

# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2010 | anno V

Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2010 | anno V

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI





# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2010 | anno V

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI

Direzione

**Ennio Triggiani – Ugo Villani**

Comitato di redazione

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

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

Direzione e Redazione

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

**<http://www.cacucci.it>** e-mail: **[studiinteuropea@cacucci.it](mailto:studiinteuropea@cacucci.it)**

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

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2010 Cacucci Editore – Bari

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

<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto:info@cacucci.it)

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

---

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

---

# Sommario



## ARTICOLI

Ugo VILLANI

Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I” sulla legge applicabile ai contratti

577

Sergio M. CARBONE

Lo sport ed il diritto dell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona

597

Saverio DE BELLIS

L’interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona

609

Ornella PORCHIA

La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze

631

Roberta BOGNI

The Role of Eurobarometer Surveys in the Communication Policy of the European Union

653

## NOTE E COMMENTI

Fabio RASPADORI

La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei

675

Francesca MARTINES

Norme sull’origine dei prodotti e applicazione territoriale dell’Accordo di Associazione con Israele al vaglio della Corte di giustizia

691

Donatella DEL VESCOVO Evoluzione dell'articolo 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione europea	717
--	-----

## MEMORIE

Giuseppe TRISORIO LIUZZI Il fenomeno emigrazione nel pensiero di Tommaso Siciliani, giurista degli inizi del secolo scorso presentazione a: Tommaso SICILIANI	749
La tutela internazionale della emigrazione	751

## RECENSIONI

Ugo VILLANI, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2010, II ed. (A. Cannone)	765
Claudio ZANGHÌ, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Torino, Giappichelli, 2010, V ed. (P. Mengozzi)	767
Ugo DRAETTA, Nicoletta PARISI (a cura di), <i>Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale</i> , Milano, Giuffrè, 2010, III ed. (I. Ingravallo)	769
Gabriël MOENS, John TRONE, <i>Commercial Law of the European Union</i> , Heidelberg, Springer, 2010 (G. Contaldi)	773
Piero PENNETTA, <i>Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti</i> , Bari, Cacucci, 2009 (R. Virzo)	775
Libri ricevuti	779
Elenco delle abbreviazioni	783
Indice degli autori	785
Indice del volume V (2010)	787

# Summary



## ARTICLES

- Ugo VILLANI  
The Role of the Characteristic Performance from the Rome Convention to the “Rome” I Regulation on the Law Applicable to Contracts 577
- Sergio M. CARBONE  
EU Law and Sport after Lisbon Treaty 597
- Saverio DE BELLIS  
The New Role of National Parliaments in the European Union 609
- Ornella PORCHIA  
Subsidiarity through Competences’ Re-Organization? The Reform Treaty and the Distribution of Competences 631
- Roberta BOGNI  
The Role of Eurobarometer Surveys in the Communication Policy of the European Union 653

## NOTES AND COMMENTS

- Fabio RASPADORI  
Participative Democracy and the European Citizens’ Initiative 675
- Francesca MARTINES  
Rules of Origin and Territorial Application of the Association Agreement between the EU and Israel 691
- Donatella DEL VESCOVO  
Development of Article 54 of the Schengen Convention in the European Union 717

**MEMORIES**

Giuseppe TRISORIO LIUZZI Tommaso Siciliani's Thinking on Migration in the Early Twentieth Century	749
introduction to: Tommaso SICILIANI La tutela internazionale della emigrazione	751

**BOOK REVIEWS**

Ugo VILLANI, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2010, II ed. (A. Cannone)	765
Claudio ZANGHÌ, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione euro- pea</i> , Torino, Giappichelli, 2010, V ed. (P. Mengozzi)	767
Ugo DRAETTA, Nicoletta PARISI (a cura di), <i>Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale</i> , Milano, Giuffrè, 2010, III ed. (I. Ingravallo)	769
Gabriël MOENS, John TRONE, <i>Commercial Law of the European Union</i> , Heidelberg, Springer, 2010 (G. Contaldi)	773
Piero PENNETTA, <i>Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti</i> , Bari, Cacucci, 2009 (R. Virzo)	775
Books received	779
Table of abbreviations	783
List of contributors	785
Index of Volume V (2010)	793



# Articoli



# Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I” sulla legge applicabile ai contratti\*

SOMMARIO: 1. La prestazione caratteristica nella Convenzione del Roma del 1980. – 2. Origini e nozione della prestazione caratteristica. – 3. Ragioni di politica legislativa volte a giustificare la dottrina della prestazione caratteristica. – 4. Difficoltà nella individuazione della prestazione caratteristica. – 5. Il rapporto tra la presunzione fondata sulla prestazione caratteristica e l’esistenza di un collegamento più stretto con un altro Paese. – 6. La proposta di regolamento della Commissione del 2005. – 7. Il regolamento “Roma I” del 2008. – 8. Il riferimento alla prestazione caratteristica per i contratti non rientranti nelle categorie previste dall’art. 4, par. 1. – 9. *Segue*: per i contratti i cui elementi rientrano in più di una di tali categorie.

1. La prestazione caratteristica, com’è noto, fa il suo ingresso nel diritto internazionale privato europeo in virtù della Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali<sup>1</sup>. Più precisamente tale nozione viene in rilievo ai fini della determinazione della legge applicabile

\* Il presente studio è dedicato a Paolo Picone in occasione della conclusione del suo insegnamento come professore di ruolo nella Facoltà di Giurisprudenza dell’Università “La Sapienza” di Roma.

<sup>1</sup> Sul ruolo della prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma (e nei relativi lavori preparatori) esiste una vasta bibliografia; ricordiamo, tra gli altri, H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, “Characteristic Obligation” in the Draft EEC Obligation Convention, in *AJCL*, 1977, p. 303 ss.; F. VISCHER, *The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention*, in K. LIPSTEIN (ed.), *Harmonization of Private International Law by the E.E.C.*, London, 1978, p. 25 ss.; K. LIPSTEIN, *Characteristic Performance – A New Concept in the Conflict of Laws in Matters of Contract for the EEC*, in *Northwestern JILB*, 1981, p. 402 ss.; A. GIARDINA, *Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 3 ss.; M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989; U. VILLANI, *Aspetti problematici della prestazione caratteristica*, in *RDIPP*, 1993, p. 514 ss., pubblicato anche in T. BALLARINO (a cura di), *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, II, *Limiti di applicazione*. *Lectio notariorum*, Milano, 1994, p. 17 ss.; ID., *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, Bari, 2000, II ed., p. 89 ss.; M. VIRGÓS SORIANO, *La ley aplicable a los contratos internacionales: la regla de los vinculos mas estrechos y la presunción basada en la prestación característica del contrato*, in

alla sostanza del contratto nell'ipotesi in cui le parti non abbiano scelto una legge regolatrice del contratto (o di una parte dello stesso).

Ai sensi dell'art. 4 della citata Convenzione, “nella misura in cui la legge che regola il contratto non sia stata scelta (...), il contratto è regolato dalla legge del Paese col quale presenta il collegamento più stretto” (par. 1). Questa regola è ispirata ad un principio di “prossimità”<sup>2</sup> e tende a sottoporre il contratto in questione alla legge del Paese con il quale esso presenti i contatti più intensi e significativi. Essa risulta profondamente innovativa rispetto ai metodi di individuazione della legge applicabile in base a criteri di collegamento rigidamente predeterminati dal legislatore, criteri che l'interprete è tenuto ad applicare in maniera pressoché automatica, quali che siano le caratteristiche e gli elementi di “vicinanza” del contratto specifico che si tratta di regolare. La nozione, di per sé alquanto fluida, di collegamento più stretto, al contrario, implica un ruolo centrale e decisivo dell'interprete, anzitutto del giudice, chiamato a individuare, valutare e ponderare una pluralità di elementi di contatto, al fine di stabilire, in un'opera che esalta inevitabilmente i suoi poteri discrezionali, il collegamento più reale e significativo tra il contratto e un dato Stato.

Il metodo in parola ha il merito indubbio di collocare il contratto nell'ordinamento dello Stato con il quale ha i contatti più significativi e la cui legge, in virtù di tale rapporto di prossimità, appare la più appropriata ad applicarsi al contratto. Tale risultato, peraltro, è perseguito al prezzo di una scarsa certezza del diritto per quanto attiene alla prevedibilità della legge applicabile. L'individuazione dell'una o dell'altra legge, infatti, finisce per dipendere dal prudente apprezzamento del giudice, dalle circostanze da lui ritenute rilevanti, dal peso da lui attribuito a ciascuno dei diversi fattori concernenti il contratto. Ciò non giova, evidentemente, alla sicurezza dei rapporti giuridici e può pregiudicare l'attività degli operatori economici e giuridici; questi, infatti, devono impostare le condizioni di un contratto alla stregua di una data legge, applicabile, ai loro occhi, al contratto stesso, ma che al momento di un'eventuale azione giudiziaria potrebbe essere accantonata dal giudice adito a favore di quella di un altro Stato, con il quale il contratto sia considerato più strettamente collegato.

Nella Convenzione di Roma del 1980, peraltro, i poteri di apprezzamento del giudice, e i conseguenti rischi di scarsa certezza in merito alla legge applicabile al contratto, trovano un correttivo in una serie di “presunzioni” poste dallo stesso art. 4 per individuare il Paese con il quale il contratto presenta il collegamento

*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, 1996, p. 5289 ss.; M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, 2002.

<sup>2</sup> Cfr., per tutti, P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *RCADI*, 196, 1986-I, p. 25 ss.; R. BARATTA, *Il collegamento più stretto nel diritto internazionale privato dei contratti*, Milano, 1991; come rileva P. PICONE, *Caratteri ed evoluzione del metodo tradizionale dei conflitti di leggi*, in *RDI*, 1998, p. 5 ss., in specie p. 63 ss., l'elemento che caratterizza le ipotesi riconducibili al principio di prossimità “è dato dal fatto che in esse è il giudice ad essere sempre investito del potere di determinare la legge applicabile, facendo uso di valutazioni in larga parte discrezionali” (il citato studio può leggersi anche in P. PICONE, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Padova, 1998, p. 243 ss.).

più stretto. Prescindendo dai contratti aventi per oggetto un diritto reale o di utilizzazione su un immobile (par. 3) e dai contratti di trasporto di merci (par. 4), riguardo agli altri contratti l’art. 4, par. 2 dichiara che si presume che il contratto presenti il collegamento più stretto con il Paese in cui la parte che deve fornire la prestazione caratteristica ha, al momento della conclusione del contratto, la propria residenza abituale o, se si tratta di una società, associazione o persona giuridica, la propria amministrazione centrale.

Peraltro non è detto che una prestazione caratteristica possa sempre individuarsi: il par. 5 prevede espressamente l’ipotesi in cui la prestazione caratteristica non possa essere determinata, stabilendo che in questo caso è esclusa l’applicazione del par. 2. Inoltre la presunzione secondo la quale il contratto presenta il collegamento più stretto con il Paese in cui ha la sede il debitore della prestazione caratteristica (al pari delle altre presunzioni poste dai paragrafi 3 e 4) viene meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro Paese (par. 5).

2. La prestazione caratteristica non è in alcun modo definita dalla Convenzione di Roma; per chiarirne il significato occorre quindi anzitutto ricercare le sue origini<sup>3</sup>. A parte alcuni lontani riferimenti nei lavori dell’Institut de droit international<sup>4</sup>, è merito della dottrina svizzera, in particolare di Schnitzer<sup>5</sup>, avere dato compiuta sistemazione, verso la fine degli anni ’30, alla concezione della prestazione caratteristica, ben presto accolta ed applicata anche dalla giurisprudenza. Secondo l’impostazione di tale autore – ed i successivi sviluppi di Vischer<sup>6</sup> e de Winter<sup>7</sup> – ogni tipo di contratto sarebbe caratterizzato da una prestazione che, da un lato, lo distinguerebbe da ogni altro tipo di contratto, dall’altro, sarebbe immancabile in ogni singolo contratto rientrante in quel dato tipo. Tale prestazione caratteristica andrebbe individuata sulla base della funzione sociale ed economica del contratto; dato che nell’economia moderna, di norma, una presta-

---

<sup>3</sup> In proposito cfr., specialmente, G. KAUFMANN-KOHLER, *La prestation caractéristique en droit international privé des contrats et l’influence de la Suisse*, in *Annuaire Suisse de Droit International*, 1989, p. 195 ss.; M. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 77 ss.; P. M. PATOCCHI, *Characteristic Performance: A New Myth in the Conflict of Laws? Some Comments on a Recent Concept in the Swiss and European Private International Law of Contracts*, in *Etudes de droit international en l’honneur de Pierre Lalive*, Bâle, 1993, p. 113 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la Stream of Commerce*, in A.-L. CALVO CARAVACA, P. BLANCO-MORALES LIMONES (dirs.), *Globalización y Derecho*, Madrid, 2003, p. 87 ss.

<sup>4</sup> Cfr. G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 196 s.

<sup>5</sup> Cfr. A. F. SCHNITZER, *Handbuch des Internationalen Handels-Wechsel-und Checkrechts*, Zürich-Lepzig, 1938, p. 203 ss.; ID., *Handbuch des internationalen Privatrechts*, II, Basel, 1958, p. 639 ss.; ID., *Les contrats internationaux en droit international privé suisse*, in *RCADI*, 123, 1968-I, p. 541 ss., in specie p. 579 ss.

<sup>6</sup> F. VISCHER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, 1962, p. 108 ss.; ID., *The Concept of Characteristic Performance Reviewed*, in *E Pluribus Unum. Liber Amicorum Georges A. L. Droz*, The Hague-Boston-London, 1996, p. 499 ss.

<sup>7</sup> L. I. DE WINTER, *Considerazioni sulla legge della prestazione caratteristica*, in *Diritto internazionale*, 1971, I, p. 227 ss.; cfr., inoltre, G. KAUFMANN-KOHLER, *op. cit.*, p. 197 ss.

zione monetaria è sempre presente e quindi non può considerarsi caratteristica di alcun contratto, la prestazione caratteristica coinciderebbe con quella di carattere non monetario (*Nicht-Geldleistung*).

Ai fini dell'individuazione della legge applicabile la prestazione caratteristica va poi localizzata in un dato Paese. Ora, secondo la teoria in esame, la localizzazione della prestazione caratteristica avviene collegando quest'ultima al luogo dove essa è dovuta (*Schuldort*), che peraltro non coincide con il luogo di esecuzione della prestazione, ma con la sede del debitore della stessa prestazione.

Secondo i suoi sostenitori, la prestazione caratteristica non solo avrebbe il pregio di ancorare il contratto al Paese nel quale esso esplica la sua funzione economica e sociale, ma produrrebbe il vantaggio pratico di semplificare notevolmente l'operazione di collegamento con il Paese la cui legge dovrebbe applicarsi, eliminando ogni problema di ricerca della cittadinanza delle parti o di individuazione del luogo di conclusione o di esecuzione del contratto.

I redattori della Convenzione di Roma si sono chiaramente ispirati alla teoria sinteticamente descritta nella elaborazione dell'art. 4, par. 2. Nella relazione di Giuliano e Lagarde che accompagna la Convenzione si afferma, infatti, che la prestazione caratteristica "consiste nella funzione che il rapporto giuridico in oggetto svolge nella vita economica e sociale del paese. La concezione della prestazione caratteristica permette in sostanza di ricollegare il contratto all'ambiente economico e sociale nel quale esso si inserisce"<sup>8</sup>. Si aggiunge che la prestazione caratteristica (la cui individuazione non pone evidentemente alcun problema nei contratti unilaterali) nei contratti sinallagmatici non è rappresentata dalla prestazione monetaria, ma dall'altra prestazione per la quale è dovuto il pagamento e nella quale consiste "il (...) centro di gravità e la (...) funzione socio-economica" del contratto. Anche nella relazione, infine, si sottolineano i vantaggi pratici offerti dalla prestazione caratteristica (e dalla sua localizzazione nel Paese dove risiede il debitore della stessa prestazione) consistenti nel fornire un collegamento obiettivo con un dato Paese e nel semplificare l'individuazione della legge applicabile: "La disposizione del par. 2 dell'art. 4 rende concreta ed obiettiva la nozione di per sé troppo vaga di "collegamento più stretto". Nello stesso tempo, essa apporta una considerevole semplificazione nella determinazione della legge applicabile al contratto in mancanza di scelta delle parti". La derivazione della relazione, persino nelle espressioni impiegate, dalla dottrina svizzera non potrebbe essere più evidente. Non può quindi dubitarsi che nell'impostazione di tale dottrina vadano ricercate le radici della soluzione accolta dall'art. 4, par. 2 della Convenzione di Roma.

Va precisato che la prestazione caratteristica, nella sua originaria elaborazione, deve essere riferita al *tipo* di contratto. Come risulta in maniera chiara già dall'impostazione della dottrina svizzera e, quindi, dalla relazione Giuliano-

<sup>8</sup> M. GIULIANO, P. LAGARDE, *Relazione sulla convenzione relativa alla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, GUCE C 282, 31 ottobre 1980, p. 1 ss., in specie p. 20 s.

Lagarde<sup>9</sup>, la prestazione caratteristica non va infatti individuata rispetto allo specifico contratto che, in concreto, si tratta di regolare, ma al tipo, alla categoria astratta cui il contratto appartiene. Le particolarità del singolo, concreto contratto non sono invero irrilevanti; esse però vengono in considerazione non già per accertare la prestazione caratteristica, ma, al contrario, per superare eventualmente la “presunzione” posta dall’art. 4, par. 2 e collegare il contratto, in conformità con quanto dispone il par. 5, ad un Paese diverso da quello ove ha la sede il debitore della prestazione caratteristica.

