il *mundus* come corpo sociale internazionale o società internazionale di Stati e di uomini. Di conseguenza il nuovo *codex* non è più inteso come una raccolta o collezione di documenti consolidativi un *compact* unitario (*codex* come *concordantia discordantium canonum*). Di riflesso, il codice diventa la nuova costituzione morale del mondo, ovvero l'abito (*mos*) dei coesistenti sistemi giuridici nazionali e la "veste" di ciascun soggetto o persona individuale o collettiva della vita internazionale (*ordo juris*). Tale teoria giuridico-costituzionale era stata già elaborata in precedenza allo scopo di definire la natura dell'impero germanico all'epoca di Westphalia, sottolineandone la natura di corpo misto o federativo, comprensivo di Stati singoli (la teoria era stata elaborata notoriamente a Paderborn, città del padre ovvero degli imperatori fondatori e sovrani del Sacro Romano Impero, come risulta dai noti scritti di Samuele Pufendorf primo professore di *jus gentium* nell'Università di Heidelberg).

[8] Cfr M. Panebianco, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 2014, V ed., p. 159 ss.

codificabili anche le fonti del nuovo diritto internazionale (diritto delle organizzazioni internazionali e dei gruppi internazionali di Stati, creatori del c.d. *soft law*)[9].

4. Se la codificazione del diritto internazionale non vuole essere quella di un diritto immaginario, bisogna considerarla un esercizio di comparazione fra i popoli del continente, misurata nel tempo e nello spazio della sua era moderna. Solo successivamente, a metà del secolo scorso, è cominciato il cd. "secolo americano", espresso dalla denominazione "diritto onusiano" o cd. diritto di San Francisco (24 ottobre 1945, data di entrata in vigore della Carta ONU). Da allora, icasticamente si è chiusa un'epoca gloriosa per una codificazione ancora in corso[10].

La soluzione adottata per la conservazione del modello europeo preesistente, deriva da un duplice fattore. Il primo deriva dalla consapevolezza che la comunità internazionale sia divenuta la più grande unione di Stati mai vista nella storia. Il secondo fattore deriva dalla necessità di governarne i processi, segnandone le fasi e gli sviluppi, dentro e fuori l'Europa. Nella illimitata capacità regolatrice della codificazione, si intravede ingenuamente un dosatore di tempo e di una misura degli spazi propri di ciascun soggetto di questa comunità. Di qui la posizione centrale dello Stato, che assomma alle antiche potestà territoriali dello Stato patrimoniale e di polizia (*potestas dominii et domicilii*), altre nuove potestà di governo delle comunità statali (*legislatio, amministratio, jurisdictio*). Cosicché, codificare i diritti ed i doveri internazionali degli Stati, equivale a fare qualcosa in più, nel senso di dare vita ad una vera e propria "costituzione" della comunità internazionale[11].

La soluzione scelta in Europa consentiva di raggiungere il risultato proprio di ogni opera di codificazione, conferendo un linguaggio unico, certo e riconosciuto al cd. diritto internazionale "scritto". Esso permetteva di uscire dalla cd. babele dei linguaggi del diritto internazionale non-scritto, fondato su espressioni tradizionali plurime tra loro incoerenti. In altri termini il codice internazionale si presenta come un vocabolario-dizionario e come un atlante geo-giuridico dello stato territoriale europeo, secondo il noto "*multitudo legum jus unum*"[12]. Pertanto, il manuale dottrinale codificato rappresenta il simbolo dello stato territoriale europeo, che intende presentarsi con un profilo unico al mondo extra-europeo. Esso diviene espressione

[9] Il diritto *soft* comprende quello di differente fonte giuridica (*summit*, congressi, conferenze, commissioni etc.). Cfr. fin dal secolo scorso P. Fiore, *op. cit.*, p. 3 nel suo messaggio preliminare ai professori universitari italiani di diritto internazionale.

[10] Nella diplomazia europea dei congressi definitori dello statuto territoriale, c'è una linea di continuità secondo una formula semplicistica (da Vienna a Versailles via Berlino), con essa si indica la prevalenza dello statuto territoriale *quo ante*, implicante la inviolabilità delle frontiere, conseguente al divieto di acquisizioni territoriali illegittime. Ne restano escluse le modificazioni territoriali concordate o consensuali previamente stabilite o legittimate.

[11] Amplissima è la tipologia dei fenomeni riferibili alla voce (e sotto voci), attinenti allo Stato, come soggetto di diritto internazionale (v. P. Fiore, *op. cit*., p. 904 ss. con relativo elenco). Tale soggettività internazionale ha indotto ad abbandonare la *sedes materiae* del codice, in favore dell'altra più impegnativa di "costituzione" del diritto internazionale. Tale più ampia ed importante categoria risulta costruita secondo due possibili dimensioni verticale-orizzontale. Nel primo senso, si individua una scala di norme a più livelli, a partire dai fondamenti o principi di base, fino ai gradi più elevati. Con la seconda espressione, viceversa, si individua una somma coerente di costituzioni giustapposte di Stati europei (cfr. da ultimo P. Haberle, M. Kotzur, *Europäische Verfassungslehre*, Stuttgart, 2016, VIII ed., che unifica le due suddette prospettive storico-internazionali).

[12] Cfr. P. Fiore, *op. cit*., pp. 894-907 contenente l'indice alfabetico-analitico per concetti e per luoghi geografici di stipulazioni dei trattati internazionali oppure menzionati nel testo degli stessi.

di una "rete" diplomatica, capace di inserirsi in Occidente come in Oriente. Come è ovvio che sia molti sono i manuali scientifici, ma uno è il codice che essi descrivono ed interpretano nei suoi istituti propri[13].

5. Non è facile trovare un simbolo del codice internazionale dell'Occidente, che autoproclami dal frontespizio della sua opera quali siano i suoi titoli abilitanti allo scopo. Soprattutto non è facile trovare un autore che traduca la storia internazionale in una teoria giuridica, capace di individuare un codice di sistema di vecchio tipo o di *ancient regime* o in sub-ordine una pluralità di codici settoriali individuati per materie o per oggetto ciascuno dei quali dotato di una propria irriducibile e specifica positività e diversità rispetto a tutti gli altri. Questo impegno fu comune all'intero mondo della scuola storico-positiva *from West to East*, come era già accaduto nelle altre epoche della modernità europea.