La determinazione della prestazione caratteristica con riguardo alla categoria astratta del contratto non risulta solo dalla originaria costruzione teorica di tale nozione; essa appare confermata dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea. Questa, malgrado talune ambiguità di linguaggio e sia pure nel diverso contesto dell’accertamento della competenza giurisdizionale ai sensi dell’art. 5, par. 1 del regolamento del 22 dicembre 2000 n. 44/2001, concernente la competenza “speciale” in materia contrattuale, impiega l’obbligazione caratteristica ai fini della qualificazione dell’una o dell’altra delle categorie previste dalla suddetta disposizione (contratti di compravendita e contratti di prestazione di servizi). Così, nella sentenza del 23 aprile 2009, causa C-533/07, *Falco Privatstiftung*, la Corte di giustizia ha affermato che per i contratti di compravendita e per quelli di prestazione dei servizi il legislatore europeo ha inteso “prendere in considerazione l’obbligazione caratteristica di tali contratti” quale criterio di collegamento al giudice competente<sup>10</sup>. Nella successiva sentenza del 25 febbraio 2010, causa C-381/08, *Car Trim GmbH*, dovendo stabilire come distinguere i contratti di compravendita dai contratti di prestazione di servizi, la Corte di giustizia ha dichiarato che, a tal fine, “risulta (...) determinante l’obbligazione caratteristica dei contratti in questione. Un contratto la cui obbligazione caratteristica sia la consegna di un bene sarà qualificato come ‘compravendita di beni’ ai sensi dell’art. 5, punto 1, lett. b), primo trattino, del regolamento. Un contratto la cui obbligazione caratteristica sia una prestazione di servizi sarà qualificato come “prestazione di servizi” ai sensi di detto art. 5, punto 1, lett. b), secondo trattino”<sup>11</sup>.

Il riferimento al tipo astratto contrattuale non ha come conseguenza, peraltro, che la prestazione caratteristica possa operare solo rispetto ai contratti tipici o nominati, intesi quali contratti regolati in via legislativa. Esistono infatti nella prassi contrattuale, specie in quella internazionale, numerosi modelli di contratti privi di una disciplina legislativa statale, ma tuttavia dotati di connotati sufficientemente precisi, tali da consentire una loro identificazione. La prassi contrattuale determina cioè una tipizzazione di nuovi modelli contrattuali, nei quali

---

<sup>9</sup> M. GIULIANO, P. LAGARDE, *op. loc. cit.*

<sup>10</sup> Punto 54; per un commento a tale sentenza cfr. B. UBERTAZZI, *Licenze di diritti di proprietà intellettuale (IP) e regolamento comunitario sulla giurisdizione*, in questa *Rivista*, 2009, p. 735 ss.; si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2007, causa C-386/05, *Color Drack GmbH*, punto 39.

<sup>11</sup> Punto 32.

possono farsi rientrare gli specifici contratti per i quali, in concreto, occorre individuare la legge applicabile.

Ora, se la prestazione caratteristica esprime la funzione economico-sociale del tipo contrattuale, o come anche si suole dire, il suo centro di gravità, il dato formale di una tipizzazione normativa da parte del legislatore statale non sembra indispensabile per l'individuazione di tale prestazione. Ciò che conta è che sia possibile delineare una data categoria di contratti (anche se solo in base alla prassi contrattuale), per poi determinare la prestazione da ritenere tipica rispetto a tale categoria.

**3.** La designazione della legge applicabile ai contratti mediante l'individuazione del Paese nel quale risiede o ha la sede la parte tenuta ad eseguire la prestazione caratteristica solleva un problema anzitutto su un piano di politica legislativa. Si tratta infatti di sapere per quali motivi debba essere applicata, per esempio, la legge del venditore, non quella dell'acquirente, del libero professionista, non del suo cliente, dell'albergatore, non del turista, ecc.

Secondo la dottrina favorevole all'impiego della prestazione caratteristica varie ragioni giustificerebbero l'applicazione della legge dello Stato in cui risiede il debitore di tale prestazione<sup>12</sup>. Anzitutto quest'ultima sarebbe la prestazione più complessa e quindi sarebbe oggetto di una disciplina giuridica più ampia e dettagliata rispetto alla controprestazione (quella monetaria); il debitore della prestazione caratteristica avrebbe pertanto un interesse all'applicazione della propria legge meritevole di maggiore tutela rispetto all'interesse dell'altro contraente, tenuto ad eseguire la semplice prestazione monetaria. In secondo luogo, la parte che deve eseguire la prestazione caratteristica è solitamente un imprenditore (o un professionista) il quale stipula abitualmente una massa di contratti di contenuto analogo. Anche sotto questo profilo andrebbe quindi tutelato il suo interesse a calcolare i costi ed i rischi di tale massa di contratti in base ad un'unica legge, la propria. Infine si rileva che la parte debitrice della prestazione caratteristica è quella che, solitamente, si assume i maggiori rischi dell'operazione contrattuale; essa avrebbe quindi un interesse, particolarmente degno di tutela, a valutare tali rischi alla stregua della legge nella quale opera, a lei più familiare.

<sup>12</sup> Cfr., tra gli altri, con particolare riferimento alla Convenzione di Roma, O. LANDO, *The EC Draft Convention on the Law Applicable to Contractual and Non-Contractual Obligations. Introduction and Contractual Obligations*, in *RebelsZ*, 1974, p. 6 ss., in specie p. 29 ss.; ID., *The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, in *CML Rev.*, 1987, p. 159 ss., in specie p. 197 ss.; A. J. E. JAFFEY, *The English Proper Law Doctrine and the EEC Convention*, in *ICLQ*, 1984, p. 531 ss., in specie p. 545 ss.; M. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 164 ss.; T. M. DE BOER, *The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts. A Methodological Perspective*, in *RebelsZ*, 1990, p. 24 ss., in specie p. 46 ss.; P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, in *Rev. cr. DIP*, 1991, p. 287 ss., in specie p. 307 ss.; A. BONOMI, *Il nuovo diritto internazionale privato dei contratti: la convenzione di Roma del 19 giugno 1980 è entrata in vigore*, in *BBT*, 1992, I, p. 36 ss., in specie p. 60 ss.

In definitiva, il ricorso alla prestazione caratteristica non solo garantirebbe prevedibilità circa la legge applicabile al contratto, ma assolverebbe anche alla funzione di condurre a soluzioni internazionalprivatistiche fondate su ragioni di giustizia sostanziale, soddisfacendo l’interesse del contraente tenuto alla prestazione più complessa e rischiosa all’applicazione della propria legge.

Contro tali giustificazioni si sono però levate vivaci critiche<sup>13</sup>. Si è osservato così che la dottrina della prestazione caratteristica in realtà favorisce sempre la parte più forte (la banca, l’imprenditore, il libero professionista), alla quale sarebbe garantita l’applicazione della propria legge, a lui più familiare e, presumibilmente, più favorevole nei contenuti. Si è inoltre rilevato che la dottrina in parola parte dal presupposto, non dimostrato, che un contratto sia più intensamente legato all’economia del Paese nel quale risiede il prestatore caratteristico; in realtà non vi sarebbe alcuna ragione per ritenere che sia più interessata ad un contratto l’economia del Paese dove ha la sede chi vende o produce un bene o un servizio rispetto all’economia del Paese dove risiede chi acquista o consuma tale bene o servizio.

Ricordando le origini svizzere della teoria della prestazione caratteristica, ci si è chiesti perché mai il “centro di gravità” del contratto, la sua funzione economico-sociale dovrebbe localizzarsi in un Paese come la Svizzera, ricco di alberghi e di fabbriche di orologi, e non in un Paese che esporta turisti ed importa orologi<sup>14</sup>. La conclusione cui giungono gli autori critici verso la dottrina della prestazione caratteristica è che l’intento sotteso a tale dottrina sarebbe essenzialmente di proteggere i produttori e gli esportatori dei Paesi industrializzati.

A noi pare che, quali che siano le ragioni politiche dell’adozione della nozione di prestazione caratteristica da parte della dottrina e della giurisprudenza svizzera, il suo accoglimento nella Convenzione di Roma sia dovuto fondamentalmente a una ragione di certezza del diritto. Come si è accennato, la prestazione caratteristica dovrebbe infatti operare quale correttivo rispetto alla nozione, alquanto vaga ed eccessivamente fluida, di “Paese col quale il contratto presenta il collegamento più stretto”; essa cioè è impiegata al fine di garantire una maggiore certezza circa la legge applicabile. Tale fine è confermato dalla localizzazione della prestazione caratteristica non già nel Paese di esecuzione della stessa (non sempre agevolmente individuabile), ma nella sede del contraente tenuto ad eseguirla, sede il cui accertamento di regola non solleva difficoltà; nonché dalla precisazione “al momento della conclusione del contratto”, che permette di ancorare ad un determinato momento l’accertamento della sede e di evitare un “rinvio mobile”, contribuendo così ad assicurare soluzioni certe e prevedibili della questione concernente la legge applicabile<sup>15</sup>.

Su un piano più generale la soggezione del contratto alla legge della parte tenuta ad eseguire la prestazione caratteristica potrebbe giustificarsi, nell’ambito

---

<sup>13</sup> Cfr., in particolare, H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 308 ss.; A. GIARDINA, *op. cit.*, p. 13.

<sup>14</sup> H. U. JESSURUN D’OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 327 s.

<sup>15</sup> Così M. GIULIANO, P. LAGARDE, *op. cit.*, p. 21.

dell'Unione europea, per la ragione che essa corrisponderebbe a una regola generale, la quale comporterebbe l'applicazione della legge del Paese di origine del bene o del servizio oggetto del contratto<sup>16</sup>. Tale tesi (sottoposta ad una serrata e convincente critica, alla quale si rinvia<sup>17</sup>), con particolare riguardo alla Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali incontra anche obiezioni teoriche, finemente elaborate da un'autorevole dottrina<sup>18</sup>. Questa ha messo in luce che i principi del mutuo riconoscimento e della prevalenza della normativa dello Stato di origine, a partire dalla sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentral AG* (relativa al caso del *Cassis de Dijon*), “comportano un riferimento, da parte del Paese di destinazione, non alla legge, ma all'ordinamento dello Stato di origine considerato in blocco. Il modello conflittuale utilizzato è perciò quello del metodo di riferimento ad un ordinamento straniero ‘competente’”. Al contrario, la citata Convenzione di Roma impiega il metodo “classico” e “tradizionale” dei conflitti di leggi, individuando la legge applicabile mediante la localizzazione spaziale delle fattispecie<sup>19</sup>.

4. Come abbiamo osservato, la presunzione relativa alla prestazione caratteristica è diretta, essenzialmente, a garantire prevedibilità circa la legge applicabile al contratto, quando questa non sia stata scelta dalle parti. E invero, se per determinare la prestazione caratteristica fosse sufficiente riferirsi – come si è detto – a quella non monetaria, la sua individuazione sarebbe molto semplice e condurrebbe in maniera quasi automatica, tramite la sede del contraente tenuto ad eseguirla, a collegare il contratto con un determinato Paese, con il quale presenterebbe il collegamento più stretto.

Senonché, come ha messo in luce la dottrina<sup>20</sup> e risulta ampiamente dalla giurisprudenza<sup>21</sup>, non sempre è agevole stabilire quale sia la prestazione caratte-

<sup>16</sup> Per riferimenti cfr. V. HEUZÉ, *De la compétence de la loi du Pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen*, in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 393 ss., in specie p. 396.

<sup>17</sup> Cfr. ancora V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 397 ss.

<sup>18</sup> Cfr. P. PICONE, *Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 485 ss., in specie p. 493 ss. (v. anche p. 514 s).

<sup>19</sup> Tali considerazioni si collegano alla ben nota teoria dello stesso Picone, consistente nella individuazione di una pluralità di metodi di coordinamento tra ordinamenti; per una esposizione sistematica di tale teoria (alla quale sono dedicati numerosi studi dell'autore) cfr., in particolare, P. PICONE, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, in *RCADI*, 276, 1999, p. 9 ss.

<sup>20</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. MAGAGNI, *op. cit.*, p. 263 ss.; U. VILLANI, *Aspetti problematici*, cit., p. 522 ss.

<sup>21</sup> Per ampi riferimenti cfr. L. F. CARRILLO POZO, *Ante la revisión del art. 4 del Convenio de Roma sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, in *Pacis Artes. Obra omenaje al profesor Julio Gonzales Campos*, II, Madrid, 2005, p. 1375 ss.; O. LOPES PEGNA, *Il rilievo del collegamento più stretto dalla Convenzione di Roma alla proposta di regolamento «Roma I»*, in *RDI*, 2006, p. 756 ss., in specie p. 760 ss.

ristica, rivelandosi insufficiente il riferimento a quella non monetaria. Anzitutto tale riferimento risulta inefficace quando entrambe le prestazioni hanno carattere non monetario, come nella permuta, oppure quando entrambe hanno tale carattere, come nella maggior parte dei contratti bancari e specialmente interbancari. Non di rado, inoltre, considerando caratteristica la prestazione che rappresenta il "centro di gravità" e la "funzione economica e sociale" del contratto, essa appare identificabile con quella monetaria. Si pensi alla vendita a rate, nella quale è l'acquirente che assume a suo carico la prestazione di più lunga durata; o, ancora, ai contratti stipulati da un antiquario o da un commerciante in oggetti d'arte per l'acquisto di pezzi antichi o di opere d'arte: il carattere di professionalità che connota la massa di tali contratti, unificandoli nella persona dell'acquirente, induce a qualificare come caratteristica la prestazione di quest'ultimo, pur avendo natura monetaria.

Occorre tenere presente, inoltre, che l'autonomia negoziale può introdurre delle varianti al contenuto del contratto che, pur senza alterarne sostanzialmente la figura tipica, incidono proprio sulla titolarità della prestazione monetaria. È il caso del contratto di edizione nel quale, a seconda della destinazione del volume da pubblicare (a un'ampia massa di lettori o, al contrario, a pochi addetti ai lavori), il compenso sarà corrisposto dall'editore all'autore, nel primo caso, e dall'autore all'editore, nel secondo.

In realtà, anche alla luce della giurisprudenza, ci si rende conto che il carattere non monetario della prestazione non conduce in maniera sicura a identificare la prestazione caratteristica, ma costituisce solo un criterio orientativo. Il ridimensionamento della prestazione non monetaria, ai fini della individuazione della prestazione caratteristica, rende più complessa e problematica tale individuazione ed amplia i margini di soggettività e di discrezionalità della relativa valutazione. È vero un esame dei contratti nei quali l'accertamento della prestazione caratteristica risulta insicuro mostra che tali ipotesi sono alquanto numerose, quali i contratti di *joint ventures*, di concessione reciproca del marchio, il *franchising*, l'*engineering* ecc. Ove si ritenesse che in questi casi la prestazione caratteristica non fosse affatto determinabile, si aprirebbe un ampio spazio per la ricerca del collegamento più stretto sulla base di svariate circostanze e fattori relativi al contratto, secondo il prudente (ma pur sempre soggettivo) apprezzamento del giudice. È lo stesso art. 4, par. 5 della Convenzione di Roma, infatti, che dichiara che è esclusa l'applicazione del par. 2, relativo alla presunzione fondata sulla prestazione caratteristica, quando quest'ultima non può essere determinata. In questo caso, evidentemente, riprende la sua piena operatività la regola del collegamento più stretto, con i rischi e gli inconvenienti di scarsa prevedibilità della legge applicabile già segnalati.

5. Ulteriori difficoltà derivano da ciò che lo stesso art. 4 pone un'eccezione alla presunzione desunta dalla prestazione caratteristica (come alle altre presunzioni relative ai contratti su immobili e a quello di trasporto merci), stabilendo che tali presunzioni vengono meno quando dal complesso delle circostanze risulta che il contratto presenta un collegamento più stretto con un altro Paese

(par. 5). Si pone, pertanto, il problema di definire il rapporto tra la suddetta presunzione e la disposizione dell'art. 4, par. 5, concernente l'individuazione di un collegamento più stretto con un Paese diverso da quello della sede della parte tenuta a fornire la prestazione caratteristica.

In proposito emergono posizioni molto diversificate. Specie in giurisprudenza<sup>22</sup> si può constatare che tali posizioni oscillano da un estremo, secondo il quale le presunzioni poste dall'art. 4 vanno rigidamente applicate e il par. 5 rappresenta propriamente una clausola di eccezione (da impiegare, appunto, solo in casi eccezionali, cioè quando sia evidente il collegamento più stretto con un diverso Paese), ad un altro, per il quale tali presunzioni offrirebbero non più di un criterio orientativo al giudice. Nell'unico caso in cui ha avuto occasione di pronunciarsi al riguardo, la Corte di giustizia ha aderito alla prima delle tesi ricordate. Nella sentenza del 6 ottobre 2009, causa C-133/08, *Intercontainer Interfrigo SC*, essa ha dichiarato, infatti: "Come risulta dallo spirito e dalla lettera dell'art. 4 della Convenzione, il giudice deve sempre procedere alla determinazione della legge applicabile sulla base delle dette presunzioni, le quali rispondono alla generale esigenza di prevedibilità della legge e quindi di certezza del diritto nelle relazioni contrattuali. Tuttavia, qualora risulti chiaramente dal complesso delle circostanze che il contratto presenta un collegamento più stretto con un Paese diverso da quello che è designato sulla scorta delle presunzioni stabilite dall'art. 4, nn. 2-4, della Convenzione, spetta al detto giudice disapplicare tale art. 4, nn. 2-4"<sup>23</sup>.

Nella giurisprudenza della Corte di cassazione italiana, inoltre, non mancano sentenze che individuano la legge applicabile al contratto sulla base di elementi vari (luogo di adempimento dell'obbligazione, di stipulazione del contratto ecc.), senza neppure accennare alla prestazione caratteristica<sup>24</sup>. Insomma, può parlarsi di una concezione che qualifica la presunzione fondata sulla prestazione caratteristica (così come quelle di cui ai paragrafi 3 e 4) come *strong presumption*, con conseguente interpretazione restrittiva della clausola di eccezione del

<sup>22</sup> Cfr. O. LOPES PEGNA, *op. cit.*, p. 764 ss.; U. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina*, in Fondazione Italiana per il Notariato, *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento "Roma I"*, Milano, 2007, p. 56 ss., in specie p. 63 ss.; ID., *La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 149 ss., in specie p. 155 s.; L. F. CARRILLO POZO, *Rigor mortis (La Lei aplicable al contrato a falta de elección en los trabajos de reforma del Convenio de Roma de 1980)*, in M. DI FILIPPO, B. CAMPUZANO DÍAZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ (coord.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Sevilla, 2008, p. 11 ss., in specie p. 23 ss.; A. LEANDRO, *Commento all'art. 4, I*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *Regolamento CE n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali («Roma I»)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2009, p. 637 ss., in specie p. 643 ss.; per la giurisprudenza del Regno Unito cfr. J. HILL, *Choice of Law in Contract under the Rome Convention: The Approach of the UK Courts*, in *ICLQ*, 2004, p. 325 ss.

<sup>23</sup> Punti 62 e 63.

<sup>24</sup> Cass. 28 luglio 1998 n. 7398, in *RDIPP*, 1999, p. 319 ss., e Cass. 6 agosto 1998 n. 7714, *ivi*, p. 583 ss.

par. 5, e di un'altra, per la quale si tratta invece di una *weak presumption*<sup>25</sup> o, meglio, per la quale la presunzione del par. 2 (che non sarebbe più veramente tale) e la clausola del par. 5 (che non rappresenterebbe un'eccezione) sono entrambe espressione della regola generale in forza della quale il contratto è sottoposto alla legge del Paese con il quale è più strettamente collegato.

Fra tali due estremi esistono posizioni ulteriormente articolate, per esempio per quanto riguarda la configurazione di un dovere di ufficio del giudice di indagare circa la presenza di collegamenti più stretti con un Paese diverso da quello individuato in base alla prestazione caratteristica o, al contrario, l'esistenza di un onere della prova delle parti o, almeno, della necessità di una esplicita domanda volta ad affermare l'esistenza di tali collegamenti più stretti; come pure, la necessità, per il giudice, di motivare la sua scelta indicando gli elementi di collegamento con un Paese diverso da quello desumibile dall'art. 4, par. 2, o di raffrontare gli elementi di collegamento con il Paese del “prestatore” caratteristico con quelli concernenti un diverso Paese<sup>26</sup>.

Naturalmente, analoghe, differenziate tesi sono affermate in dottrina<sup>27</sup>. Anche noi abbiamo ritenuto che la vera regola espressa dall'art. 4 risieda nel collegamento più stretto<sup>28</sup>. Le indicazioni relative, rispettivamente, alla prestazione caratteristica e alle circostanze che colleghino il contratto con un Paese diverso si pongono, a nostro avviso, su due piani distinti: la prima riguarda il tipo contrattuale, la categoria astratta; la seconda, al contrario, concerne il concreto, specifico contratto, il quale viene in rilievo con tutte le sue particolari circostanze. Il par. 5, pertanto, non va visto come una clausola eccezionale<sup>29</sup> rispetto ad una presunta regola generale risultante dalla prestazione caratteristica, ma piuttosto come espressione della esigenza di calare nel concreto la valutazione dei collegamenti che il contratto presenta con uno o più Paesi. Le norme poste nei paragrafi 2 e 5 dell'art. 4, quindi, vanno coordinate al fine di verificare in

---

<sup>25</sup> Cfr. S. ATRILL, *Choice of Law in Contract: The Missing Pieces of the Article 4 Jigsaw?*, in *ICLQ*, 2004, p. 549 ss.; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *The Rome I Regulation: Much Ado about Nothing?*, in *ELF*, 2008, n. 2, I, p. 1 ss., in specie p. 7.

<sup>26</sup> Si vedano le sentenze della Cassazione francese del 19 dicembre 2006 e del 22 maggio 2007, in *Rev. cr. DIP*, 2007, p. 592 ss., con un commento di P. LAGARDE, *ivi*, p. 595 ss.

<sup>27</sup> Per un quadro in argomento cfr., di recente, P. LAGARDE, *op. ult. cit.*, p. 597 s.; A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 641 s.

<sup>28</sup> U. VILLANI, *Aspetti problematici*, cit., p. 534 ss.; ID., *La Convenzione di Roma*, cit., p. 101 ss.; ID., *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina*, cit., p. 65 s.; ID., *La legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti*, cit., p. 156 s.

<sup>29</sup> In senso analogo vedi già R. BARATTA, *op. cit.*, p. 172 ss.; M. FRIGO, *La determinazione della legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti e le norme imperative nella Convenzione di Roma*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO, *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, Milano, 1994, II ed., p. 17 ss., in specie p. 24 ss.; per la qualificazione del citato par. 5 quale clausola propriamente di eccezione cfr., invece, C. E. DUBLER, *Les clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, p. 46 ss.; P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats*, cit., p. 310 s.; in generale, su tale problematica, cfr. F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, in *RCADI*, 217, 1989, p. 9 ss.

concreto (*ex par. 5*) i risultati raggiunti, in base alla prestazione caratteristica (*ex par. 2*), rispetto alla fattispecie astratta del tipo contrattuale.

6. Il grado di incertezza, connaturato alla regola del collegamento più stretto, non trova, dunque, un adeguato rimedio nella presunzione derivante dalla prestazione caratteristica. La Commissione, sin dal libro verde del 14 gennaio 2003 relativo alla trasformazione della Convenzione di Roma in strumento comunitario<sup>30</sup>, ha posto, pertanto, l'alternativa tra l'obiettivo di perseguire la massima prossimità possibile, il che, ovviamente, avrebbe dovuto valorizzare una clausola di flessibilità quale l'art. 4, par. 5, e quello, invece, di assicurare la maggiore certezza del diritto, con conseguente applicazione rigorosa della presunzione del par. 2 fondata sulla prestazione caratteristica. Il favore della Commissione andava a questa seconda alternativa. Essa, infatti, affermava che, "tenuto conto della lettera e dello spirito della Convenzione, è ragionevole ritenere che il giudice, in un primo tempo e in via provvisoria, dovrebbe far intervenire la presunzione dell'art. 4, par. 2. Solo qualora la legge così determinata si rivelasse non appropriata, in quanto le altre circostanze depongono chiaramente a favore di una legge diversa, il giudice potrebbe ricorrere alla 'clausola d'eccezione'".

Allo scopo di precisare in tal senso il testo della disposizione, la Commissione suggeriva o di sopprimere direttamente il par. 1 (contenente la regola del collegamento più stretto), così sottolineando il carattere eccezionale del par. 5; oppure di modificare quest'ultimo, sempre per evidenziare il suo carattere eccezionale.

Dopo un'ampia consultazione, non solo dei governi ma anche degli ambienti scientifici, la Commissione ha formalizzato la sua proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")<sup>31</sup>. Il *leit motiv* della proposta risiedeva nell'obiettivo di garantire la certezza del diritto (in combinazione con il riconoscimento della libertà delle parti di scegliere il diritto applicabile). Sin dal 4° "considerando" si affermava che il buon funzionamento del mercato interno richiede che le norme sul conflitto di leggi in vigore negli Stati membri dispongano l'applicabilità della stessa legge nazionale indipendentemente dal giudice adito, in modo da evitare le distorsioni di concorrenza tra i cittadini europei e favorire la prevedi-

<sup>30</sup> COM(2002)654 def. del 14 gennaio 2003; per un approfondito commento vedi A. BONOMI, *Conversion of the Rome Convention on Contracts into an EC Instrument: Some Remarks on the Green Paper of the EC Commission*, in *YPIL*, 2003, p. 53 ss.

<sup>31</sup> COM(2005)650 def. del 15 dicembre 2005. Su tale proposta, con riferimento alla legge applicabile in mancanza di scelta, cfr. O. LOPES PEGNA, *op. cit.*, p. 756 ss.; O. LANDO, P. A. NIELSEN, *The Rome I Proposal*, in *JPIL*, 2007, p. 29 ss., in specie p. 35 ss.; U. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina*, cit., p. 67 ss.; T. C. HARTLEY, *The Proposed «Rome I» Regulation: Applicable Law in the Absence of Choice (Article 4)*, in *Liber Amicorum Hélène Gaudemet-Tallon. Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Paris, 2008, p. 717 ss.; cfr., inoltre, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I)*, in *RabelsZ*, 2007, p. 225 ss.

bilità dell’esito delle controversie, la certezza del diritto e il riconoscimento reciproco delle decisioni. In termini ancor più espliciti il considerando n. 8 dichiarava che l’obiettivo generale del regolamento era la certezza del diritto nello spazio di giustizia europeo; per contribuire al conseguimento di tale obiettivo le norme di conflitto devono offrire un alto grado di prevedibilità. Nello stesso considerando la proposta riservava, peraltro, un sia pur limitato ambito di operatività al principio di prossimità, precisando che il giudice deve disporre di un margine di valutazione che gli consenta di stabilire, in ipotesi limitate, quale sia la legge che presenta il collegamento più stretto con la situazione.

Sulla base di questa impostazione, l’art. 4, relativo alla legge applicabile alla sostanza del contratto in mancanza di scelta, risultava profondamente modificato rispetto a quello della Convenzione di Roma. Per alcuni tipi di contratto, espressamente previsti, il par. 1 stabiliva, in maniera rigida, la legge applicabile. Per quelli non contemplati da tale paragrafo, il par. 2 dichiarava che essi sarebbero stati disciplinati dalla legge del Paese nel quale la parte tenuta a fornire la prestazione caratteristica aveva, al momento della conclusione del contratto, la residenza abituale. Qualora la prestazione caratteristica non potesse essere determinata, il contratto sarebbe stato disciplinato dalla legge del Paese con il quale presentasse il collegamento più stretto. Era invece soppressa la disposizione, contenuta nell’art. 4, par. 5 della Convenzione di Roma, che consente al giudice, pur in presenza della prestazione caratteristica (o di un’altra presunzione posta dai paragrafi 3 e 4), di individuare, in base alle circostanze del caso, un diverso Paese con il quale sussista un collegamento più stretto.

In tale proposta la prestazione caratteristica assumeva un ruolo alquanto differente rispetto alla Convenzione di Roma. La tecnica di redazione dell’art. 4 era, infatti, invertita rispetto al corrispondente articolo di tale Convenzione. Per i contratti contemplati dal par. 1 la proposta stabiliva dei criteri di collegamento rigidi i quali, in larga misura, tipizzavano la prestazione caratteristica, cioè individuavano la prestazione da ritenere (obbligatoriamente) come tale e stabilivano che il contratto fosse regolato dalla legge del Paese di residenza abituale della parte tenuta ad effettuare detta prestazione. Ciò valeva per i contratti di vendita (lett. a), di prestazione di servizi (lett. b), di trasporto (lett. c), per i contratti di trasferimento o concessione dei diritti di proprietà intellettuale o industriale (lett. f), sottoposti, rispettivamente, alla legge del Paese di residenza del venditore, del prestatore di servizi, del trasportatore, di colui che trasferisce o concede i diritti di proprietà intellettuale o industriale.

Il riferimento espresso alla prestazione caratteristica ritornava nel par. 2 per tutti gli altri contratti, non contemplati dal par. 1, ma non quale semplice “presunzione”, come nell’art. 4, par. 2 della Convenzione di Roma: la prestazione caratteristica operava in maniera rigida al fine di collegare il contratto con la legge del Paese nel quale ha la residenza abituale la parte tenuta a fornirla. Per tale via anche per i contratti non espressamente previsti dall’art. 4 sarebbe stata garantita certezza e prevedibilità quanto alla legge applicabile.

I criteri stabiliti dalla disposizione della proposta funzionavano, quindi, in maniera automatica, a prescindere dall’esistenza o meno di contatti significativi

tra lo specifico contratto da regolare e il Paese la cui legge risultava applicabile in forza dei suddetti criteri. La funzione di accertare il Paese con il quale il contratto presenti una connessione rilevante, demandata dalla Convenzione di Roma all'interprete e implicante un'opera delicata di individuazione degli elementi di contatto, di apprezzamento comparativo della loro rilevanza, ritornava nelle mani del "legislatore". In base alla proposta spettava a lui stabilire, in astratto e una volta per tutte, quale fosse la circostanza rilevante per collegare un tipo di contratto alla legge regolatrice; il che egli faceva, in principio, localizzando il contratto nel Paese di residenza della parte tenuta a fornire la prestazione caratteristica. E spettava ancora a lui, almeno per i contratti contemplati dal par. 1, lettere a), b), c), f), stabilire quale fosse la prestazione caratteristica di ciascun tipo di contratto.

L'art. 4 della proposta della Commissione ricorreva, infine, anche al principio di prossimità. Ma mentre nella Convenzione esso rappresenta la regola principale (se non addirittura l'unica) per l'individuazione della legge regolatrice del contratto in mancanza di scelta delle parti, nella proposta aveva un valore del tutto secondario e residuale. L'applicazione della legge del Paese con il quale il contratto presenta il collegamento più stretto era prevista, infatti, solo nell'ipotesi in cui la prestazione caratteristica non potesse essere determinata e solo per i contratti diversi da quelli contemplati dal par. 1, sottoposti – questi ultimi – alla legge individuata in base ad un predeterminato criterio di collegamento.

7. La proposta della Commissione ha suscitato numerose critiche. A parte quelle concernenti specifici tipi di contratto, la critica di fondo riguarda l'abbandono di ogni flessibilità, sostituita totalmente da criteri rigidi e automatici<sup>32</sup>. Non sorprende, pertanto, la contrarietà che la proposta della Commissione ha incontrato nel Parlamento europeo e nel Consiglio. Il testo infine adottato, invero, si discosta sensibilmente dall'originaria proposta.

L'art. 4 del regolamento n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I")<sup>33</sup> rappresenta, in qualche misura,

<sup>32</sup> Vedi, per tutti, P. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Rev. cr. DIP*, 2006, p. 331 ss., in specie p. 338 ss. e p. 349.

<sup>33</sup> In *GUUE*, n. L 177 del 4 luglio 2008, p. 6 ss.; sul regolamento, con particolare riguardo alla legge applicabile in mancanza di scelta dei contraenti, cfr. B. ANCEL, *La loi applicable à défaut de choix*, in E. CASHIN RITAINE, A. BONOMI (éds.), *Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne*, Genève-Zurich-Bâle, 2008, p. 77 ss.; T. AZZI, *La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du règlement Rome I*, in *Recueil Dalloz*, 2008, p. 2169 ss.; A. BONOMI, *The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations – Some General Remarks*, in *YPIL*, 2008, p. 165 ss., in specie p. 173 ss.; F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *op. cit.*, p. 7 ss.; P. LAGARDE, A. TENENBAUM, *De la convention de Rome au règlement Rome I*, in *Rev. cr. DIP*, 2008, p. 727 ss., in specie p. 738 ss.; O. LANDO, P. A. NIELSEN, *The Rome I Regulation*, in *CML Rev.*, 2008, p. 1687 ss., in specie p. 1700 ss.; Z. TANG, *Law Applicable in the Absence of Choice – The New Article 4 of the Rome I Regulation*, in *The Modern Law Review*, 2008, p. 785 ss.; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni*

un punto di equilibrio fra l’esigenza di certezza e di prevedibilità, da un lato, e quella di sottoporre il contratto alla legge del Paese con il quale è più strettamente collegato, dall’altro. La prima esigenza è perseguita mediante la predisposizione di criteri automatici per otto categorie di contratti elencati nel par. 1; la seconda riservando un ruolo, peraltro eccezionale, per un verso, o sussidiario, per altro verso, al principio di prossimità, espresso dal collegamento più stretto, accertabile da parte del giudice (o, più in generale, dell’interprete). La flessibilità, insita in tale accertamento, viene così a temperare la rigidità dei criteri automatici previsti per le suddette otto categorie di contratti. Quanto alla prestazione caratteristica, da un lato, essa costituisce un criterio di ispirazione seguito dal legislatore europeo per la determinazione della legge regolatrice di alcuni dei contratti espressamente contemplati dal par. 1; dall’altro, svolge un ruolo ai fini della individuazione della legge applicabile ai contratti sottratti al par. 1 (art. 4, par. 2).

La struttura dell’art. 4 si presenta nei termini seguenti. Come abbiamo accennato, in primo luogo, al par. 1, esso stabilisce in maniera rigida la legge applicabile a talune categorie di contratti, in mancanza di scelta e fatti salvi alcuni tipi di contratti (di trasporto, contratti conclusi dai consumatori, di assicurazione, individuali di lavoro), per i quali gli articoli 5-8 pongono regole speciali. Le otto categorie in questione sono il contratto di vendita di beni, disciplinato dalla legge del Paese di residenza abituale del venditore (lett. a); il contratto di prestazione di servizi, sottoposto alla legge del Paese di residenza abituale del prestatore (lett. b); il contratto avente per oggetto un diritto reale immobiliare o la locazione di un immobile, regolato dalla *lex rei sitae* (lett. c); le locazioni “brevi” per uso privato, alle quali si applica la legge del Paese di residenza abituale del proprietario dell’immobile, purché il locatario sia una persona fisica e risieda nello stesso Paese (lett. d); il *franchising*, disciplinato dalla legge del Paese di residenza abituale del *franchisee* (lett. e); il contratto di distribuzione, sottoposto alla legge del Paese di residenza

---

*contrattuali*, Milano, 2008, p. 67 ss.; T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I*, in *RDI*, 2009, p. 40 ss., in specie p. 54 ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el reglamento Roma I*, Madrid, 2009, p. 169 ss.; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, p. 111 ss.; F. FERRARI, *From Rome to Rome via Brussels: Remarks on the Law Applicable to Contractual Obligations Absent a Choice by the Parties (Art. 4 of the Rome I Regulation)*, in *RabelsZ*, 2009, p. 750 ss.; S. FRANCO, *Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements...*, in *JDI*, 2009, p. 41 ss., in specie p. 57 ss.; P. FRANZINA, *Commento all’art. 4, II e IV*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *op. cit.*, p. 671 ss. e p. 705 ss.; A. GARDELLA, *Commento all’art. 4, V, ivi*, p. 713 ss.; H. KENFACK, *Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles («Rome I»), navire stable aux instruments efficaces de navigation?*, in *JDI*, 2009, p. 3 ss., in specie p. 18 ss.; A. LEANDRO, *op. cit.*, p. 637 ss.; U. MAGNUS, *Article 4 Rome I Regulation: The Applicable Law in the Absence of Choice*, in F. FERRARI, S. LEIBLE (eds.), *Rome Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 27 ss.; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Commento all’art. 4, III*, in F. SALERNO, P. FRANZINA (a cura di), *op. cit.*, p. 691 ss.; I. PRETELLI, *Il regolamento comunitario sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)*, in *EDP*, 2009, p. 1083 ss., in specie p. 1110 ss.

abituale del distributore (lett. f); la vendita all'asta, alla quale si applica la legge del Paese nel quale ha luogo la vendita, se determinabile (lett. g); la compravendita di strumenti finanziari in un sistema multilaterale, disciplinato da un'unica legge, sottoposta a tale legge (lett. h).