Il quadro degli Stati posto sotto l'osservazione della dottrina internazionalistica del 1800-1900 coincide, pressappoco, con quello dei 52 Stati fondatori dell'Organizzazione delle Nazioni Unite (4 ottobre 1945). Si tratta per lo più di Stati europei ed americani, con l'aggiunta dei pochi Stati di Asia ed Africa all'epoca già indipendenti. Alla domanda circa il novero dei soggetti cui spetta la personalità internazionale, con i relativi diritti e doveri connessi, la dottrina dell'epoca dava una risposta favorevole ad una nozione lata od allargata, comprensiva di soggetti vari (popoli, nazioni, popoli non civilizzati e sotto regime coloniale, nonché Stati e individui come soggetti primari). A ciascuno di essi venivano, ovviamente, riconosciuti tutti i diritti inclusi nello statuto di sovranità, sia quelli di auto-governo (legislativo, giudiziario), sia quelli esterni riguardanti il potere d'imperio sugli spazi marittimi (mare territoriale, golfi, baie etc.) Ma, nell'osservare le vicende dinamiche, proprie della personalità statale, si teneva conto degli eventi modificativi od estintivi (guerra civile, separazione, annessione, cessione). Il tutto accadeva sotto il criterio della legalità internazionale, assicurati dal riconoscimento formale e sostanziale degli altri Stati membri della stessa comunità internazionale.

Il quadro di attività statuali, come è noto, non poteva non estendersi al diritto del governo economico o dell'economia pubblica, relativo alla sessione dei beni pubblici e privati regolati dal diritto internazionale. Tale estensione veniva a coincidere con l'antica nozione del *jus gentium* o diritto internazionale in senso lato. Lo stesso

[13] Non si dimentichi come opere internazionalistiche di cultura anglo-franco-tedesca, apparse nel decennio 1870-1880, costituiscano veri e propri manuali-codificati di diritto internazionale. Cfr. H. Wheaton, *Elements du droit international*, Leipzig, 1874 (di cui riproduciamo le qualifiche professionali ed accademiche: Ministro plenipotenziario degli Stati Uniti d'America presso la Corte di Prussia, Membro onorario dell'Accademia Roiale di scienze di Berlino, membro dell'Accademia di scienze morali e politiche di Francia). Come è noto Wheaton è l'autore simbolo fra gli internazionalisti di metà 1800. Egli è il campione del codice internazionale dell'Occidente, soprattutto la sua opera produce la transizione all'internazionalismo orientale (Giappone, Cina, Iran, India, Turchia), dove viene recepito come manuale internazionalistico della modernità, nella sua originaria versione di lingua inglese. Riproduciamo i titoli principali dell'indice del manuale riferito alle parti e ai capitoli: Première partie: Définition et sources du droit international de ceux qui sont soumis à ce droit; Chapitre première: Définition et sources du droit international, Chapitre II: Des nations et des états souverains; Seconde partie: Des droits internationaux primitifs ou absolus; Chapitre I: Du droit de conservation et d'indépendance, Chapitre II: Droits de législation civile et criminelle, Chapitre III: Des droits d'égalité, Chapitre IV: Des droits de propriété; Troisième partie: Droits internationaux des états dans leurs relations pacifiques; Chapitre I: Droits d'ambassade, Chapitre II: Droits de négociation et de traites; Quatrième partie: Droits internationaux des états dans leurs relations hostiles; Chapitre I: Commencement de guerre, et ses effets immédiats.

veniva esteso ai settori speciali della materia, come diritto pubblico-privato esterno alla Stato (diritto commerciale-finanziario-tributario-amministrativo-sociale internazionale), complessivamente relativi alla disciplina della vita internazionale (cose, persone, imprese, capitali). Di qui derivava la ineluttabile necessità di un nuovo codice positivo ovvero di una grande bisettrice giuridica capace di distinguere il diritto internazionale pubblico da quello privato.

6. Il movimento internazionalistico dei due secoli del 1800-1900 è riuscito nel suo obbiettivo di creare un ordine giuridico proprio della Comunità delle Nazioni Unite, fondata sui due pilastri connessi dell'organizzazione internazionale e della formazione pubblica ed esplicita del suo diritto, offerta come un modello di convivenza civile e di perseguimento di alti valori di pace, giustizia e cooperazione. In tale obbiettivo raggiunto si assiste alla contrapposizione operata da due movimenti di "anti codificazione" e di "de-codificazione" nella gestione dell'ordine politico ed economico internazionale, idonei ad affrontare l'ordine internazionale non già su un mitico documento scritto e polivalente, quanto più su una pluralità di strumenti giuridici e non giuridici apprestati secondo la nuova prassi internazionale, ispirata ai principi dello Stato costituzionale, amministrativo e sociale. Gli stessi possono essere così rapidamente sintetizzati.

Il primo affonda le sue radici nelle motivazioni della scuola storico-positiva. Come è noto, la stessa era fondata sull'intuizione tutta ottocentesca, in base alla quale l'ordine internazionale riflette principi e consuetudini propri di popoli e nazioni, e lo stesso deve rispecchiare perfettamente i grandi principi del diritto interno, mediante una loro proiezione verso l'esterno, secondo la classica partizione legislazione, amministrazione, giustizia internazionale. Tale ordine definibile come nazional-populista, non sarebbe suscettibile di essere inquadrato in un sistema codificato, in quanto prevalentemente poggiato sulla supremazia della consuetudine obbligatoria, ma solo per spontanea osservanza, ovvero per spinte istintive della comunità giuridica internazionale, mediante il concorso di forze politiche, economiche e sociali presenti nelle comunità nazionali (cd. diritto internazionale storico o necessario non scritto alternativo al diritto internazionale volontario, pattizio e scritto). Viceversa, la seconda teoria, non anti ma de-codificatoria, non si arrende di fronte al primato del diritto codificato, ma ne anticipa l'adesione dei singoli Stati, non già al momento della "proclamazione" (cd. ratifica), quanto al momento o durante la vigenza dell'ordine o ratifica, adesione, accessione o recesso di singoli atti normativi.

Ciò nonostante, nel ventennio ricompreso fra la Società delle Nazioni e l'Organizzazione delle Nazioni Unite (1919-1945), la teoria de-codificatoria ha prevalso nella dottrina europea ed americana, fondata su solide basi di positivismo[14]. Essa

[14] A parte la dottrina di origine anglo-americana, già indicata, la grande manualistica di lingua francese risulta notoriamente rappresentata dalle opere di fine 1800 e di inizio 1900, relative all'individuazione di un nuovo tipo di produzione giuridica denominata "trattato scientifico" (o trattato scientifico-pratico). Con tale espressione si intende dire che la sistemazione del diritto internazionale non può consistere nella pura e semplice messa in ordine degli archivi statali, relativi agli atti diplomatici dei Ministeri degli esteri e delle Cancellerie dei Capi di Stato e di Governo. Tale visione comporta una teoria generale politico, economica ed etica della comunità internazionale ove agiscono soggetti statali resi eguali dalla negoziazione dei trattati e dalla difesa degli interessi economici delle loro imprese nazionali tra loro concorrenti nei più vari settori (commercio, industria, navigazione, finanza etc.). Come è noto le due opere principali della dottrina francese sono quelle di cfr. P. Pradier-Fodéré, *Traité de droit international public européen et américain*, Parigi, 1885-1906, t. I, 1885 – t. II, 1885 – t. III, 1887

consente di vedere un'analogia di varie parti distinte e separate che fanno codice di sistema in senso razionale, logico e culturale, senza alcun bisogno di codici scritti del tipo dei codici nazionali. Tale metodo, copre il sistema totale del *jus gentium*, come diritto della gestione politica dei soggetti, ma anche della più facile gestione economica dei beni. Solo in tal modo un ordine mondiale o globale (*totius orbis*), pare idoneo ad assicurare la comunicazione nei grandi spazi internazionali[15].

7. La conversione della dottrina internazionalistica europea, presente all'epoca della società delle Nazioni, avviene secondo un modello "dualistico", proprio dell'Organizzazione internazionale, insediatasi a Ginevra dal 1919. Secondo questo modello, la codificazione non può più esistere come modello unico ed unitario e deve piuttosto capovolgersi dalla società degli Stati a quella dei privati ed applicarsi al grande campo società internazionale dei privati (commercianti, lavoratori, professionisti, banchieri e finanzieri). Solo collateralmente la stessa codificazione si

– t. IV, 1888 – t. V, 1891 – t. VI, 1894 – t. VII, 1897 – t. VIII, 1906 – t. IX, *table generale analytique*, 1906; P. Fauchille, *Traite de droit international public*, Parigi, 1921-1926, t. I, *Premiere partie, Paix*, 1922 – t. I, *Deuxieme partie*, *Paix,* 1925 – t. I, *Troisieme partie, Paix*, 1926 – t. II, *Guerre et neutralité*, 1926. Nella dottrina internazionalistica francese della seconda metà del 1800, la scuola storico-positiva si caratterizzava per effetto di due fattori concordanti. Il primo consiste nella comparazione fra due ordinamenti continentali, quello europeo e l'altro americano. Il secondo, a maggior ragione, si concretizzava nell'individuazione di un "latino-americanismo" (nonché di un inter-americanismo tra Stati del nord e sud America), caratterizzato dalla presenza di organismi di produzione del diritto (congressi americani di Lima-Perù) e, soprattutto, di convenzioni di codificazioni in vari settori (fra i cultori più famosi di tale "doppia scuola" vi era Pradier-Fodéré di cui ripotiamo le qualifiche professionali ed accademiche: consigliere della Corte d'Appello di Lione, Cavaliere della Legione d'Onore, ufficiale di Accademia, fondatore e decano onorario della Facoltà di Scienze politiche e amministrative dell'Università di Lima, professore onorario alla Scuola di Scienze politiche di Parigi, membro dell'Istituto di diritto internazionale).

Nella successiva dottrina di lingua francese del 1900, la presenza più marcata di cultori di stretto diritto positivo, deriva da una pluralità di fattori. Essi consistono nella riduzione delle fonti del diritto internazionale positivo, limitate a due soli tipi normativi (trattato-consuetudine, *traité-coutume, treaty-custom*). Tale visione minimalistica deriva dallo sviluppo dell'arbitrato internazionale, relativo alle controversie sulle predette fonti, nonché dall'entrata in vigore dello statuto della Corte permanente di giustizia internazionale. Il compito per l'arbitro-giudice internazionale risultava, così, notevolmente semplificato in sede di applicazione della cd. "clausola compromissoria" o di uso della "clausola facoltativa di devoluzione" o di deferimento di una controversia all'esame di un giudice terzo rispetto agli Stati confliggenti (un esempio di tale scuola è rappresentata dall'opera dell'internazionalista P. Fauchille, *op. cit.*, di cui riportiamo le qualifiche professionali ed accademiche: direttore-fondatore della revisione generale del diritto internazionale pubblico, uno dei fondatori-direttori dell'Istituto di Studi Internazionali, membro dell'Istituto di diritto internazionale, membro corrispondente dell'Istituto americano di diritto internazionale, membro associato dell'Accademia Reale del Belgio).