Il par. 2 contempla due differenti ipotesi: contratti non rientranti in alcuna delle categorie summenzionate e contratti i cui elementi siano contemplati da più di una di tali categorie. In entrambi i casi il contratto è disciplinato dalla legge del Paese di residenza della parte tenuta a effettuare la prestazione caratteristica del contratto.

Il par. 3 fa poi riferimento al collegamento più stretto. Esso viene in rilievo, in primo luogo, quale clausola di eccezione rispetto alle regole stabilite dai due paragrafi precedenti. Dichiara, infatti, il citato par. 3 che, se dal complesso delle circostanze del caso risulta chiaramente che il contratto presenta collegamenti manifestamente più stretti con un Paese diverso da quello indicato ai paragrafi 1 e 2, si applica la legge di tale diverso Paese. Il collegamento più stretto, infine, entra in giuoco quale regola residuale (di chiusura). Infatti, qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma dei paragrafi 1 e 2, il contratto è disciplinato dalla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto (par. 4).

Per quanto riguarda i contratti contemplati dal par. 1, la prestazione caratteristica è impiegata, sostanzialmente, al fine di individuare la legge applicabile ai contratti di vendita (lett. a) e a quelli di prestazione di servizi (lett. b)<sup>34</sup>; gli altri tipi di contratti, invece, sono sottoposti a leggi individuate sulla base di differenti motivazioni, attinenti alle “prossimità” rispetto al contratto (come per i contratti relativi ad immobili di cui alla lett. c) o allo scopo di tutelare il contraente ritenuto “debole” (come il *franchisee*, ai sensi della lett. e)<sup>35</sup>. In ogni caso, anche quando la legge regolatrice del contratto è designata in base alla prestazione caratteristica, questa non rappresenta più una semplice “presunzione”, impiegata dal giudice al fine di individuare la legge del Paese con il quale il contratto presenti il collegamento più stretto (ai sensi dell'art. 4, par. 2 della Convenzione). Essa, come già la proposta del 2005, costituisce solo la motivazione, sul piano della politica legislativa, del criterio di collegamento stabilito in via generale ed astratta dal legislatore europeo, che il giudice (salva l'eccezione di cui al par. 3) è tenuto ad applicare, a prescindere dai contatti reali che lo specifico contratto, rientrante in una delle categorie suddette, presenti in concreto con il Paese individuato in base a tale criterio.

**8.** Nel par. 2 la prestazione caratteristica sembra riprendere un ruolo autonomo, non più semplicemente “mediato” dal legislatore al fine di individuare la

<sup>34</sup> Sui principi sui quali si fondano i criteri di collegamento previsti dall'art. 4 per le diverse categorie di contratti cfr. le approfondite considerazioni di B. ANCEL, *op. cit.*, p. 83 ss.

<sup>35</sup> In argomento cfr. S. MARINO, *Nuove forme di contraente debole nel regolamento «Roma I»?*, in I. PAPANICOLOPULU (a cura di), *Atti del V incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche*, Milano, 2008, p. 287 ss.

legge del Paese con il quale, a suo giudizio, una data categoria di contratti abbia i contatti più reali e significativi.

Come abbiamo ricordato, ai sensi di tale paragrafo, se il contratto non è coperto dal par. 1, o se gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da *a*) ad *h*), il contratto è disciplinato dalla legge del Paese nel quale ha la residenza abituale la parte che deve effettuare la prestazione caratteristica del contratto.

Con riferimento alla prima ipotesi, di contratti non ricompresi fra le categorie del par. 1, l'individuazione della prestazione caratteristica ripropone i problemi, già segnalati rispetto alla Convenzione di Roma, concernenti tale individuazione per numerosi contratti, quali quelli di *joint ventures*, i contratti relativi alla proprietà intellettuale<sup>36</sup> (per i quali solo nelle ipotesi più semplici, di cessione o licenza dietro corrispettivo in denaro, è agevole qualificare come caratteristica la prestazione, rispettivamente, del cedente o del licenziante), i contratti di trasferimento di tecnologia<sup>37</sup>, quelli di ricerca e sviluppo, la maggior parte dei contratti bancari e interbancari, i contratti a prestazioni reciproche entrambe non monetarie o, viceversa, entrambe monetarie ecc. Sembra, invero, che il legislatore europeo abbia “comodamente” isolato le ipotesi più semplici, quali la vendita e la prestazione di servizi, e per questi contratti abbia elevato a criterio di collegamento quello desunto dalla prestazione caratteristica (del venditore, del prestatore), lasciando poi all'interprete l'arduo compito di ricercare la prestazione caratteristica nelle situazioni più complesse. Ma, in realtà, più la fattispecie contrattuale è complessa, più difficile, se non impossibile (o arbitraria), è l'individuazione della prestazione caratteristica. Di tale difficoltà non sembrava rendersi conto la Commissione, la quale, nella sua proposta (che, sul punto, è trasfusa nell'art. 4, par. 2 del regolamento), dichiarava che il criterio della prestazione caratteristica è mantenuto “con riferimento ai contratti non contemplati dal par. 1, ad esempio i contratti complessi che non si prestano ad una qualificazione semplice o i contratti nei quali le parti si forniscano prestazioni reciproche che possono tutte essere considerate come caratteristiche”. Con particolare riguardo all'ipotesi di contratti con prestazioni reciproche, ambedue valutabili come caratteristiche, non si capisce, poi, quale delle due prestazioni debba scegliersi per individuare il Paese di residenza di *uno* dei contraenti. Invero l'esempio che fa la Commissione, come ipotesi appropriata per il ricorso alla prestazione caratteristica, è proprio un caso di scuola nel quale, essendo entrambe le prestazioni “caratteristiche”, la nozione di prestazione caratteristica non è in

---

<sup>36</sup> Sui quali cfr. N. BOSCHIERO, *Spunti critici sulla nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti relativi alla proprietà intellettuale in mancanza di scelta ad opera delle parti*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. New Instruments of Private International Law. Nouveaux instruments du droit international privé*. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 141 ss.; ID., *I contratti relativi alla proprietà intellettuale alla luce della nuova disciplina comunitaria di conflitto*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *op. cit.*, p. 463 ss.

<sup>37</sup> Cfr., anche per ulteriori riferimenti, B. UBERTAZZI, *La legge applicabile ai contratti di trasferimento di tecnologia*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, p. 118 ss.

grado di operare, perché è impossibile individuare l'*unica* prestazione, attraverso la quale risalire al (unico) Paese, la cui (unica) legge debba disciplinare il contratto.

9. Ancor più problematica è la seconda ipotesi prevista dal par. 2, quella nella quale gli elementi del contratto sono contemplati da più di una delle lettere da *a*) ad *h*) del par. 1.

In proposito occorre stabilire se, ai fini dell'applicazione del par. 2, sia sufficiente che il contratto ricada, a causa del suo contenuto, in più di un tipo contrattuale o se sia anche necessario che ciò determini l'impossibilità di classificare il contratto in un unico tipo di contratto, sulla base di una prestazione che riveli carattere principale rispetto alle altre. Come è stato osservato in dottrina<sup>38</sup>, per esempio, spesso il venditore di un bene fornisce all'acquirente anche taluni servizi, quale un corso di formazione per l'utilizzo del macchinario venduto. In un caso del genere – secondo la stessa dottrina – il contratto, malgrado la “comistione” dei suoi elementi con le figure delle lettere *a*) e *b*), dovrebbe considerarsi una vendita, essendo predominante la prestazione relativa al trasferimento della proprietà. Andrebbe applicata, quindi, la legge del Paese di residenza del venditore, senza bisogno di ricorrere alla prestazione caratteristica del par. 2.

In questo esempio, peraltro, quale che sia il paragrafo applicato (1 o 2), non muterebbe la legge designata, che sarebbe sempre quella del venditore-prestatore di servizi. Ma possono presentarsi ipotesi ben più complesse. Si pensi ad un imprenditore residente in Italia il quale venda una villa situata in Svizzera e assuma, nel contratto, anche l'obbligazione di ristrutturarla. Un'ipotesi siffatta, rientrando sia nella lett. *c*) (diritto reale immobiliare) che nella lett. *b*) (prestazione di servizi), dovrebbe essere sottratta al par. 1 e sottoposta alla legge del prestatore caratteristico ai sensi del par. 2. Ma dovrebbe pervenirsi allo stesso risultato nel caso di un idraulico residente in Italia, che venda un appartamento situato in Svizzera e che, nel contratto di vendita, si impegni anche a riparare i rubinetti mal funzionanti dell'appartamento? La lettera del par. 2 condurrebbe ad una risposta affermativa; il passaggio alla legge del Paese di residenza della parte tenuta a effettuare la prestazione caratteristica è subordinato, infatti, alla semplice circostanza che il contratto rientri in più categorie previste dal par. 1. Di conseguenza il contratto sarebbe disciplinato dalla legge italiana, quale legge del Paese di residenza del prestatore caratteristico (nella duplice veste di venditore e di ... idraulico). Ci sembra, tuttavia, che la *ratio* dell'art. 4, par. 2 sia quella di stabilire la legge applicabile solo qualora essa non sia determinabile ai sensi del par. 1, quindi solo per i contratti che non rientrino in una categoria del par. 1 “per difetto” (non essendo inquadrabili in nessuna di tali categorie) o “per eccesso” (rientrando in più di una)<sup>39</sup>. Nell'esempio prospettato (come in analoghi, possibili casi) il contratto, pertanto, sarebbe regolato dalla legge svizzera, di

<sup>38</sup> Z. TANG, *op. cit.*, p. 794.

<sup>39</sup> Cfr. B. ANCEL, *op. cit.*, p. 87.

situazione dell’immobile (par. 1, lett. c), essendo indubbia la prevalenza dell’obbligazione del venditore rispetto a quella relativa alla riparazione dei rubinetti, prevalenza che porterebbe a qualificare il contratto come avente per oggetto un diritto reale immobiliare.

Si aggiunga che in ipotesi del genere – quale che sia l’esatta portata del par. 2 – potrebbe soccorrere il par. 3, il quale consente di applicare una legge (diversa da quella desumibile dai paragrafi 1 e 2) del Paese con il quale il contratto presenti collegamenti manifestamente più stretti, che nella specie si identificherebbe con la *lex rei sitae*.

Va poi rilevato che, in questa seconda ipotesi ora in esame, l’impiego della dottrina della prestazione caratteristica è solo apparente. Abbiamo più volte ricordato che la prestazione caratteristica individua il tipo, la categoria astratta di contratto, non lo specifico contratto da regolare<sup>40</sup>. Ma l’ipotesi prevista da questa parte del par. 2 è, in realtà, di un contratto misto, o complesso, il quale non è inquadrabile in un tipo di contratto, ma in più tipi (come dichiara il considerando n. 19 del preambolo del regolamento); ora, un contratto inquadrabile in più tipi di contratto appare, invero, come un contratto... atipico. Non è, quindi, possibile fare ricorso alla prestazione caratteristica che tipizza un dato modello di contratto, ma semmai alla prestazione che, nello specifico contratto da regolare, risulta più significativa. E in questa ottica sembra muoversi il citato considerando n. 19, quando dichiara che “nel caso di un contratto costituito da un insieme di diritti e obblighi che possono essere considerati rientrare in più di uno dei tipi di contratto specificati, la prestazione caratteristica del contratto dovrebbe essere determinata in funzione del suo baricentro”. In altri termini, non è più la prestazione caratteristica di un certo tipo di contratto che viene in rilievo, ma, in sostanza, quella legata al “baricentro” del contratto che viene in concreto in considerazione. C’è da chiedersi allora se – una volta abbandonata la dottrina della prestazione caratteristica quale realmente essa si presenta, cioè con riferimento alla categoria astratta di contratto – non sarebbe stato più saggio puntare direttamente a individuare il “baricentro” (“*centre de gravité*”, “*centre of gravity*”) del contratto e quindi, in definitiva, designare direttamente, per questa ipotesi, la legge del Paese con il quale lo specifico contratto sia più strettamente collegato.

Come si è visto, ai sensi del par. 4 il contratto è sottoposto alla legge del Paese con il quale presenta il collegamento più stretto, qualora la legge regolatrice non possa essere determinata (tra l’altro) a norma del par. 2, perché la prestazione caratteristica non sia individuabile. Nella struttura dell’art. 4 del regolamento “Roma I” l’applicazione di tale legge appare del tutto residuale, essendo subordinata alla impossibilità, in primo luogo, di collocare il contratto in una delle categorie previste dal par. 1 e, quindi, di individuare la prestazione caratteristica. Malgrado ciò, se consideriamo i notevoli problemi che – come abbiamo rilevato – presenta il par. 2, la difficoltà di individuare, specie in situazioni complesse, la prestazione caratteristica e persino un riferimento equivoco

---

<sup>40</sup> Sopra, par. 2.

(se non erroneo) a tale nozione, non più legata al tipo astratto di contratto, ma al “baricentro” dello specifico contratto da regolare, si ha l’impressione che il collegamento più stretto finirà, nella pratica giudiziaria, per giocare un ruolo ben più ampio e significativo di quello che potrebbe apparire dalla suddetta collocazione nella quale sembra relegarlo l’art. 4. Al contrario, risulterà ridotto – rispetto alle intenzioni del legislatore europeo – l’apporto che la prestazione caratteristica potrà offrire alla sicurezza dei rapporti giuridici sotto il profilo della prevedibilità della legge applicabile ai contratti.

## Abstract

### The Role of the Characteristic Performance from the Rome Convention to the “Rome I” Regulation on the Law Applicable to Contracts

The characteristic performance, whose origin is in the Swiss doctrine and jurisprudence, was accepted in the European private international law by the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations. Pursuant to Article 4 of this Convention, to the extent that the law applicable to the contract has not been chosen by the parties, the contract shall be governed by the law of the country with which it is most closely connected. In order to ascertain this country, paragraph 2 of Article 4 declares that it shall be presumed that the contract is most closely connected with the country where the party who is to effect the characteristic performance of the contract has, at the time of the conclusion of the contract, his habitual residence. However, this presumption shall be disregarded if it appears that the contract is more closely connected with another country.

In the 1980 Rome Convention, according to the Author, the characteristic performance is only a presumption directed to let the real conflict rule work, namely the “proximity” rule.

On the contrary, the “Rome I” regulation of 2008 mainly aims at securing legal certainty as regards the law applicable to contracts. Therefore that law shall be determined in accordance with the rules specified in an automatic, strict way by the new Article 4, paragraph 1, for eight types of contracts. Only if the contract cannot be categorised in one of these types, or if its elements fall within more than one of the specified types, it shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance has his habitual residence.

In the present Author’s view, in the cases envisaged by this provision of the Rome I regulation it will often be difficult to determine the characteristic performance. As a consequence, it will be necessary to have recourse to the law of the country with which it is most closely connected, which has to be applied where it is impossible to determine the characteristic performance of the contract.

Sergio M. Carbone

# Lo sport ed il diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona\*

SOMMARIO: 1. Lo sport e il Trattato di Lisbona: conferma della sua “specificità” e della sua “funzione sociale ed educativa”. – 2. L’influenza del diritto dell’Unione europea sulla disciplina nazionale delle attività sportive. – 3. *Segue*: l’illegittimità delle indennità di trasferimento degli sportivi ... – 4. *Segue*: ... e delle limitazioni all’esercizio dell’attività sportiva in funzione della nazionalità. – 5. Il diritto di accesso alle manifestazioni sportive come espressione della libertà di circolazione dei cittadini dell’UE. – 6. *Segue*: ... ulteriori profili di incidenza del diritto dell’UE sull’organizzazione e regolamentazione del fenomeno sportivo. – 7. Conclusioni: per una maggiore effettività dei principi dell’UE nella disciplina dello sport.

1. Come è noto, il Trattato di Lisbona, ed in particolare le novità introdotte nell’art. 165, par. 1 TFUE (già art. 149 TCE), confermano il carattere di “specificità” della disciplina relativa al fenomeno sportivo ed alle sue strutture organizzative, oltreché la loro rilevanza nel perseguimento della “funzione sociale ed educativa”. È in quest’ultima prospettiva, infatti, che principi relativi alla “gio-

\* Il presente lavoro riproduce e completa i contenuti della relazione presentata a Monaco alla Conferenza internazionale su “Diritto ed Economia dello Sport”, il giorno 12 ottobre 2010. La particolare circostanza della redazione del presente lavoro giustifica la mancanza di specifici riferimenti bibliografici. Si ritiene comunque di menzionare i principali contributi utilizzati per l’elaborazione del presente lavoro: A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell’Unione europea – Parte speciale*, Torino, 2010, III ed., p. 64 ss.; G. AUNEAU, *L’approche de la justice communautaire sur la qualifications des règles sportives*, in *RTDE*, 2007, p. 365 ss.; S. BASTIANON, *La funzione sociale dello sport e il dialogo interculturale nel sistema comunitario*, in *RIDPC*, 2009, p. 351; *Id.*, *La libera circolazione degli atleti nella giurisprudenza comunitaria post-Bosman: i casi Deliège e Lehtonen*, in *Riv. dir. sport.*, 2001, p. 459 ss.; S. M. CARBONE, *Il contributo della Lex Mercatoria alla precisazione della Lex Sportiva*, in E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *Diritto internazionale dello sport*, Torino, 2010, II ed., p. 241 ss.; J. L. CHAPPELET, *L’autonomie du sport en Europe*, Strasbourg, 2010; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed.; A. GIARDINI, *Diritto comunitario e libera circolazione dei calciatori*, in *DCSI*, 1988, p. 437 ss.; C. E. GUDIN, L. GRARD, J. J. GOUGUET et al., *L’Europe et le sport*, in *Revue des affaires européennes (Numéro thématique)*, 2001-2002; P. ICARD, *La spécificité du sport menacée?*, in *Le Dalloz*, 2007, p. 635 ss.; C. MIÈGE, *Contrôle d’une réglementation anti-dopage aux regard des règles communautaires de concurrence*, in *La semaine juridique*, 2006, p. 2224; C. MORVIDUCCI, *La libera circolazione dei cittadini nell’Unione europea*, Torino, 2009; B. NASCIBENE, S. BASTIA-

ventù ed allo sport” sono inseriti nel titolo XII TFUE, originariamente dedicato in modo generico soltanto ad “istruzione, formazione e gioventù”. Si conferma, così, l’importanza del carattere speciale della disciplina sportiva, ma anche la sua specifica funzione sociale-educativa. Si precisa pertanto che, nel rispetto di tale funzione assegnata allo sport e delle sue caratteristiche di specialità, non si potrà fare a meno di tenere in considerazione l’applicazione dei principi relativi al funzionamento dell’Unione europea. Si conferma e si qualifica in tal senso la portata degli esiti cui è giunto il tormentato percorso giurisprudenziale che è iniziato con i casi *Walrave* (causa C-36/72) e *Donà* (causa C-13/76) ed è di recente pervenuto alle indicazioni formulate nel caso *Olimpique Lyonnais* (causa C-325/08).