[15] Si osservi come nella letteratura internazionalistica francese dell'epoca della Società delle Nazioni (v. nota prec.) assume un ruolo centrale la relativa cattedra di insegnamento dell'Università della Sorbona (Parigi-Pantheon). Intorno ad essa due autori A. Pillet, P. Fauchille pubblicano la *Revue générale de droit international public – droit des gens, histoire diplomatique, droit pénal, droit fiscal, droit administratif*, nella quale la doppia parte dedicata alla dottrina ed alla prassi dei documenti diplomatici, erode lo spazio già in passato ricoperto dai codici di diritto internazionale, dalle relative raccolte e dai repertori, offrendo un'informazione rapida infra annuale al pubblico dei lettori. In tale ambito, la collaborazione fra più autori, anche legati da rapporti di discepolato, segna una vera e propria epoca della scuola positivista. Si noti come la linea dell'internazionalismo francese si distanzia dal codicismo (o codicistica internazionale) che era nato nel mondo giuridico di lingua tedesca, collegato all'esperienza millenaria del Sacro Romano Impero (o Impero germanico).

estende al diritto internazionale pubblico, come nucleo duro del sistema, dedicato ai diritti dei cittadini e dei popoli, parte integrante degli Stati[16].

Tale modello di codificazione muoveva da un presupposto proprio della dottrina internazionalistica francese dell'epoca. La stessa riteneva che alla storica disciplina del *jus gentium* (*droit des gens*) se ne fosse sostituita una nuova e bi-partita di diritto internazionale pubblico e privato. In tale ottica il primo settore veniva, con altra denominazione, chiamato a regolare "conflitti" fra leggi statali di Stati diversi, tanto nel *civil law* (*conflits des lois*), quanto nel *common law* (*conflicts of law*). Invero, la stessa Società delle Nazioni escludeva la materia delle "libertà fondamentali" o costituzionali dal campo internazionale, come dominio riservato o materia propria della cd. giurisdizione nazionale (diritto costituzionale). Trattasi della cd. zona d'influenza chiamata "clausola eccettuativa" riservata al dominio nazionale delle costituzioni degli Stati membri[17].

Per transitare ad una nuova visione della società internazionale bisognerà attendere lo Statuto delle Nazioni Unite, ove notoriamente trionfa la disciplina di garanzia soprattutto e primariamente dei diritti dell'uomo (e dei relativi Patti di tutela internazionale). Da allora, la codificazione internazionale si viene ad ispirare ad una filosofia unitaria, con fondamento non più solo nazionale, ma internazionale-comparato, ai fini dell'armonizzazione di ordinamenti statali diversi. Da quel momento nasce, cioè, la codificazione internazionale nel senso moderno e contemporaneo del termine, come un grande mosaico di costituzioni nazionali concorrenti e confluenti nell'unico statuto primario o universale dell'organizzazione delle Nazioni Unite[18].

8. I tanti autori del 1800-1900, che si occupavano di sistemare il diritto internazionale in modo ordinato e senza alcun bisogno di codice scritto, si accorsero della necessità di strumenti alternativi e complementari. Breviari, prontuari, manuali brevi, formulari giuridici dovevano servire all'uso della formazione accademica della nuova generazione degli internazionalisti da avviare ai pubblici uffici e alle libere professioni come operatori degli Stati nazionali[19].

È in questo contesto che la decodificazione viene a presentarsi come un'operazione delicata e complessa, consistente nella suddivisione della sistematica generale nelle varie tematiche che la compongono. Tale passaggio diveniva indispensabile ai fini della spiegazione compiuta dell'oggetto stesso dei trattati e delle consuetudini

[16] Ci si può domandare come e quando avvenga la "conversione" del positivismo della scuola francese alle nuove esigenze della codicistica internazionale. Esse sono collegate allo spirito dell'Aja (Conferenza del diritto internazionale privato) e di Ginevra (Società delle Nazioni), unite alla funzione internazionale organizzata di pubblicazione e di codificazione del diritto.

[17] Non si dimentichi che la Società ginevrina di per sé si presentava come sistema unitario organizzato, erede del precedente apparato organizzato internazionale (congressi, conferenze, commissioni, ecc.). Pertanto, lo stesso era accompagnato da organizzazioni ed istituti paralleli, in differenti settori idonei a garantire la *governance* della vita internazionale. Sommariamente gli stessi possono essere ricondotti ad una nozione unica di funzione pubblica internazionale, ma ben articolata e ripartita. A) Bureaux di servizio pubblico internazionale ferroviario, postale, telegrafico; B) Organizzazione internazionale del lavoro per le migrazioni; C) Istituti internazionali per l'agricoltura e per la cooperazione internazionale. Cfr. M. Panebianco, *Diritto internazionale*, cit., cap. IX.

[18] L'impostazione codicistica di tipo dualistico trova notoriamente la sua espressione nella scuola della Sorbona secondo lo schema A. Pillet, P. Fauchille (v. *supra*, nota 15).

[19] La più monumentale opera scientifica del 1800, dedicata al diritto internazionale pubblico europeo ed americano, introduce la prassi di un volume distinto e separato, dedicato alla tradizionale *tabula juris* (o *tabula legum*) nel senso del diritto internazionale marittimo europeo (*tabula de Amalphia*, *tabula Tranensis* etc.), come sintesi di proposizione normativa e spiegazione dottrinale.

internazionali. Di qui si spiega, quindi, l'espressione "tavola delle materie" (*tables des matières*), intese come regole spiegate in base alle dottrine e dalle giurisprudenze nazionali[20]. Questa operazione serve ad individuare gli "istituti", espressi dai grandi concetti del diritto internazionale. Essa serve all'Europa della generazione degli anni '80 del XIX secolo, uscita dalla fine dell'Impero in Francia e della riunificazione italiana e tedesca (1870-1871), in parallelo alle esigenze del continente americano dopo la fine della guerra civile negli Stati Uniti (1860-1865).