In realtà, tali “specificità” e “funzione sociale ed educativa” dello sport erano state fortemente difese ed argomentate già in occasione dei lavori per l’elaborazione del Trattato relativo alla Costituzione per l’Europa che, come è noto, non è mai entrato in vigore, ma la cui formulazione ha largamente influenzato i contenuti normativi del Trattato di Lisbona. Nessuno stupore, quindi, se anche in quest’ultima sede le modifiche introdotte nell’ambito dell’art. 165 TFUE all’(ormai ex) art. 149 TCE siano state indirizzate a “sviluppare la dimensione europea dello sport (...) e la cooperazione tra organismi responsabili dello sport” oltretutto a proteggere “l’integrità fisica e morale degli sportivi, in particolare dei più giovani tra di essi”.

Peraltro, in tal modo, si conferma anche la riconducibilità della disciplina relativa allo sport all’interno della normativa e dei principi del diritto dell’Unione europea, con specifica attenzione ad eventuali deroghe in presenza delle particolari esigenze proprie del settore sportivo. Pertanto, da un lato, si indica che le istituzioni europee comprendono nell’ambito delle loro funzioni promozionali e di formazione professionale anche l’attività sportiva, collaborando con le associazioni e gli organismi preposti al suo svolgimento, di cui viene legittimata la presenza ed il modello organizzativo. Dall’altro, si stabilisce definitivamente l’impossibilità di far valere la specificità della disciplina relativa allo sport al fine di escludere di per sé, a questo riguardo, l’operatività dei principi dell’Unione europea in virtù di una generica “eccezione sportiva” che, invece, per poter operare, dovrà essere adeguatamente giustificata ed operare entro precisi limiti.

---

NON, *Lo sport e il diritto dell’Unione europea*, in E. GREPPI, M. VELLANO (a cura di), *op. cit.*; D. O’KEEFFE, P. OSBORNE, *L’affaire Bosman: un arrêt important pour le bon fonctionnement du Marché unique européen*, in *RMUE*, 1996, p. 17 ss.; M. PAUTOT, *Le sport et l’Europe: les effets de la construction européenne sur les pratiques sportives*, Voiron, 2009; J. F. PONS, *Sport and European competition policy*, in *Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1999, p. 75 ss.; A. SANTA MARIA, *Lo sport professionistico e la concorrenza*, in *Giur. comm.*, 2004, p. 945 ss.; R. C. R. SIEKMANN, *The European Union and Sport: Legal and Policy Documents*, The Hague, 2005; M. THILL, *La reconnaissance de la spécificité du sport en droit communautaire*, in *Europe*, 2000, p. 4. ss.; A. TIZZANO, M. DE VITA, *Qualche osservazione sul caso Bosman*, in *RDS*, 1996, p. 417 ss.; J. ZYLBERSTEIN, *The Specificity of Sport: A Concept under Threat*, in R. BLANPAIN (ed.), *The Future of Sports Law in the European Union: Beyond the EU Reform Treaty and the White Paper*, The Hague, 2008, p. 95 ss.; ID., *Collision entre idéaux sportifs et contingences économiques dans l’arrêt Meca-Medina*, in *CDE*, 2007, p. 213 ss.

2. Si tratta, quindi, di verificare in quale modo, ed entro quali limiti, possano essere condotte le azioni dell'Unione europea in questo settore e la rilevanza al riguardo delle regole poste dagli organi delle associazioni e organizzazioni sportive, verificando con particolare attenzione la compatibilità di quelle relative al loro funzionamento con i principi dell'UE.

Anzitutto, il Trattato di Lisbona offre una chiara indicazione dell'importanza dell'inserimento dello sport nei programmi di apprendimento permanente e del ruolo essenziale svolto dal volontariato. In questa prospettiva viene condivisa l'esigenza di proteggere ed incentivare la creazione di vivai e lo sport dilettantistico con le possibili deroghe, necessarie al perseguimento dei loro fini, rispetto alle regole del funzionamento dell'UE altrimenti applicabili alle società sportive.

Ne emerge, quindi, l'esigenza di identificare esattamente le caratteristiche dei vivai e delle associazioni sportive dilettantistiche, utilizzando al riguardo i principi già emersi nella giurisprudenza comunitaria allorché si è escluso, almeno in qualche misura, nei confronti di certe categorie di sportivi e di loro associazioni o società l'applicazione di alcuni principi dell'UE che ne avrebbero potuto limitare l'autonomia organizzativa e la funzione di sviluppo promozionale dello sport presso i giovani.

In particolare è, così, necessario identificare cosa debba essere ricompreso nel c.d. "sport dilettantistico" ai fini innanzi indicati. Al riguardo, devono essere considerate rilevanti le effettive modalità di funzionamento delle organizzazioni e/o degli organismi riconducibili al fenomeno dell'associazionismo sportivo volontario inquadrato all'interno delle confederazioni sportive e dei vivai dilettantistici. Pertanto, si è esclusa la possibilità di basarsi sulla formalistica distinzione dilettantismo/professionismo in virtù della sola qualificazione adottata dai soggetti e dagli enti interessati al fenomeno. Si dovrà, quindi, piuttosto, verificare se esiste un'attività sportiva svolta effettivamente per finalità formativa o di mero divertimento e/o in mera funzione ricreativa. Solo in tali casi, infatti, sarà possibile ricondurre l'attività in esame al fenomeno sportivo-amatoriale proprio in quanto è esclusa la presenza di qualsiasi tipo di remunerazione a favore degli atleti che la praticano. Il che, peraltro, non è incompatibile con l'erogazione di rimborsi per spese effettivamente affrontate in occasione e/o in funzione di prestazioni sportive, mentre anche le sponsorizzazioni che eccedano tali rimborsi sembrano escludere i beneficiari dalla qualificazione di "dilettanti".

Pertanto, soggetti impegnati in una specifica disciplina sportiva in virtù di un rapporto di lavoro subordinato o quali prestatori di servizi regolarmente retribuiti rientrano a pieno titolo nell'ambito di applicazione dei principi dell'UE. In particolare, così, si è negato che tali sportivi possano essere discriminati in funzione della cittadinanza e/o privati dei diritti loro spettanti a sensi degli articoli 45 e/o 56 TFUE. Anche nei loro confronti, quindi, trova applicazione il più generale principio dell'Unione europea relativo alla libera circolazione dei lavoratori e/o dei prestatori di servizi, al quale non devono essere posti limiti sia in virtù di misure dirette sia sulla scorta di tecniche disincentivanti.

Ed altrettanto assoggettabili alla disciplina dell'Unione europea e vincolate alla sua normativa sono anche le federazioni sportive nell'esercizio delle loro manifestazioni di autonomia privata, sia con riguardo ai contenuti dei rispettivi statuti, sia in occasione dell'adozione, da parte loro, delle varie determinazioni in merito allo svolgimento ed all'accesso degli sportivi agli eventi che esse organizzano allorché siano configurabili come una vera e propria attività economica.

A tutti gli effetti innanzi indicati, quindi, nessuna incertezza nel ricondurre l'attività sportiva alla normativa dell'Unione europea allorché essa è caratterizzata per la sua connotazione di attività economica.

**3.** Quanto ora esposto ha così portato ad escludere la legittimità delle normative federali che prevedono un sistema di indennità di trasferimento a favore della società alla quale lo sportivo è vincolato da un contratto in scadenza. Anzi, ancora di recente, si sono confermati i criteri già presenti nel caso *Bosman* (causa C-415/93), precisandoli nel senso che il divieto innanzi indicato vale anche allorché sia previsto l'impegno a risarcire il danno subito della società che ha curato la formazione di uno sportivo non professionista che concluda il contratto da professionista con un'altra società. Si è, infatti, osservato che "anche tale tecnica è idonea a dissuadere il giocatore dall'esercizio del suo diritto alla libera circolazione" (causa C-325/08, *Olimpique Lyonnais*). In realtà, tale impegno a risarcire il danno, pur non precludendo allo sportivo di sottoscrivere il contratto da professionista con una società diversa da quella che lo ha formato, rende "meno interessante" l'esercizio del suo diritto alla libera circolazione con la conseguenza di costituire una restrizione ai sensi dell'art. 45 TFUE.

Pertanto, proprio in occasione di tale precisazione, si è operata una significativa apertura a favore della legittimità della previsione di alcune forme di indennizzo per l'attività formativa riconoscendo "l'importanza considerevole nella realizzazione della funzione sociale ed educativa dello sport" dei vivai formativi dei giovani. Si è, infatti, riconosciuta, in tale prospettiva, la legittimità del diritto di ottenere una "indennità di formazione" allorché il relativo importo risulta proporzionato all'obiettivo di incentivare la funzione formativa dei giovani e limitato a rimborsare gli oneri effettivamente e specificamente affrontati al riguardo. E nel calcolo di tali oneri si è precisato che si potrà tener conto di tutti i costi relativi alla formazione comprensivi dei costi della formazione "tanto dei futuri giocatori professionisti quanto di quelli che non lo diverranno mai", proprio perché si tratta di indennità rivolta ad incoraggiare "le società a cercare calciatori di talento e ad assicurare la formazione dei giovani calciatori".

Pertanto, appare coerente con tali indicazioni l'art. 20 del Regolamento della Federazione internazionale delle associazioni sportive allorché prevede la corresponsione di un'indennità di formazione tenendo conto dei vari periodi rilevanti al riguardo nell'ambito dei soggetti che hanno provveduto a realizzarla e dei costi da essi effettivamente sostenuti secondo criteri e parametri predeterminati, in funzione di garantire la copertura dei costi formativi dei giovani sportivi oltreché incentivando la ricerca e la crescita dei migliori.

Si esclude, comunque, che tale indennità possa essere calcolata estendendo l'ambito dei costi sostenuti, allorché affrontati da società collegate o controllate da società impegnate nello sport professionistico, al fine di realizzare con varie tecniche il più ambizioso obiettivo dell'equilibrio finanziario e sportivo globale del gruppo. Obiettivo sicuramente condivisibile, ma da conseguire attraverso altri strumenti di solidarietà e mutualità sportiva più efficienti e maggiormente coerenti con il rispetto della libertà alla base del funzionamento dell'Unione europea: ad esempio, secondo le indicazioni dell'Avvocato generale Lenz (nelle conclusioni presentate alla causa *Bosman*), in virtù di un più equo sistema di ripartizione dei proventi dagli ingressi agli eventi sportivi e dalla cessione dei diritti relativi ad essi tra le varie società che partecipano allo stesso campionato.

4. Un altro profilo che la piena riconducibilità dell'attività sportiva all'interno dei principi dell'Unione pone con particolare intensità riguarda eventuali limitazioni all'accesso all'attività sportiva in funzione della nazionalità. Si tratta del fenomeno relativo alla riserva a favore dei cittadini di uno Stato di partecipare a determinate competizioni sportive, giustificato, a suo tempo, con l'esigenza di garantire il legame tradizionale delle formazioni sportive partecipi a tali competizioni con il Paese di loro appartenenza al fine di consentire al pubblico di identificarsi con esse. Tali discriminazioni fondate sulla nazionalità, come è noto, sono state considerate, in linea di principio, contrarie al diritto dell'Unione europea con specifico riferimento all'attività degli sportivi professionisti e semi-professionisti che prestano servizi retribuiti o sono lavoratori subordinati. Esse, infatti, sono state ritenute ingiustamente sfavorevoli agli sportivi stranieri rispetto ai nazionali con specifico riguardo al loro diritto di accesso alle opportunità lavorative. Ed in tal senso, ad esempio, la UEFA ha provveduto da tempo ad abolire le limitazioni concernenti il numero di calciatori stranieri tesserabili da una società.

Per converso, è stata considerata compatibile con le disposizioni dell'UE quella disciplina o "prassi sportiva che escluda giocatori stranieri dalla partecipazione a certi incontri per dei motivi non economici, ma inerenti al carattere ed alla fisionomia specifica di incontri tra squadre nazionali di diversi paesi" (*Donà*, causa C-19/76). Si è trattato di una formulazione ragionevolmente ambigua che, peraltro, ha consentito di mantenere inalterato l'assetto organizzativo di determinati eventi allorché il loro carattere e la loro fisionomia sono considerati per i loro partecipanti, prevalentemente se non esclusivamente, di tipo non economico nonostante gli sportivi in essi coinvolti fossero professionisti o comunque erogatori di servizi riconducibili ad un'attività economica.

In tale prospettiva si sono così giustificate le modalità di partecipazione delle federazioni sportive e dei soli cittadini ad esse appartenenti ad alcune competizioni sportive internazionali nelle quali sono espressamente previsti sia specifici contingenti di partecipazione sia una riserva sulla base della nazionalità. L'esempio più significativo di quanto ora indicato è, come noto, quello dei Giochi Olimpici, nell'ambito dei quali è prevista la partecipazione sulla base

della cittadinanza anche delle federazioni nazionali degli Stati membri dell'Unione europea.

Quanto ora indicato, peraltro, non esclude che in occasione di alcune competizioni sportive, soprattutto a titolo individuale e scollegate dalla dipendenza dei partecipanti alla loro rappresentatività di una federazione nazionale o non specificamente rivolte alla designazione del titolo di “campione nazionale”, si possano operare discriminazioni sulla base della cittadinanza. Negli altri casi le limitazioni all'accesso alla competizione sportiva potranno, invece, essere giustificate in linea di principio soltanto sulla base di parametri prestabiliti su base oggettiva, coerenti con l'obiettivo di selezionare i meglio dotati dal punto di vista delle loro capacità tecniche in funzione del successo dell'evento sportivo. Tale limitazione, infatti, è ampiamente razionale e giustificata dall'esigenza di evitare, per un verso, che la partecipazione di atleti non adeguatamente qualificati pregiudichi la qualità sportiva dello spettacolo relativa all'evento e, per altro verso, che sia garantita la nota prevedibilità del risultato sportivo e l'equilibrio tra i partecipanti.

Tale circostanza, peraltro, non esclude che gli organizzatori degli eventi sportivi possano estendere la partecipazione, al di là del rigoroso rispetto dei parametri relativi adottati, anche ad alcuni sportivi che, per loro caratteristiche particolari, siano in grado di aumentare l'interesse del pubblico e dei mezzi di comunicazione di massa. Ma non soltanto. L'esigenza dell'applicazione di parametri elaborati sulla scorta di criteri oggettivi, peraltro, deve essere comunque intesa nel senso di non impedire agli organizzatori degli eventi sportivi non solo una adeguata discrezionalità nella scelta dei parametri da preferire, ma anche l'esercizio di ragionevoli margini di apprezzamento nella loro applicazione. Si tratta, infatti, di salvaguardare, anche in tal modo, la c.d. autonomia dell'ordinamento sportivo e della sua autoregolamentazione, che lo stesso sistema normativo dell'Unione europea tende a garantire anche al fine di consentire, in deroga alla rigorosa applicazione dei soli criteri oggettivi innanzi indicati, la partecipazione, almeno in qualche misura, di sportivi ai quali, per varie ragioni di svantaggio dovute alla loro origine o appartenenza, la ribalta pubblica dello sport sarebbe preclusa. Quanto ora indicato, naturalmente, nei limiti dei principi fondamentali degli ordinamenti statali volta a volta rilevanti e dei principi generali previsti nell'ordinamento della UE.

Tanto che, proprio anche nella prospettiva ora indicata, non si è avuta esitazione a riconoscere che “il diritto di autoregolamentazione riconosciuto allo sport” deve essere considerato “un valore tutelato dal diritto comunitario” purché “abbia come obiettivo o oggetto esclusivo la promozione sociale dello sport”. Ed in questo senso, quindi, se adeguatamente giustificate per tali ragioni si possono anche legittimare restrizioni alle libertà previste nell'ambito dell'Unione europea pur in presenza di eventi sportivi con evidenti connotazioni economiche (conclusioni dell'avvocato generale Cosmas nel caso *Deliège*, cause riunite C-51/96 e 191/97). È quanto, appunto, si è verificato a proposito della normativa *antidoping* in ragione del fatto che, pur consistendo in una limitazione alla libertà degli sportivi, se ne è valutata la legittimità “in quanto ineri-

sce all'organizzazione ed al corretto svolgimento della competizione sportiva", che include la necessità di assicurare la parità di *chances* tra gli atleti, la loro salute, l'integrità e l'obiettività della competizione sportiva "finalizzata ad assicurare un sano spirito di emulazione tra atleti" (*Meca-Medina*, causa C-519/04, punto 45). Peraltro, tale valutazione di legittimità non si può fondare soltanto su una mera valutazione astratta delle ragioni giustificatrici delle limitazioni ora indicate il cui contenuto tecnico è riservato agli organismi sportivi, ma ne comporta il controllo di adeguatezza in concreto con i principi dell'Unione europea al fine di verificare che la relativa disciplina non sia eccessivamente limitativa delle libertà garantite dal diritto dell'Unione e le sanzioni non siano sproporzionate.

5. Peraltro, il principio di non discriminazione, soprattutto se fondato sulla cittadinanza, è stato ripetutamente invocato – con eventuali deroghe entro i rigorosi limiti innanzi accennati – anche nei casi in cui si tratti di attività sportiva priva di qualsiasi connotazione economica. Già la risoluzione del Parlamento europeo del 17 aprile 1994 (*GUCE C 205*, 25 luglio 1994, p. 486 ss.) si esprimeva in tal senso allorché si auspicava l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità anche nel settore dello sport dilettantistico. Auspicio quest'ultimo che, d'altronde, aveva trovato un autorevole precedente nella Carta europea dello sport nell'ambito del cui testo originario (del 1992) e della sua revisione (del 2001) si è sempre più chiaramente precisato che i regolamenti delle federazioni sportive avrebbero dovuto eliminare, anche nei confronti degli sportivi dilettanti (o comunque non legati da alcun vincolo di lavoro dipendente o di prestazione di servizi), qualsiasi trattamento discriminatorio fondato sulla loro nazionalità.