Non a caso la ricerca attiene alle divisioni dei due campi di competenza del diritto internazionale (sovranità esterna) e del diritto costituzionale (sovranità interna).

a. Diritto internazionale

In questa epoca (*la belle époque*), nasce una teoria generale del diritto internazionale, che si interroga sul suo fondamento, i suoi caratteri ed il suo oggetto[21]. Diversamente da quello che accade per la codificazione del diritto interno, il programma proprio del diritto internazionale non può essere lo stesso. L'interesse dello Stato alla codificazione presupponeva l'esistenza di un ente superiore agli Stati stessi, come era accaduto per le codificazioni imperiali dell'impero asburgico, come simbolo della sua identità sovranazionale o multinazionale, in specie nell'Europa danubiano-balcanica. Ma tale esigenza centralizzatrice non era riproducibile come scopo primario del nuovo diritto internazionale dei secoli XIX-XX, finalizzato ad un diritto internazionale di soggetti sovrani, eguali ed indipendenti nei rapporti reciproci, nonché nella garanzia delle posizioni individuali degli individui da essi dipendenti[22].

b. Diritto costituzionale

Nel quadro internazionale predetto la dottrina giuridica inquadra l'autodeterminazione di ciascuno Stato alla luce dei poteri costituzionali da esso esercitati dentro e fuori dei confini di ciascun Paese, in quanto ciascuno Stato può codificare il suo diritto interno con riferimento alla circolazione internazionale delle persone, dei beni e degli atti giuridici (atti di stato civile, atti di commercio e di navigazione, atti amministrativi e di azione penale). Tale irradiazione della funzione degli Stati è avvenuta mediante l'istituzione dei consolati, con diritto di nomina dello Stato inviante ed alle

[20] Nella dottrina storico-positiva del diritto internazionale, l'opposizione ai codici di sistema è indubbiamente rappresentata nel quarto di secolo 1880-1906 dall'opera a cura di P. Pradier-Fodéré, *Traité*, cit. (v. I-VIII *tables des matières*). Essa senza dubbio esprime un'alternativa al trio dei manuali di diritto internazionale codificato, comparsi nello stesso periodo (G. Bluntschli – P. Fiore – P. Field). I due filoni sono parti indissociabili di un unico movimento di pensiero della scuola storico-positiva.

[21] Nell'epoca dei grandi trattati e manuali accademici ci si interroga sul ruolo del diritto internazionale nella scienza del diritto. Tale ruolo è duplice, al servizio della "trasfusione" dal diritto internazionale pubblico al privato (e viceversa). Gli Stati democratico-liberali proteggono i diritti privati con la loro autorità pubblica e l'autonomia rende sicura la libertà, così, il millenario diritto imperiale "codificato" della pace e della giustizia internazionale si tramuta nel diritto civile internazionale equivalente al diritto pubblico internazionale (*jus civile gentium* = *jus publicum gentium*). Si noti come il massimo fautore dell'anti-codificazione (P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 30) utilizzi l'espressione "*code international*" solo una volta con riferimento ai segnali marittimi.

[22] Cfr. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, pp. 28, 87, 130, si occupa dei caratteri del fondamento e dell'oggetto del diritto internazionale, con riferimento alla constatazione di quello che esso è, inteso come programma comune ad ogni scienza giuridica. Sulla sistemazione fra codificazione del diritto universale-imperiale e diritto inter-statuale è emblematica la sopravvivenza della codificazione diplomatica solo negli stati balcanici del 1800-1900, in funzione prima filo-asburgica (e filo-slava) e, poi, in opposta funzione anti-asburgica (1919-1920) e anti-jugoslava (1990-1999).

garanzie dello Stato accreditatario. A parte le origini nel Medioevo, lo sviluppo dei consolati avviene con gli insediamenti europei, prima nel continente americano e poi in estremo oriente. I poteri costituzionali esercitati dai Consolati all'estero si estendevano a varie funzioni, spesso con deroga rispetto al diritto locale (c.d. capitolazioni)[23].

9. L'enorme sviluppo registrato dalla dottrina internazionalistica nel periodo di metà 1900 aveva radicalmente indotto a dubitare sulla possibilità di una scienza "sistematica" dell'intero ordine internazionale, per lasciare spazio ad una "specializzazione" progressiva di natura tematica anche dopo i trattati di pace del 1919-1920. Era ormai scomparsa la tripartizione dello Stato moderno in "nazionale", "plurinazionale" e "imperiale". Erano scomparsi gli ex-Imperi centrali asburgico dell'Austria-Ungheria, turco-ottomano o del califfato arabo-islamico e russo-zarista. Dagli ex-Stati sub-nazionali erano nate nuove nazionalità, in nome di una idea universale dello Stato cd. "civilizzato", riconoscibile in tutti i continenti (cd. teoria generale dello Stato e dei diritti umani uguali per tutti).

La specializzazione tematica della scienza del diritto internazionale avviene attraverso l'abbandono delle sue "partizioni storiche" (diritto di pace e di guerra, diritto diplomatico-consolare, diritto continentale e marittimo). Viceversa, le categorie dominanti divengono quelle del diritto interno, proprie degli Stati democratici o a democrazia rappresentativa, ovvero dell'organizzazione politica della funzione pubblica e dei servizi pubblici (destinati alle persone ed ai gruppi collettivi associati).

All'origine del movimento favorevole alla decodificazione del diritto internazionale, sta non solamente la molteplicità delle materie in esso ricomprese, quanto anche di quelle ad essa interconnesse[24]. In conseguenza del primo fattore un nuovo *codex juris gentium* risulta logicamente inconcepibile, in quanto "codice totale" o somma di tutti i settori del diritto pubblico e privato. In tale logica, e non a caso, i codici nazionali dal 1800, divisi per materie hanno sostituito gli originali codici internazionali polivalenti o multipli del secolo precedente[25].

Rispetto alle prime, le materie interconnesse risultano essere quelle storico-politiche, come mezzi di spiegazione del diritto internazionale. Ne rappresentano cospicui esempi di discipline come la storia dei trattati e la politica internazionale, la storia diplomatica, ed, infine, le relazioni internazionali, come settore politico-sociologico. Tali discipline si ripartiscono i campi di competenza del diritto internazionale, sottraendogli in particolare il vasto campo della diplomazia uni-multilaterale (cd. prassi diplomatica)[26].

---

[23] Sul concetto giuridico di costituzione cfr. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.,* p. 36. Cfr. inoltre il regime del c.d. "consolato del mare" come codificazione europea del diritto commerciale della codificazione (cfr. M. Panebianco, *Jus gentium commerciale moderno*, Roma, 2015, capitoli IV-VI).

[24] La suddivisione del diritto internazionale in più settori, consente di avere una visione complessiva delle fonti positive (ad es. i trattati e le convenzioni), lette insieme alle fonti statuali interne regolatrici degli stessi settori (ad es. la legislazione secondaria o complementare di esecuzione degli stessi trattati). In sostanza, è utile procedere ad una doppia codificazione sia delle norme internazionali (*strictu sensu*), sia in quelle interne in materie internazionali (*latu sensu*).

[25] Per la descrizione analitica di tale fenomeno, si rinvia agli indici dell'opera di P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, p. 60 ss. e p. 175 ss. relativamente alla *summa divisio* pubblico-privato e giuridico-pubblico nella vita internazionale degli Stati.

[26] Restano alcuni ovvi presupposti comuni alle varie discipline riconnesse o interconnesse, riferiti ad alcuni settori generali come sovranità, statuti e territorio, frutto della tradizione ereditata dalla scuola francese del 1800 e consegnata a quella successiva del 1900 (linea Pradier-Fodéré-Fauchille). Cfr. P. Pradier-Fodéré, *op. cit.*, pp. 176-179: A) Souveraineté: A qui appartient la souveraineté; Délégation de

Fra le materie interconnesse di nuovo tipo, come è noto, di recente emerge il diritto delle organizzazioni internazionali universali e regionali. Esse danno vita al cd. diritto internazionale dell'integrazione. Nello stesso si segnala la finalità istituzionale di perseguire il coordinamento, il ravvicinamento ed armonizzazione del diritto interno degli Stati membri. Le origini di tale nuova tipologia dei rapporti internazionali organizzati risalgono evidentemente ad uno sforzo avanzato e perfezionato di specializzazione della dottrina e della prassi del diritto internazionale pubblico e privato[27].

Abstract

A New Reading of International Codified Law between 'Codicism' and 'Anti-codicism' (XIX-XX centuries)

This study deals with international codified law in the doctrine of the last two centuries, before the treaties prepared by the United Nations would concern specific sectors of this matter. Scholars are divided between two tendencies of 'codicism' and 'anti-codicism'. From one side they support the compilation of legal text systematically defined, on the other side, the opponents defend the purity of international law positive of treaties compared to customs. It is by now well acknowledged that the Italian 'champion' of codicism is the so called Neapolitan school of international law, represented by the distinguished jurist Pasquale Fiore, eminent disciple of the Mancinian tradition of international law founded by Pasquale Mancini.

---

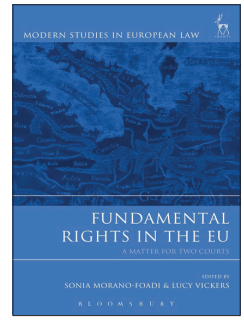
la souveraineté; La souveraineté est intérieure ou extérieure; souveraineté intérieure; souveraineté intérieure de fait, de droit; souveraineté extérieure; Cette souveraineté dépend-elle de la reconnaissance d'un Etat nouveau par les autres puissances; forme de la reconnaissance; reconnaissance expresse; reconnaissance tacite; reconnaissance par un congrès ; reconnaissance conditionnelle. Il faut distinguer entre la reconnaissance et la formation de nouveaux Etats par un congrès et dans un traité; la reconnaissance est libre; est-elle un droit; reconnaissance d'Etats qui se sont formes en se détachant du tronc commun. B) Statuts: la doctrine des statuts est sanctionnée ou supposée par la plupart des codes contemporains; en quoi consiste cette doctrine; – classification des statuts – les statuts personnels, réels, mixtes – discussion au sujet des statuts mixtes – désaccord entre les auteurs; a quel signe reconnaitra-t-on si telle loi est personnelle ou réelle – doctrine des auteurs – définition des statuts personnels et des statuts réels par d'Aguesseau; exemples de statuts personnels et de statuts réels. C) Territoire: définition du territoire; étymologie de ce mot; distinction entre territoire terrestre, maritime ou fluvial; de quoi se compose le territoire terrestre; ce que comprend le territoire maritime; composition du territoire fluvial.

[27] Dopo un secolo di esperienza l'universalismo latino-americano approda sulla sponda della Società delle Nazioni (1920-1946). In una nitida ricostruzione accademica, l'intero ordinamento internazionale pubblico viene ripartito in quattro settori esterni-interni. Essi sono il diritto internazionale costituzionale, amministrativo, civile e penale. Cfr. A. Sánchez Bustamante, *Derecho internacional público*, Habana, 1933-1937, tomi IV. A questo A. centro-americano, si deve il più riuscito tentativo di "internizzare" il diritto internazionale, trasformandolo da un diritto dei Sovrani in diritto costituzionale degli Stati democratici, nonché dei popoli e degli individui. Questo A. sostiene il principio dell'estratta equivalenza tra le partizioni (cioè i settori) del diritto statale e del diritto internazionale, intesi come pilastri o fondamento dell'uno e dell'altro. A riguardo cfr. i titoli dei vari capitoli: t. I (1933) – *Libro Primero, Nociones preliminares*; *Libro Secundo, Derecho internacional Público constitucional*; t. II (1934) – *Libro Tercero, Derecho internacional público administrativo*; t. III (1936) – *Libro Cuarto, Derecho internacional público civil*; t. IV (1937) – *Libro Quinto, Derecho internacional público penal*.

Recensioni

Sonia Morano-Foadi, Lucy Vickers (edited by)

Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts



Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015, pag. XXVII-250

Il titolo del volume qui recensito ben illustra il contenuto della pregevole opera curata da due docenti dell'Università di Oxford. Il tema, sempre attuale, della protezione dei diritti fondamentali in Europa è reso di recente ancor più interessante alla luce della mancata adesione dell'UE alla CEDU, e del conseguente irrisolto problema del raccordo fra il sistema di garanzia giurisdizionale di Lussemburgo e quello di Strasburgo.