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, del riconoscimento in tale sede operato dei diritti e delle libertà sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea "che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati" (art. 6 TUE) e del pieno ingresso dello sport (titolo XII TFUE) nell'ambito delle "competenze dell'Unione definite nei Trattati", gli accennati auspici e/o dichiarazioni di intenzioni devono essere ora intesi come espressione di veri e propri obblighi ed impegni direttamente assunti dagli Stati nell'ambito dell'Unione europea. Ma non soltanto. Le caratteristiche delle disposizioni e dei principi innanzi indicati hanno, infatti, una valenza ed una formulazione da doversi considerare come "direttamente applicabili" nei confronti di qualsiasi organismo e/o ente preposti alla promozione dello sport e/o all'organizzazione di eventi sportivi idonei a creare diritti azionabili da parte degli eventuali soggetti che ne risultano eventualmente lesi.

Ad ulteriore conforto di quanto ora indicato è da osservare che eventuali discriminazioni operate a proposito di attività sportive, anche prive di connotazione economica, producono un effetto limitativo (e pertanto lesivo) della libertà di circolazione delle persone. Infatti, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, anche l'accesso ad attività meramente sportive esistenti in uno Stato membro nel quale si venga a trovare un cittadino europeo fa parte dei

suoi diritti conseguenti alla sua libera circolazione ed alla sua formazione riconosciuti nell'ambito dell'Unione europea. Tanto più che, come accennato, sono proprio le integrazioni adottate a Lisbona al Trattato CE che enfatizzano la "funzione sociale ed educativa" dello sport. Anzi, con riferimento ad essa si precisa che deve esserne sviluppata "la dimensione europea" e garantita "l'apertura nelle competizioni sportive". Nessun dubbio, quindi, che anche lo sport sia entrato a far parte dei programmi educativi rivolti a favorire il dialogo multiculturale, l'inclusione sociale e lo sviluppo di una società più integrata. Pertanto, in questa prospettiva, il diritto di accesso agli eventi ed ai programmi sportivi sembra ormai difficilmente limitabile sulla scorta del criterio della cittadinanza, sia che si tratti di attività economica, sia che consista in attività esclusivamente sportive, se pur nei limiti del rispetto di alcune specifiche esigenze che caratterizzano determinate manifestazioni sportive.

6. Anche sotto differenti profili la normativa dell'Unione europea è idonea ad incidere sul fenomeno sportivo, pur nel rispetto della sua autonomia organizzativa e della sua autoregolamentazione. Si pensi, ad esempio, al fenomeno dei controlli sull'esercizio della professione di agente di giocatori di calcio con previsione al riguardo di una specifica "licenza" rilasciata da una federazione nazionale. Tale autorizzazione, nonostante alcune incertezze e dubbi sollevati al riguardo in quanto limitativa della concorrenza, peraltro non sembra porsi in contrasto con la normativa dell'Unione europea. Infatti, tale esigenza di autorizzazione non pone restrizioni quantitative, ma solamente qualitative; ed inoltre è rivolta a fornire agli sportivi che ne siano clienti alcune garanzie di moralità e di solvibilità economica degli agenti per eventuali loro responsabilità.

Per analoghe ragioni anche gli effetti restrittivi alla libertà degli investimenti e della concorrenza che conseguono ai vincoli posti dalle varie federazioni sportive al fine di impedire che possano essere ricondotte ad un unico soggetto più squadre impegnate nella stessa competizione sportiva sembrano del tutto compatibili con la normativa dell'Unione europea anche dopo il Trattato di Lisbona. Anche in tal caso, infatti, si è in presenza di effetti largamente giustificati da legittime esigenze di escludere l'incertezza degli esiti delle competizioni sportive ed il loro corretto svolgimento. Si tratta, quindi, di effetti restrittivi rivolti a non snaturare lo sport e non già a condizionare comportamenti economici di mercato: quindi, largamente giustificati secondo i criteri da tempo elaborati dalla giurisprudenza proprio in quanto estranei a qualsiasi considerazione economica e coerente con i fini sportivi proposti (ad esempio, causa C-309/99 nel caso *Wouters*).

Il problema, eventualmente, si pone a proposito di cosa si debba intendere per "*common control*" di due o più squadre partecipi della stessa competizione sportiva. Anche a questo proposito si dovrà tenere conto delle specifiche indicazioni presenti negli Statuti delle varie federazioni che si riferiscono al riguardo a tutte le forme di controllo diretto e/o indiretto che consentono il coinvolgimento della stessa persona nell'amministrazione e nella gestione di due o più società sportive partecipi della stessa competizione. Ma soprattutto si dovrà

tenere conto di quanto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria al fine di evitare che si possa ricondurre ad un centro decisionale unico le attività di società appartenenti ad uno stesso gruppo. Pertanto, per escludere la riconducibilità di tali società ad un unico soggetto si dovrà essere in grado di provare che esistono tra di loro vincoli sufficienti per consentire l'adozione sul mercato di un'identica linea d'azione che porti a sopprimere i rapporti concorrenziali tra loro (v. ancora la sentenza *Wouters*, cit., punto 113).

Si pensi, infine, sempre con riguardo all'incidenza del diritto UE della concorrenza rispetto al fenomeno sportivo, a quanto è stato da tempo osservato a proposito della sua rilevanza non solo rispetto al funzionamento delle varie federazioni sportive quali possibili associazioni di imprese, ma anche con riguardo al ruolo da esse svolto nel c.d. mercato dei giocatori, nell'organizzazione e regolazione degli eventi sportivi, nelle limitazioni territoriali al riguardo registrate oltreché nella creazione di nuove organizzazioni sportive. Si tratta di argomenti con riferimento ai quali non è stato ancora raggiunto un definitivo equilibrio tra l'applicazione della normativa europea e l'autonomia organizzativa giustificata da quelle effettive esigenze sportive ampiamente riconosciute dallo stesso diritto dell'Unione europea, come da tempo denunciato dalla Commissione (ad esempio, nella relazione di Helsinki al Consiglio, COM(1999)644 def.).

7. Quanto innanzi esposto indica l'importanza che, pur in presenza della specificità del settore sportivo e della c.d. eccezione sportiva, il diritto dell'Unione europea ha progressivamente assunto nella regolamentazione del fenomeno sportivo.

Di tale importanza, e dei relativi effetti sull'organizzazione e sulla disciplina dello sport, devono, pertanto, essere soprattutto consapevoli gli stessi organismi preposti al riguardo nell'ambito delle varie federazioni nazionali ed internazionali. Infatti, è proprio la diretta applicazione da parte loro dei principi europei e della relativa normativa che potrà garantirne l'effettività.

La conseguente ed eventuale tutela giurisdizionale, infatti, risulta in grande misura condizionata – o addirittura esclusa – dalla circostanza che le controversie relative ai rapporti che gravitano intorno al fenomeno sportivo sono riservate a procedimenti c.d. di giustizia sportiva di varia natura. Alcuni di essi, come è noto, sono caratterizzati dalla loro riconducibilità all'organo di un ente sportivo anche nei casi in cui esso sia direttamente coinvolto nella controversia soggetta alla sua valutazione. Si tratta, quindi, di procedimenti neppure riconducibili ad un vero e proprio arbitrato, in difetto della caratteristica di terzietà dell'organo decisionale rispetto alle parti interessate alle sue determinazioni. Altri procedimenti, pur dotati delle caratteristiche proprie di un arbitrato, tendono a comprendere nel loro ambito anche materie che non sarebbero compromettibili e, pertanto, riservate alla cognizione necessaria della giurisdizione ordinaria in funzione degli interessi pubblici coinvolti. Peraltro, l'effettività di svolgimento di tali procedure arbitrali è comunque garantita dal c.d. vincolo di giustizia, in virtù del quale si prevede – come requisito per l'affiliazione di uno sportivo alle

varie federazioni – che quest’ultimo rinunci ad avvalersi dei mezzi di tutela dei propri diritti offerti dall’esercizio della giurisdizione ordinaria affidandone la tutela esclusivamente agli organi di governo e/o di giustizia dello sport.

È ben vero che a tale meccanismo di funzionamento della giustizia sportiva quasi esclusivamente para-arbitrale o arbitrale esistono alcune eccezioni. Ma è altrettanto vero che, di fatto, tali eccezioni non possono rappresentare una sede idonea a garantire tempestiva applicazione dei principi vigenti nell’Unione europea nel senso indicato nei precedenti paragrafi. Tanto più che, in occasione dello svolgimento delle procedure para-arbitrali o arbitrali, è preclusa l’esperibilità del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (già art. 234 TCE). Infatti, come è noto, mentre la giurisprudenza comunitaria ha in alcuni casi ammesso l’utilizzabilità di tale strumento anche da parte di organi appartenenti alla struttura amministrativa dello Stato (causa C-54/96, relativa al caso *Dorsch Consult*) ha sempre escluso, ai fini in esame, la natura giurisdizionale degli organi arbitrali, ed in particolare degli organi di giustizia sportiva.

L’esclusione degli arbitri dagli organi abilitati a sottoporre una questione a titolo pregiudiziale alla Corte di giustizia allorché si ponga innanzi ad essi una controversia che richieda l’applicazione e l’interpretazione di una norma o di un principio dell’Unione europea determina, quindi, il grave rischio di una loro inadeguata considerazione e valorizzazione se pur nei limiti ed alla luce dei criteri di cui ai precedenti paragrafi. Tale rischio, già serio nel vigore del Trattato CE, è ulteriormente aggravato nell’ambito di applicazione del Trattato di Lisbona, proprio perché lo sport è specificamente inserito – secondo quanto innanzi precisato – tra le materie di competenza dell’Unione europea, enfatizzandone in particolare la funzione di fattore incentivante dell’integrazione tra i popoli europei anche allorché non si caratterizza per la sua rilevanza economica.

Di tale circostanza è importante che siano ben consapevoli tutti gli operatori sportivi e soprattutto gli organi delle varie federazioni nazionali ed internazionali affinché, nell’esercizio delle loro funzioni, diano concreta applicazione anche ai principi ed alle norme dell’Unione europea, adeguandone i contenuti alle legittime esigenze dello sport e delle specifiche discipline sportive, ma riconoscendone la *primauté*, e la diretta applicabilità oltreché l’obbligo di disapplicare qualsiasi disciplina che si ponga con essi in contrasto.

## Abstract

### EU Law and Sport after Lisbon Treaty

This paper carries out an analysis of the impact produced in the field of sports by the enforcement of the EU fundamental principles regarding non-discrimination, freedom of circulation and competition. After having underlined that, according to the new

drafting of Article 165 TFEU, the EU has actually been entrusted with a specific competence for such a field, the Author provides a survey of the ECJ consolidated case-law according to which the above mentioned EU fundamental principles have been implemented and it is expected to be implemented after the Lisbon treaty also in the sport sector, taking into account its specific nature. As a consequence, rules governing the field at stake must be coherent and applied consistently with EU law notwithstanding the fact that the authorities endowed with such a task are often to be regarded as non-judicial.



# L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona

SOMMARIO: 1. Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e l'affermazione dei principi democratici nell'Unione europea. – 2. I principi di attribuzione e di proporzionalità. Il principio di sussidiarietà. – 3. Il ruolo dei parlamenti nazionali in tema di controllo del rispetto del principio di sussidiarietà. – 4. Il ruolo dei parlamenti nazionali nella formazione della posizione dello Stato. – 5. Il ruolo dei parlamenti nazionali nelle questioni di sicurezza, pace e giustizia. – 6. Il ruolo dei parlamenti nazionali nella revisione dei Trattati. – 7. Conclusioni.

1. Il *deficit* democratico nelle Comunità europee ha da tempo attirato l'attenzione degli studiosi di diritto comunitario, non tanto perché il sistema istituzionale comunitario appare dominato da un'istituzione che cumula poteri legislativi e di governo, il Consiglio dell'Unione europea, e da un'istituzione burocratica e tecnocratica che non ha un'effettiva legittimità democratica, la Commissione europea, quanto in ragione della possibilità più o meno marcata dei Governi degli Stati membri dell'Unione di eludere i controlli delle minoranze parlamentari nazionali attraverso i meccanismi decisionali e normativi comunitari<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> W. SLEATH, *The Role of National Parliaments in European Affairs*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, Bruxelles, 2007, pp. 545–564. In realtà il tema del *deficit* democratico, prima nelle Comunità europee e poi nell'Unione europea, ha radici ben più risalenti: v., per tutti, N. RONZITTI, *Elezione a suffragio universale e controllo democratico del processo di integrazione europea*, in G. ZAGREBELSKY, N. RONZITTI, A. TIZZANO, A. GIARDINA, E. VINCI, *Parlamento europeo, forze politiche e diritti dei cittadini*, Milano, 1979, p. 72 ss.; A. PLIAKOS, *L'Union européenne et le Parlement européen: y a-t-il un déficit démocratique?*, in *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1991, p. 393 ss.; U. VILLANI, *Il deficit democratico nella formazione del diritto comunitario*, in *DCSI*, 1992, p. 310 ss., il quale rileva per un verso che con i Trattati istitutivi delle Comunità europee si è in realtà operato non solo un trasferimento di poteri dagli Stati alle Comunità, ma anche un trasferimento di poteri dai parlamenti nazionali a ai governi nazionali riuniti nel Consiglio, e per altro verso che esiste un *deficit* democratico anche in ordine agli atti comunitari; ID., *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione europea"*, in *CI*, 2005, p. 643 ss.; M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in *DCSI*, 2007, p. 629 ss.; T. RUSSO, *Le norme "anti-deficit" democratico nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 599 ss.; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, p. 925 ss.

Il *deficit* democratico è stato poi diversamente inteso, quale assenza di partiti politici transnazionali, ed invocato per sostenere che l'Unione europea e le sue istanze soffrono di una mancanza di legittimità democratica e che sembrano inaccessibili al cittadino a causa della complessità del loro funzionamento<sup>2</sup>. Ora, è ben vero che l'Unione europea possa essere avvertita come distante e inaccessibile da parte del cittadino di uno Stato membro dell'Unione europea, ma asserire che il principale anello mancante della democrazia europea vada individuato nell'assenza di partiti politici europei, ci sembra non tenga conto della realtà: i partiti politici europei esistono, e da tempo.

Ci si è chiesto anche se sia corretto parlare di *deficit* democratico, ed in genere di democrazia, per enti che, come le Comunità, hanno natura non assimilabile a quella dello Stato: i principi basilari dello Stato democratico potrebbero non essere trasferibili alla realtà comunitaria. In ordine alla diversa natura tra i due enti e alla consequenziale possibilità di configurare la democrazia anche per le Comunità, va rilevato che il rispetto dei principi della democrazia parlamentare pluralista è condizione per l'ammissione di un nuovo Stato membro e la Comunità deve applicare i principi il cui rispetto richiede ai propri membri. Tanto più che l'essenza della democrazia consiste nel potere, diretto e indiretto, dei cittadini di provocare l'approvazione, di sanzionare e di approvare leggi che siano imposte ai cittadini stessi<sup>3</sup>.

Va rilevato che ad ogni tappa che ha segnato l'integrazione europea, la questione della legittimità democratica si è imposta all'attenzione in modo sempre più forte. I Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza hanno ritenuto di rispondere alle esigenze di legittimità democratica nell'ambito del sistema istituzionale, rafforzando i poteri del Parlamento in materia di designazione e controllo della Commissione, nonché ampliando gradualmente il campo di applicazione della procedura di codecisione.

Tale tema è tornato di attualità, in particolare, dopo l'abbandono del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, il quale presentava disposizioni tendenti appunto a colmare o, almeno, a diminuire il *deficit* in parola<sup>4</sup>. Non a caso,

<sup>2</sup> V., in particolare, l'appello di marzo 2009 lanciato congiuntamente dall'Istituto Affari Internazionali, il Centro Studi per il Federalismo, The Federal Trust, l'Institut für Europäische Politik e Notre Europe, redatto da T. Padoa-Schiopa e firmato anche da eminenti personalità come Carlo Azeglio Ciampi, in [www.iai.it](http://www.iai.it) (reperibile *on line*); G. BONVICINI (a cura di), *Democracy in the EU and the Role of the European Parliament*, Roma, 2010; E. GRECO, *L'anello mancante della democrazia europea*, in [www.affarinternazionali.it](http://www.affarinternazionali.it) (reperibile *on line*), 19 marzo 2009.

<sup>3</sup> Basti qui rinviare alla risoluzione del Parlamento europeo del 17 giugno 1988 sulla carenza di democrazia della Comunità europea, *GUCE* C 187, 18 luglio 1988, p. 229 ss.

<sup>4</sup> Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, *GUUE* C 130, 16 dicembre 2004, non è entrato in vigore giacché i *referendum* voluti da Francia e Paesi Bassi, tenutisi rispettivamente il 29 maggio e il 1° giugno 2005, hanno avuto un esito negativo in ordine alla ratifica del Trattato da parte dei due Stati. Per valutazioni dell'esito di questi *referendum* v., in particolare, V. STARACE, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 9 ss. e la dottrina ivi citata; G. NAPOLITANO, *Tendenze nazionalistiche e prospettive di rilancio della costruzione europea*, *ivi*, p. 19 ss.

quindi, il Trattato di Lisbona presenta anch'esso disposizioni che mirano a colmare o, quanto meno, ridurre questo *deficit*<sup>5</sup>. Il titolo II TUE, che reca le "Disposizioni relative ai principi democratici", si apre con l'art. 9 che, dopo aver affermato il principio dell'uguaglianza dei cittadini dell'Unione europea, ribadisce la tradizionale definizione della cittadinanza dell'Unione.

L'art. 10 TUE stabilisce che i cittadini devono essere rappresentati direttamente nel Parlamento europeo (PE), mediante elezioni a suffragio universale, e indirettamente – tramite i propri Governi, responsabili dinanzi ai propri parlamenti nazionali – in seno al Consiglio europeo ed al Consiglio. Sembrerebbe che la disposizione si limiti a registrare che a partire dal 1979, data della prima elezione del PE a suffragio universale, i cittadini sono direttamente rappresentati nell'Unione, oltre che indirettamente attraverso i loro Governi riuniti nelle diverse formazioni consiliari. Tuttavia va rilevato che, dal 1979 (e segnatamente a partire dall'Atto unico europeo del 1986), il numero delle decisioni consiliari prese a maggioranza qualificata è andato aumentando, fino a diventare la regola col Trattato di Lisbona, salve limitate eccezioni; e lo stesso può dirsi per gli atti legislativi da adottarsi con la procedura di codecisione fra Consiglio e Parlamento europeo. Ciò induce a ritenere che la disposizione vada collegata al forte spostamento a favore del Parlamento europeo del centro di imputazione del potere legislativo contestualmente realizzato. Il riferimento ai parlamenti nazionali anticipa il potenziamento del loro ruolo che emerge dal successivo art. 12 TUE.

L'art. 11 TUE, in tema di democrazia partecipativa, prevede che cittadini e associazioni possano partecipare alla vita dell'Unione facendo conoscere le loro opinioni in tutti i settori della vita dell'Unione: un milione di cittadini, aventi la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, può invitare la Commissione a presentare una proposta appropriata, secondo le procedure ed alle condizioni fissate da apposito regolamento<sup>6</sup>. Va rilevato che questa iniziativa di cittadini e/o associazioni non impone alcun obbligo alla Commissione che, nell'ambito delle proprie attribuzioni, potrebbe non darvi seguito, sebbene sia improbabile che lo faccia<sup>7</sup>. Appare qui evidente il tentativo di rispondere alle questioni presenti nel dibattito sul *deficit* democratico riconoscendo che la democrazia non si identifica esclusivamente con la rappresentanza politica<sup>8</sup> e che a questa si affiancano le procedure e gli istituti di democrazia partecipativa

---

<sup>5</sup> Il Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, firmato a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrato in vigore il 1° dicembre 2009, può leggersi in *GUUE* C 306, 17 dicembre 2007. La bibliografia su tale Trattato è ormai amplissima, purtuttavia v. E. TRIGGIANI, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona* (supplemento speciale di *Sud in Europa*), Bari, 2008, p. 11 ss.

<sup>6</sup> V. art. 24, 1° comma, TFUE.

<sup>7</sup> P. PONZANO, *Le Trait  de Lisbonne: l'Europe sort de crise institutionnelle*, in *RDUE*, 2007, p. 569 ss.; R. BARATTA, *Le principali novit  del Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 21 ss., in specie p. 43.

<sup>8</sup> Cfr. Corte di giustizia (CGCE), sentenze del 29 ottobre 1980, cause 138/79 e 139/79, *Raccolta*, rispettivamente p. 3333 ss. e p. 3393 ss., che ravvisano nel Parlamento europeo l'unico organo nel

e di trasparenza dell'azione pubblica, nonché un embrionale riconoscimento di istituti di democrazia diretta di cui sarà interessante seguire gli sviluppi. È di aprile 2010 la notizia che la Commissione ha proposto uno schema attuativo dell'*Iniziativa dei cittadini europei*, secondo cui almeno un milione di cittadini dell'Unione appartenenti ad almeno un terzo degli Stati membri possono invitare la Commissione a presentare proposte normative nei settori di sua competenza. Lo schema prevede un limite di tempo di un anno per la raccolta delle firme dei cittadini dell'Unione e lascia alla Commissione quattro mesi per esaminare l'iniziativa e per decidere come agire. In ciascuno Stato membro il numero delle firme necessarie sarà determinato moltiplicando per 750 il numero dei deputati al Parlamento europeo per quello Stato membro. I firmatari devono avere almeno l'età minima per esercitare l'elettorato attivo al Parlamento europeo. Le iniziative proposte saranno registrate su un supporto *on line* messo a disposizione dalla Commissione. La registrazione però potrà essere rifiutata se l'iniziativa è in aperto contrasto con i valori fondamentali dell'Unione. Al raggiungimento di 300.000 firme in tre Stati membri, gli organizzatori sono tenuti a chiedere alla Commissione di verificare l'ammissibilità dell'iniziativa e la Commissione renderà pubblica la sua valutazione nei due mesi successivi<sup>9</sup>.

L'art. 12 TUE, destinato a valorizzare il ruolo dei parlamenti nazionali nell'ordinamento giuridico dell'Unione, indica i contributi che tali parlamenti possono apportare al funzionamento dell'Unione.

L'idea di coinvolgere i parlamenti nazionali nelle attività delle Comunità prima, e dell'Unione dopo, non è nuova e risale quanto meno al 1989, con la creazione del COSAC (Conferenza delle Commissioni per gli affari europei)<sup>10</sup>, e poi, nel 1990, con la creazione del *Conference of National Parliaments of Member States of the Communities together with Members of the European Parliament*. Queste conferenze potevano sottoporre qualsiasi contributo all'attenzione delle istituzioni comunitarie e, la seconda, poteva inoltre promuovere lo scambio di informazioni, specialmente in ordine alle procedure, fra parlamenti nazionali e Parlamento europeo. Una Dichiarazione annessa al Trattato di Maastricht sottolineava la necessità dello scambio di informazioni tra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali e, in particolare, l'opportunità che i parlamenti nazionali ricevessero le proposte normative della Commissione in tempo utile per l'informazione e l'eventuale esame<sup>11</sup>. Successivamente, un

---

quale si riflette "un fondamentale principio della democrazia, secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea rappresentativa".

<sup>9</sup> Lo schema attuativo dell'iniziativa legislativa dei cittadini europei è contenuto nella proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio del 31 marzo 2010, COM(2010)119 def.

<sup>10</sup> Fin dal 1989 alcuni deputati delle commissioni competenti dei parlamenti nazionali e del Parlamento europeo si riuniscono semestralmente in seno alla COSAC, la quale può apportare qualsiasi contributo ritenuto appropriato alle istituzioni dell'Unione ed esaminare qualsiasi atto legislativo proposto in relazione ad uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia (che potrebbe avere un'incidenza diretta sui diritti e le libertà dei cittadini).

<sup>11</sup> La Dichiarazione sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'ambito dell'Unione europea, allegata al Trattato di Maastricht, precisava che i governi nazionali erano invitati a trasmettere tempestiva-

Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali, annesso al Trattato di Amsterdam, dichiarava desiderabile “to encourage greater involvement of national parliaments in the activities of the European Union”<sup>12</sup>. Con il Trattato di Nizza, poi, la Dichiarazione n. 23 relativa al futuro dell’Unione aveva costituito la base del dibattito su quale ruolo dovessero rivestire i parlamenti nazionali nell’architettura europea, ruolo da definire anche secondo la Dichiarazione del Consiglio europeo di Laeken nel 2001 e, quindi, oggetto dei lavori della Convenzione che aveva condotto all’elaborazione del Trattato di Roma del 2004<sup>13</sup>.

Al fine di evitare ogni “conflitto” fra Parlamento europeo e parlamenti nazionali, situazione ritenuta pericolosa soprattutto nell’ambito del processo decisionale comunitario, varie proposte erano state avanzate: creazione di una nuova istituzione, denominata Congresso europeo (magari con competenze consultive nelle materie non di competenza del Parlamento europeo) e composta da membri del Parlamento europeo e da membri dei parlamenti nazionali<sup>14</sup>; la creazione di una seconda camera del Parlamento europeo (composta da rappresentanti dei parlamenti nazionali, magari con il compito di esaminare in via preliminare se le proposte normative fossero state formulate nel pieno rispetto del principio di sussidiarietà); la presenza di parlamentari nazionali nella delegazione statale alle riunioni del Consiglio<sup>15</sup>.

L’art. 12 TUE indica, tra l’altro, sei aree in cui i Trattati richiedono il coinvolgimento dei parlamenti nazionali, che possono essere considerate indicative di una presa di coscienza dell’esistenza di esigenze relative alla “democraticiz-

---

mente al loro parlamento rispettivo le proposte legislative della Commissione per loro informazione o per prenderle eventualmente in esame. Questa Dichiarazione raccomandava anche di intensificare gli scambi di informazioni tra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali per facilitare l’implicazione di questi ultimi nel processo comunitario e di consentire loro di effettuare un miglior controllo democratico.

<sup>12</sup> Il Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali, allegato al Trattato sull’Unione europea dal Trattato di Amsterdam, precisava che tutti i documenti di consultazione della Commissione (Libri bianchi, Libri verdi e comunicazioni) dovevano essere imperativamente trasmessi ai parlamentari nazionali. Doveva essere rispettato un termine di sei settimane tra la data in cui una proposta legislativa era messa a disposizione dalla Commissione al Consiglio ed al Parlamento europeo e la data in cui essa veniva iscritta all’ordine del giorno del Consiglio: l’obiettivo era di consentire ai parlamentari nazionali di discuterla, ove lo avessero ritenuto necessario.

<sup>13</sup> V., per tutti, L. S. ROSSI, “*Constitutionnalisation*” de l’Union européenne et des droits fondamentaux, in RTDE, 2002, p. 71 ss.

<sup>14</sup> Questa proposta era inserita nel “preliminary draft constitutional treaty” del 28 ottobre 2002 (CONV 269/02), sul quale v. la posizione del Parlamento europeo in *Report of 23 January 2002 on the relationship between the European Parliament and national parliaments* (Relatore Giorgio Napolitano), (Doc. A5-0023/2002, paragrafi 17-19).

<sup>15</sup> V., in particolare, R. DEHOUSSE, *European Institutional Architecture after Amsterdam: Parliamentary System or Regulatory Structure?*, in CML Rev., 1998, p. 595 ss.; J. RIDEAU, *National Parliaments and European Parliament*, in E. SMITH (ed.), *National Parliaments as Cornerstones of European Integration*, London-The Hague, 1996, p. 159 ss.; O. OSTERUD, *Democracy between National Government and Supranationality*, *ivi*, p. 179 ss.; R. PASSOS, *Recent Developments Concerning the Role of National Parliaments in the European Union*, in ERA Forum: scripta iuris europaei, 2008, n. 9, p. 25 ss.

zazione” dell’Unione che si accompagnano, pur restando distinte, ad esigenze di legittimità dell’azione della stessa<sup>16</sup>. Inoltre, i parlamenti nazionali sono destinatari, in virtù di varie norme dei Trattati, di informazioni che devono loro essere fornite per tempo<sup>17</sup>. In quasi tutti i casi previsti, il diritto dei parlamenti nazionali ad essere informati si esaurisce con la messa a disposizione o con la comunicazione delle relative informazioni.

In questo contesto merita di essere brevemente tratteggiata la sentenza n. 72 emessa dal *Bundesverfassungsgericht* il 30 giugno 2009, con cui la Corte costituzionale tedesca, appunto, ha valutato la compatibilità con la Costituzione tedesca della legge di ratifica del Trattato di Lisbona, della legge di accompagnamento e della legge sui poteri delle istituzioni tedesche<sup>18</sup>.

La sentenza presenta una serie di riflessioni, accomunate da una netta rivendicazione di sovranità, sul processo di integrazione europea e afferma senza mezze misure che, allo stato delle cose, l’Unione europea non può tramutarsi in uno Stato federale. Per quanto di interesse per il presente lavoro, la sentenza affronta il tema del *deficit* democratico, il principio di attribuzione e il tema dei limiti alla possibilità di ampliamento delle competenze dell’Unione europea.

In ordine al tema del *deficit* democratico, in particolare, la sentenza – che si scosta dalla precedente giurisprudenza della medesima Corte ove lo stesso *deficit* era ravvisato essenzialmente nel difetto di poteri del Parlamento europeo<sup>19</sup> – sottolinea che a causa delle scelte operate in sede comunitaria, nel Parlamento europeo il rapporto fra eletti ed elettori determina la (deprecabile) situazione per la quale un maltese conterà come dodici tedeschi. Così argomentando, la Corte costituzionale tedesca – a parere della quale il Trattato di Lisbona non compie passi utili a superare il *deficit* democratico – sembra porsi in contrasto con se stessa, in quanto non riconosce (più) nell’aumento dei poteri del Parlamento europeo lo strumento per colmare (o diminuire) il detto *deficit* democratico. Anzi, a ben guardare, l’aumento di tali poteri determina – secondo la “nuova” visione della Corte – un automatico aumento del predetto *deficit*<sup>20</sup>.

<sup>16</sup> C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali*, in *DPCE*, 2008, p. 83 ss.; nonché R. MASTROIANNI, *Le Istituzioni*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 2, p. 2 ss., il quale sottolinea il carattere delle assemblee nazionali come “legittimazione democratica esterna al sistema”.

<sup>17</sup> V., ad esempio, l’art. 49 TUE.

<sup>18</sup> *Bunderverfassungsgericht*, 30 giugno 2009 (reperibile *on line* in inglese sul sito [www.bundesverfassungsgericht.de](http://www.bundesverfassungsgericht.de)), su cui v. L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un’ipotesi sul futuro dell’integrazione europea?*, in *RDI*, 2009, p. 993 ss.; nonché U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2009, p. 719 ss.

<sup>19</sup> Cfr. i commenti alla giurisprudenza precedente della Corte costituzionale tedesca, ed in particolare, N. LORENZ, *Una sentenza decisiva della Corte costituzionale tedesca*, in *DCSI*, 1987, p. 475 ss.; V. CANNIZZARO, *Un nuovo indirizzo della Corte costituzionale tedesca sui rapporti tra ordinamento interno e norme comunitarie*, in *RDI*, 1990, p. 372 ss.; A. GATINI, *La Corte costituzionale tedesca e il Trattato sull’Unione europea*, *ivi*, 1994, p. 114 ss.

<sup>20</sup> Cfr. L. S. ROSSI, *I principi enunciati*, *cit.*, p. 1008.

Senza entrare nel merito delle valutazioni puramente interne all'ordinamento tedesco, basti qui rilevare che la sentenza impone al Governo tedesco una serie di obblighi di consultazione del Parlamento nazionale prima di porre in essere un qualsivoglia atto che potrebbe sottrarre allo Stato tedesco una qualsivoglia competenza in favore delle istituzioni comunitarie. Il problema reale è che tali obblighi vengono imposti anche in materie in cui gli Stati non hanno più alcuna competenza o non hanno rilievo (come allorquando l'istituzione che deve agire, ad esempio nei negoziati di un trattato internazionale, non è il Consiglio ma la Commissione).

Giova, ad ogni buon conto, evidenziare che la sentenza non ravvisa contrasti con la Costituzione tedesca né del Trattato di Lisbona né della legge di accompagnamento, bensì della legge sui poteri delle istituzioni tedesche, che non utilizza idoneamente l'istituto della previa autorizzazione parlamentare al Governo circa l'utilizzo previsto dal TUE e dal TFUE idonei a modificare i Trattati stessi e ad ampliare le competenze dell'Unione.

Il ruolo che le novità introdotte dal Trattato di Lisbona assegnano ai parlamenti nazionali costituisce probabilmente la risposta più significativa alle esigenze di democraticità evidenziate dopo l'abbandono del Trattato costituzionale. Peraltro, per comprenderne esattamente la portata, è opportuno precisare alcune questioni in ordine alla trasparenza ed ai principi di attribuzione, di proporzionalità e, soprattutto, di sussidiarietà.

In ordine alla trasparenza va evidenziato che l'art. 15 TFUE<sup>21</sup> reca innovazioni significative (in un contesto caratterizzato se non dal segreto certamente dalla riservatezza) determinate dalla volontà dichiarata di promuovere il buon governo e garantire così la partecipazione della società civile.

La prima di queste innovazioni concerne la pubblicità delle sedute sia del Parlamento europeo che del Consiglio allorché quest'ultimo delibera e vota in relazione ad un progetto di atto legislativo.

La seconda innovazione concerne il diritto di accesso e consiste nella previsione che qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica residente o avente sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria.

Inoltre, ciascuna istituzione, organo od organismo, garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei predetti regolamenti<sup>22</sup>. Questa disposizione ha valore anche per la Corte di giustizia dell'Unione

---

<sup>21</sup> La versione consolidata del TFUE è pubblicata in *GUUE* C 115, 9 maggio 2008.

<sup>22</sup> È da notare l'equivoco a cui può indurre l'art. 15, par. 3, allorquando rinvia al 2° comma per l'individuazione dei regolamenti sull'accesso: il riferimento è al 2° comma del medesimo art. 15, par. 3, in quanto il par. 2 tratta esclusivamente delle sedute pubbliche del Parlamento europeo e del Consiglio.

europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti limitatamente ai casi in cui queste istituzioni esercitano funzioni amministrative.

Il titolo sui principi democratici dell'Unione fa dunque emergere l'idea di una democrazia su scala sopranazionale e disegna forme, istituti e circuiti democratici diversi e complementari rispetto a quello classico della rappresentanza politica<sup>23</sup>.

2. Riproducendo l'art. 3B del Trattato di Maastricht, l'art. 5 TCE disciplinava il riparto di competenze fra le istituzioni comunitarie e gli Stati membri, enunciando i principi di attribuzione, di sussidiarietà e di proporzionalità.

Tali principi perseguivano, e perseguono, la medesima finalità: riservare in via ordinaria agli Stati membri ogni funzione normativa e di amministrazione, attribuendole invece alla Comunità solo in via eccezionale. Tali principi non sono stati posti nel nulla dal Trattato di Lisbona che, anzi, li ha ribaditi con una diversa formulazione rispetto al passato: il principio di attribuzione, secondo il quale l'Unione è titolare solo dei poteri ad essa attribuiti dai Trattati, è stato rafforzato con l'esplicita previsione secondo cui tutte le competenze non attribuite all'Unione nei Trattati appartengono agli Stati membri. L'art. 308 TCE (ora 352 TFUE), che consente al Consiglio di colmare una lacuna normativa quando un'azione della Comunità (ora dell'Unione) risulti necessaria per raggiungere uno degli scopi della stessa e che ha costituito la base giuridica, non è stato abolito, ma il suo utilizzo è stato ridotto a circostanze eccezionali ed il ruolo del Parlamento è stato accresciuto, passando dalla mera consultazione alla previa approvazione<sup>24</sup>.