L'opera raccoglie undici contributi – al netto di un capitolo introduttivo e delle considerazioni conclusive, firmate a quattro mani dalle curatrici – frutto della rielaborazione delle relazioni presentate da accademici, giudici e politici in due diversi convegni (svolti ad Oxford e a Strasburgo). I lavori pubblicati sono, dunque, una riflessione corale circa i seri e delicati problemi di coesistenza e d'interferenza di due Corti, entrambe sovranazionali, entrambe competenti in tema di diritti fondamentali, ma afferenti ad ordinamenti giuridici diversi.

Molto si è scritto sul rapporto tra la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) e la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) in tema di tutela dei diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, ma il libro recensito si distingue per la specificità degli argomenti singolarmente trattati. Ed infatti, se la prima parte raccoglie cinque contributi che affrontano l'argomento da una prospettiva sistematica, la seconda offre al lettore una analisi sulla tutela offerta a diritti fondamentali specifici, sicchè i diritti prescelti assurgono a campione della tutela individuale assicurata ai cittadini europei ed a coloro che risiedono regolarmente in Europa.

Il prologo, del prof. Polakiewicz, inquadra il problema della coerenza e della "consistenza" nel sistema multilivello di protezione dei diritti fondamentali. È noto che la base territoriale e quella personale degli ordinamenti considerati largamente coincidono, proclamando e proteggendo diritti della stessa specie, anche se in misura diversa e con accenti diversi. Ciò pone problemi di coordinamento tra "multipolar relations", senza che vi siano sicuri ancoraggi normativi. Ne discende che la "consistenza" dei medesimi diritti, riconosciuti astrattamente e garantiti nei diversi ordinamenti non è un dato fisso, ma varia in funzione dell'opera di bilanciamento effettuata non solo dai diversi organi giurisdizionali (costituzionali, europei e internazionali), ma anche dai diversi legislatori (a livello statale, comunitario e internazionale).

I saggi che seguono spingono il lettore a riflettere circa le nuove pressanti sfide poste dalla riforma di Lisbona e in che misura l'obbligo di adesione indicato nell'art. 6, par. 2 TUE possa incidere sulle dinamiche tra le due Corti fino ad ipotizzare una sorta di istituzionalizzazione giudiziaria.

Il filo conduttore dell'intero volume è verificare se interpretazioni e metodi di analisi delle due diverse Corti possano trovare una coerenza nell'ordinamento europeo.

L'Avvocato geneale Jaaskinen si interroga sulla possibile collocazione della Carta dei diritti fondamentali nell'ambito della fonti in tema di diritti umani, mentre i saggi di Raba e Andreadakis illustrano ulteriori rilevanti complicazioni di ordine "processuale" legate alla necessaria instaurazione di meccanismi di coordinamento tra le due Corti, nell'arduo tentativo di trovare un bilanciamento tra le caratteristiche peculiari dei due sistemi di protezione che le stesse Corti presidiano (da un lato il principio di sussidiarietà posto a fondamento del sistema di protezione convenzionale e dall'altro il principio della autonomia della giurisdizione dell'Unione, ex art. 19, par. 1, co. 1, TUE). Mentre il primo scandaglia la procedura di negoziazione dell'adesione della UE alla Convezione di Roma del 1950, i risultati del parere della Corte di giustizia 2/13 nonché i problemi sottesi alla applicazione della clausola di attribuzione e del Co-respondent Mechanism, il secondo affronta il medesimo argomento del Co-respondent Mechanism e del principio della presunzione di equivalenza dei sistemi di tutela (sentenza *Bosphorus*, pronunciata dalla Corte di Strasburgo nel giugno 2005), sulla base di dati empirici desunti dalla interviste svolte con i negoziatori dell'accordo, giudici e operatori giuridici direttamente coinvolti nella tutela dei diritti fondamentali, sicché gli elementi di riflessione desunti dai "pratici del diritto", in modo costruttivo arricchiscono e completano il dibattito accademico.

Il contributo di Weiβ, invece, induce a riflettere sul bivio che si apre dinnanzi alla Corte di giustizia dell'UE: essa infatti potrebbe continuare la sua attività giurisdizionale secondo i canoni interpretativi che le appartengono, oppure potrebbe cogliere l'occasione della riforma di Lisbona, per rinnovarsi, intensificare la tutela dei diritti umani e ridisegnare il suo ruolo ("re-concepion of its role as a human rignts court") limitando in modo significativo i poteri politici ed economici.

L'analisi comparativa circa l'approccio ermeneutico seguito da Strasburgo e da Lussemburgo è utile per porre in risalto le oscillazioni tra continuità e nuove tendenze interpretative negli specifici ambiti trattati nella seconda parte del volume.

I sette contributi qui raccolti affrontano temi tra loro diversi, ciascuno secondo una differente prospettiva, dettata dall'esperienza professionale degli autori (accademici, giudici e pratici del diritto): la libertà di espressione nell'era digitale, (di Pollicino); il fenomeno migratorio in un prospettiva europea, (di Morano-Foadi); il diritto di asilo (di Velluti); le stratificazione delle istanze giudiziarie in un sistema multilivello (a firma di Loenen e Vicke); la non discriminazione di genere (di Wintemute); l'accesso alla giustizia nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di Popović) e il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile (di Gillies). Il tratto comune che emerge dalle analisi svolte è che, in un ambito segnato da confini molto labili, il dialogo a distanza tra le due Corti sia stato improntato ad un forte spirito

di collaborazione, ma a volte, anche segnato da tensioni significative. La dialettica dell'analisi dei differenti approcci adottati dalla Corte EDU e dalla CGUE è stata poi utilizzata nelle conclusioni per fare previsioni circa il regime di protezione nel sistema dell'UE. Due sono le tendenze emerse dall'analisi: l'una fondata su una visione pluralista dell'Europa in cui le due entità complesse convivono su due binari paralleli, ciascuna operando con un proprio metodo (sembrerebbe l'approccio alla fine emerso nelle valutazioni svolte nel parere della CUGE 2/13); ed un'altra che spinge verso un modello monista (quasi federale) fondato su un dialogo informale tra le Corti e che vede all'apice della gerarchia la Corte di Strasburgo. Non potendosi al momento fare altro che immaginare i problemi che potrebbero ulteriormente porsi, esso tratteggia le linee evolutive della futura giurisprudenza, rimarcando l'oggettiva difficoltà di trovare un corretto bilanciamento tra l'esigenza di preservare l'autonomia e la specificità dell'ordinamento dell'Unione e l'esigenza di una protezione giurisdizionale effettiva dei diritti fondamentali.

Il volume recensito, che senza dubbio si apprezza per la varietà delle prospettive offerte, non giunge a conclusioni definitive sul tema della tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma è un contributo alla riflessione sul complessivo quadro di riferimento ancora per molti profili incerto e ambiguo.

Angela Maria Romito

Libri ricevuti

Gaetano Arangio-Ruiz, *State Responsibiluity Revisited. The Factual Nature of the Attribution of Conduct to the State*, Quaderni della Rivista di diritto internazionale, 6, Milano, Giuffrè, 2017, pp. VIII-162.

Stefania Bariatti, Ilaria Viarengo, Francesca C. Villata (a cura di), *La giurisprudenza italiana sui regolamenti europei in materia civile e commerciale e di famiglia*, Milanofiori Assago, Wolters Kluwer-CEDAM, 2016, pp. XXI-527.

Valentina Battista, *Re-incantare l'Europa*, Bari, Cacucci, 2016, pp. 131.

Alessandro Bernardi (a cura di), *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, Jovene, 2017, pp. CXXXIII-516.

Raffaele Cadin, Luigino Manca (a cura di), *I diritti umani dei detenuti tra diritto internazionale, ordinamento interno e opinione pubblica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 189.

Susanna Cafaro, *L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi. Cosa abbiamo imparato?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. XI-231.

Stefano Dominelli, *Party Autonomy and Insurance Contracts in Private International Law. A European Gordian Knot*, Ariccia, Aracne, 2016, pp. 513.

Francesco Gaspari, *Recent Developments in the Air Transport Regulatory System. Enhancing Competition and Cooperation: Does the Air Transport Need an International Competition Network?*, Roma, Aracne, 2016, pp. 171.

Francesco Gaspari, *L'agenda digitale europea e il riutilizzo dell'informazione del settore pubblico. Il riutilizzo dei dati ipotecari e catastali*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. IX-132.

Giuseppe Gioffredi (a cura di), *Studi su bioetica e diritto internazionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 374.

Berta Esperanza Hernández-Truyol, Roberto Virzo (a cura di), *Orientamento sessuale, identità di genere e tutela dei minore. Profili di diritto internazionale e di diritto comparato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2016, pp. 290.

Giuseppe Pascale, *La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano*, Napoli, Jovene, 2017, pp. XVIII-437.

Antonio Ruggeri, Dino Rinoldi, Valentina Petralia (a cura di), *Vecchie e nuove 'famiglie' nel dialogo tra corti europee e giudici nazionali. Atti del Convegno-Catania, 29 maggio 2014*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016, pp. XII-426.

Elena Sciso, Roberto Baratta, Claudia Morviducci (a cura di), *I valori dell'Unione europea e l'azione esterna*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. XIX-240.

Roberto Sommella, *Euxit. Uscita di sicurezza per l'Europa*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, pp. 88.

Attila M. Tanzi, *International Law. A Concise Introduction*, Bologna, Bonomo, 2017, pp. 203.

Indice degli autori

Paolo Fois
emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Sassari

Javier Carrascosa González
professore di Diritto internazionale privato nell'Università di Murcia, Spagna

Ruggiero Cafari Panico
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Francesco Bestagno
ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Valeria Di Comite
associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Micaela Falcone
ricercatore di Diritto dell'Unione europea nel Politecnico di Bari

Eduardo Savarese
giudice delegato ai fallimenti presso il Tribunale di Nola

Claudio Di Turi
associato di Diritto internazionale nell'Università della Calabria

Filippo Croci
dottorando di ricerca in Diritti e istituzioni nell'Università degli studi di Torino

Massimo Panebianco
ordinario f. r. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

"La Conoscenza accresce le capacità"
CONSIGLIO REGIONALE DELLA PUGLIA
TECA DEL MEDITERRANEO
biblioteca multimediale &
centro di documentazione

Comunicazione
Consiglio Regionale della Puglia
TECA DEL MEDITERRANEO

TECA DEL MEDITERRANEO

"La conoscenza accresce le capacità" è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM, Noprofit, Regio e Terminus,* veri e propri dossier tematici con l'intento di avvicinare l'utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

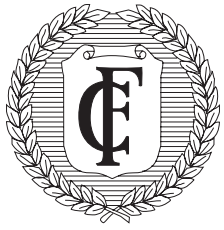
Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L'ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@ TecaMediterrane), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all'accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall'UE

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.



CACUCCI EDITORE
BARI

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

europe direct Puglia

Orari di apertura al pubblico:
lunedì - venerdì: ore 10.00 – 13.00
martedì e giovedì: ore 15.00 – 18.00

Europe Direct Puglia

via Giuseppe Suppa, 9
70121 Bari tel. (+39) 080 5717707
twitter.com/EuropeDirectPuglia
facebook.com/europedirectpuglia
info@europedirectpuglia.eu
www.europedirectpuglia.eu

europe direct Puglia

Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

P.IVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)

TEL. FAX E-MAIL

INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)

COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)

INDIRIZZO N. CIVICO

CAP LOCALITÀ PROV.

ABBONAMENTI

ITALIA		ESTERO	
abbonamento annuale 2017	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2017	abbonamento in formato PDF
€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2017).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacucciditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA FIRMA

COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da
Ennio Triggiani Ugo Villani
Giandonato Caggiano

1. Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*[4], 2016.
2. Piero Pennetta (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena Falletti e Valeria Piccone (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana Palladino, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco Cherubini, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina Castellaneta, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita Del Coco e Emanuela Pistoia (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, 2013.
9. Andrea Cannone (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria Romito, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni Cellamare, *Le operazioni di* peacekeeping *delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio Triggiani, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.
13. Ilaria Ottaviano, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione europea*, 2017.

ISBN 978-88-6611-590-8

9 788866 115908

€ 28,00