È opinione largamente diffusa che, indipendentemente dalla formulazione utilizzata in precedenza, e per varie ragioni, tale riparto di competenze sia risultato insoddisfacente o, meglio, non abbia impedito l'espandersi più o meno incontrollato delle competenze e delle attività dell'Unione. Peraltro è da rilevare che con il Trattato di Lisbona è ora esplicitamente prevista la possibilità che le competenze attribuite all'Unione possano essere restituite agli Stati membri, quando l'Unione non le abbia esercitate o su richiesta del Consiglio stesso.

Orbene, il principio di proporzionalità impone alla Comunità di misurare i propri interventi, nel senso di non andare oltre il necessario per raggiungere gli

<sup>23</sup> In questo senso, con riferimento alle corrispondenti disposizioni del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, v. C. PINELLI, *La vita democratica dell'Unione*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004, p. 78 ss.

<sup>24</sup> Cfr. L. FUMAGALLI, *Art. 308*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1023, nota 5; S. BARATTI, *Art. 308*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1376 ss. L'accostamento del contenuto dell'art. 308 TCE alla teoria dei poteri impliciti è errato giacché la norma istituisce una procedura formale che non esclude il ricorso a detta teoria a fini interpretativi. In tema v. L. FERRARI BRAVO, A. GIARDINA, *Art. 235*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, Milano, 1970, p. 1075 ss.

obiettivi indicati dal Trattato<sup>25</sup>. Il principio di attribuzione circoscrive l'azione della Comunità nei limiti delle competenze e degli obiettivi che il Trattato assegna ad essa. Il principio di attribuzione delle competenze delle istituzioni comunitarie, peraltro, veniva delineato facendo riferimento sia alle competenze esplicitamente attribuite ad esse, sia genericamente agli obiettivi assegnati dal Trattato alla Comunità. Ciò aveva consentito alla CGCE di sostenere che la competenza della Comunità, in un determinato settore, poteva ricavarsi implicitamente da altre disposizioni del TCE medesimo<sup>26</sup>. La posizione della CGCE risultava vieppiù confermata dalla procedura prevista all'art. 308 TCE al fine di sancire il potere di intervento – non esplicitamente previsto, ma necessario per il raggiungimento degli obiettivi assegnati alla Comunità dai Trattati – della medesima Comunità.

Inoltre va rilevato che le competenze comunitarie potevano manifestarsi come esclusive o come concorrenti con quelle statali, sicché apparve opportuno integrare il principio di attribuzione con quello di sussidiarietà, ai sensi del quale – nelle materia di competenza concorrente – la Comunità interviene solo se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione non possono essere raggiunti soddisfacentemente dagli Stati membri tramite misure a livello nazionale, bensì a livello comunitario<sup>27</sup>. Il Trattato di Lisbona, dopo aver riordinato quelle esclusive e quelle concorrenti, enuclea un terzo tipo di competenze, che è possibile denominare “di appoggio”, indicando specificatamente le materie in cui intervengono. Trattasi di azioni di sostegno, completamento e di coordinamento alle azioni degli Stati membri. Merita di essere evidenziato che in tali materie all'Unione è preclusa l'adozione di atti di armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari nazionali. Una posizione particolare, infine, il Trattato di Lisbona riserva a due competenze: quella relativa al coordinamento delle politiche economiche e dell'occupazione e quella relativa alla definizione e attuazione della politica estera e di sicurezza comune (PESC, di cui è parte integrante la politica di sicurezza e di difesa comune, PSDC). È agevole osser-

---

<sup>25</sup> Sul principio di proporzionalità v. M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.

<sup>26</sup> V., per tutte, CGCE, sentenze: del 3 luglio 1974, causa 9/74, *Casagrande*, *Raccolta*, p. 773; del 9 luglio 1987, cause riunite 281, 283-285 e 287/85, *Germania c. Commissione*, *ivi*, p. 3203 ss.; del 7 luglio 1992, causa C-275/90, *Parlamento c. Consiglio*, *ivi*, p. I-4193.

<sup>27</sup> Sul principio di sussidiarietà comunitaria v., per tutti, G. STROZZI, *Il principio di sussidiarietà nel futuro dell'integrazione europea: un'incognita e molte aspettative*, in *Jus*, 1994, p. 359 ss.; P. PUSTORINO, *Note sul principio di sussidiarietà*, in *DCSI*, 1995, p. 47 ss.; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nella Comunità Europea*, Napoli, 2000. Il principio è stato enunciato per la prima volta, in materia di politica ambientale, dall'Atto unico europeo all'art. 130R, 4° comma, del Trattato CEE, e – dopo la firma del Trattato di Maastricht – è stato definito “principio costituzionale” da C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea*, Roma, 1993, p. 58. V. altresì A. SAGGIO, *Le basi giuridiche della politica ambientale nell'ordinamento comunitario dopo l'entrata in vigore dell'Atto Unico Europeo*, in *RDE*, 1990, p. 44 ss.; F. FRANCONI, *From Sovereignty to Common Governance: The EC Environmental Policy*, in *St. S.*, 1992, p. 523 ss.

vare che questa posizione particolare è giustificata da ragioni al contempo tecniche e politiche.

In ordine al principio di sussidiarietà, il Consiglio europeo di Edimburgo, del dicembre 1992, aveva approvato una Dichiarazione riguardante il principio di sussidiarietà che ne stabiliva le regole di applicazione. Con il Trattato di Amsterdam, l'impostazione di fondo dalla Dichiarazione anzidetta è stata accolta in un Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato che istituisce la Comunità europea. Questo Protocollo introduceva, tra l'altro, l'analisi sistematica dell'impatto delle proposte legislative sul principio di sussidiarietà, e il ricorso, ove possibile, alle misure comunitarie meno vincolanti. Merita di essere evidenziato pure che la "Dichiarazione della Germania, dell'Austria e del Belgio sulla sussidiarietà", resa nota al Vertice di Amsterdam del 1996, esplicitamente afferma che "l'azione della Comunità europea in base al principio di sussidiarietà non riguarda solo gli Stati membri ma anche le loro entità, nella misura in cui queste dispongono di un proprio potere legislativo conferito loro dal diritto costituzionale nazionale".

Ad ogni buon conto, i numerosi interventi delle istituzioni comunitarie tendenti a fissare criteri, modalità e procedure per la corretta applicazione del principio di sussidiarietà<sup>28</sup>, hanno condotto all'elaborazione del Protocollo n. 30 allegato al TCE dal Trattato di Amsterdam, concernente sia il principio di sussidiarietà che quello di proporzionalità<sup>29</sup>, che detta procedure per la verifica preventiva della corretta applicazione in concreto dei due principi.

Successivamente, il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa prevedeva l'introduzione, sempre al fine della corretta applicazione dei due principi, di un sistema di controllo elaborato e diffuso – che aveva suscitato perplessità in dottrina soprattutto in ordine all'appesantimento del procedimento decisionale comunitario<sup>30</sup> –, perché rimesso non soltanto alla CGCE ma anche ai parlamenti nazionali.

Il sistema prevedeva che ogni progetto di atto legislativo europeo doveva essere trasmesso contestualmente al legislatore dell'Unione ed ai parlamenti nazionali degli Stati membri. Agli stessi parlamenti avrebbero dovuto essere inoltrate le risoluzioni legislative del Parlamento europeo e le posizioni del Consiglio. Le proposte della Commissione avrebbero dovuto essere motivate

<sup>28</sup> Intendiamo riferirci alla Comunicazione della Commissione al Consiglio del 27 ottobre 1992 (Doc. SEC/92 def.); all'"Impostazione generale dell'applicazione, da parte del Consiglio, del principio di sussidiarietà e dell'art. 3B del trattato sull'Unione europea" (*Boll. CE*, 1992, n. 12); all'Accordo interistituzionale fra Commissione, Consiglio e Parlamento del 25 ottobre 1993 (*GUCE C 239*, p. 1).

<sup>29</sup> Sul Protocollo n. 30 allegato al TCE dal Trattato di Amsterdam v. C. CATTABRIGA, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *DUE*, 1998, p. 361 ss.

<sup>30</sup> V., per tutti, G. STROZZI, *Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in questa *Rivista*, 2006, p. 229 ss.; nonché R. MASTROIANNI, *Fonti, sussidiarietà ed iniziativa legislativa nel testo della Convenzione per l'Europa*, in *DPCE*, 2003, p. 1740 s.; J.-V. LOUIS, *National Parliaments and the Principle of Subsidiarity: Legal Options and Practical Limits*, in *EuConst.*, 2008, p. 429 ss.

dalla stessa in ordine al principio di sussidiarietà ed a quello di proporzionalità, ed accompagnate da una indicante i circostanziati elementi per valutare il rispettosità tali principi.

I parlamenti nazionali, o ciascuna camera di essi, dopo aver eventualmente deciso di consultare i parlamenti o assemblee regionali dotati di poteri legislativi, entro sei settimane dalla trasmissione del progetto di atto legislativo, avrebbero potuto inviare ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato indicante le ragioni per cui il progetto risulterebbe, a loro giudizio, non conforme al principio di sussidiarietà. Di tali pareri motivati le istituzioni comunitarie ne avrebbero tenuto conto, nel senso – secondo una condivisibile opinione<sup>31</sup>– che avrebbero dovuto dimostrare di averle prese in considerazione, magari indicando le ragioni di non accoglimento degli stessi.

Il sistema attribuiva ad ogni parlamento nazionale due voti (uno per ciascuna camera nei sistemi bicamerali); se i pareri motivati avessero rappresentato almeno un terzo dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali (un quarto se l'atto legislativo avesse riguardato lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia), il progetto sarebbe stato riesaminato dal proponente.

Infine, il Trattato costituzionale prevedeva un sistema di impugnazione che abilitava lo Stato membro a presentare un ricorso alla CGCE, o di trasmetterlo a nome del parlamento nazionale, per violazione mediante un atto legislativo del principio di sussidiarietà<sup>32</sup>. Analoga possibilità veniva prevista a favore del Comitato delle Regioni a tutela delle proprie prerogative, nei casi in cui veniva prevista la sua consultazione per l'adozione di atti legislativi.

Va rilevato che i parlamenti nazionali, in questo contesto, venivano investiti del controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà anche sulle proposte e sulle iniziative legislative formulate sia nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale e di polizia, sia nell'ambito sulla corretta utilizzazione della clausola di flessibilità, sia nell'ambito di ogni iniziativa di revisione semplificata del Trattato ad opera del Consiglio.

---

<sup>31</sup> Così G. STROZZI, *Alcune riflessioni*, cit., p. 251.

<sup>32</sup> Nel senso dell'obbligo dello Stato membro di presentare il ricorso in parola, deliberato dal parlamento nazionale, si esprime G. STROZZI, *Alcune riflessioni*, cit., p. 251 s. Nel senso che si sarebbe introdotta una nuova figura, costituita dai parlamenti nazionali, tra i soggetti legittimati ad impugnare gli atti comunitari, v. R. MASTROIANNI, *Fonti, sussidiarietà*, cit., p. 1747, il quale sottolinea la possibilità che questo sistema avrebbe potuto produrre conflitti nell'ordinamento interno fra il governo e il parlamento nazionale. Nel senso che i parlamenti nazionali sono divenuti, con il Trattato di Lisbona, nuovi attori sulla scena europea, se non veri e propri “organi” dell'Unione europea”, v. U. VILLANI, *Sul ruolo dei parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in C. DECARO, N. LUPO (a cura di), *Il “dialogo” fra Parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, 2009, p. 409 ss., in specie p. 410. Ritiene invece che debba parlarsi di mere “incursioni”, nel sistema istituzionale dell'Unione, consentite ai parlamenti nazionali L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in questa *Rivista*, 2009, p. 43 ss., in specie p. 52.

Si riteneva che questo coinvolgimento dei parlamenti nazionali nel processo normativo e decisionale comunitario, oltre a rispondere alle esigenze fortemente avvertite di maggiore democrazia e trasparenza, fosse idoneo ad assicurare il non ampliamento delle competenze delle istituzioni comunitarie a scapito degli Stati membri e, per questi, degli organi decisionali all'interno degli ordinamenti statali.

Per quanto attiene al controllo *ex post* del rispetto del principio di sussidiarietà, riservato alla CGCE in sede contenziosa, va rilevato che la dottrina non ha mai posto in dubbio che tale controllo potesse essere effettuato in sede di ricorso per annullamento. Qualche dubbio si registra, invece, per il ricorso in carenza<sup>33</sup>.

Peraltro la giurisprudenza comunitaria in materia appare alquanto deludente, quanto meno nel senso che non ha mai accolto un ricorso per esclusiva violazione del principio di sussidiarietà.

La prima sentenza si limita a ricordare che prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht il principio di sussidiarietà non costituiva un principio generale di diritto comunitario idoneo a contestare la legittimità degli atti comunitari<sup>34</sup>. Poi la CGCE ha escluso che la sussidiarietà possa determinare un limite all'esercizio di diritti individuali, quale quello della libera circolazione<sup>35</sup>. In numerosi altri casi ha ritenuto che il rispetto del principio sarebbe emerso implicitamente dalle motivazioni dell'atto<sup>36</sup>.

Il Trattato di Lisbona prende una netta posizione contro l'assunzione incontrollata di competenze da parte dell'Unione. Ne è chiaro esempio la Dichiarazione n. 24 relativa alla personalità giuridica dell'Unione, che reca l'importante precisazione secondo cui "il fatto che l'Unione abbia personalità giuridica non autorizzerà in alcun modo l'Unione a legiferare o ad agire al di là delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri". A ciò si aggiunga che è ora esplicita-

<sup>33</sup> Per l'opinione secondo cui il mancato rispetto del principio di sussidiarietà costituirebbe motivo di ricorso in carenza nella sola ipotesi in cui l'istituzione comunitaria, invocando il medesimo principio, si astenesse dall'intervenire in materia di competenza esclusiva v. C. CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 68 ss. Per l'opinione, contraria e meno risalente, che tiene conto degli obblighi imposti alla Commissione dal Protocollo n. 30 allegato al TCE dal Trattato di Amsterdam, e della loro possibile violazione, v. P. DE PASQUALE, *Art. 5 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 200 ss., in specie p. 208.

<sup>34</sup> Tribunale di primo grado (TPI), sentenza del 21 febbraio 1995, causa T-29/92, *SPO e altri c. Commissione*, *Raccolta*, p. II-289, punti 330-331.

<sup>35</sup> CGCE, sentenza del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football e altri c. Bosman e altri*, *Raccolta*, p. I-4921 (punto 81).

<sup>36</sup> V., in particolare, CGCE, sentenze del: 13 marzo 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2405, punti 26-28; 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, *ivi*, punti 179-185; 12 luglio 2005, cause riunite C-154 e 155/04, *Alliance for Natural Health e altri*, *ivi*, p. I-6451, punti 105-108. V. anche TPI, sentenze del: 23 ottobre 2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods c. Commissione*, *ivi*, p. II-4653, punti 197-199; 12 luglio 2006, causa T-253/02, *Ayadi c. Consiglio*, *ivi*, p. II-2139, punti 107-112; 27 settembre 2006, causa T-168/01, *GlaxoSmithKline Services c. Commissione*, *ivi*, p. II-2969, punti 201-202; 23 settembre 2009, causa T-263/07, *Estonia c. Commissione*, punti 51-52 ([curia.europa.eu](http://curia.europa.eu), reperibili *on line*).

mente prevista la possibilità che le competenze attribuite all'Unione possano essere restituite agli Stati membri, quando l'Unione non le abbia esercitate o su richiesta del Consiglio stesso.

In effetti per quasi cinquant'anni l'integrazione europea ha registrato un ampliamento degli scopi istituzionali attribuiti prima alla Comunità e poi all'Unione europea. Si è passati così dalla creazione del mercato unico ad una unione politica semipiena, scambiata talvolta per uno Stato federale e talaltra per un ampliamento di competenze consequenzialmente necessario al funzionalismo.

Il Trattato di Lisbona, dovendo adeguare i processi decisionali alla realtà di 27 Stati membri e pur confermando il trasferimento all'Unione di numerose competenze in materie diverse da quelle strettamente economiche e monetarie, contempla basi giuridiche rafforzate in materia di energia, sanità, protezione civile e cambiamenti climatici, estende le ipotesi di voto a maggioranza qualificata in seno al Consiglio, estende in principio il voto a maggioranza qualificata anche alle materie dello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (titolo IV TFUE)<sup>37</sup>. In altre materie – soprattutto la politica estera e di difesa – ancora si decide all'unanimità, ma apposite "passerelle" consentono l'adozione da parte del Consiglio (con voto unanime) di procedure di decisione a maggioranza. Il richiamo della Carta dei diritti tra i valori di riferimento nel nuovo Trattato sull'Unione consolida i poteri della Corte di giustizia in queste materie.

È lecito dunque ritenere che si sia voluto bilanciare le esigenze istituzionali con quelle relative alla delimitazione delle competenze dell'Unione. Ciò sembra trovare conferma nell'accresciuto ruolo del Parlamento europeo derivante dall'ampliamento delle ipotesi di applicazione della procedura di codecisione, ora denominata, con lievi modifiche, "procedura legislativa ordinaria".

**3. Il contributo delle assemblee rappresentative degli Stati membri al "buon funzionamento dell'Unione"** si estrinseca in primo luogo nella vigilanza sul rispetto del principio di sussidiarietà, in conformità alle procedure previste dal relativo Protocollo<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Sul titolo IV TFUE v. G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in questa *Rivista*, 2007, p. 335 ss.

<sup>38</sup> Il Protocollo n. 2, Sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, può leggersi in *GUUE* C 115, 9 maggio 2008. Sul ruolo dei parlamenti nazionali v., oltre la dottrina sin qui citata, M. DI FILIPPO, *La fase ascendente del processo decisionale dell'Unione europea e il ruolo dei parlamenti nazionali*, in questa *Rivista*, 2007, p. 543 ss.; C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1, p. 23 ss.; P. KIIVER, *The Treaty of Lisbon, The National Parliaments and The Principle of Subsidiarity*, in *Maastricht JECL*, 2008, p. 77 ss.; A. MANZELLA, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nella vita dell'Unione*, in S. MICOSSI, G. L. TOSATO (a cura di), *L'Unione Europea nel XXI secolo. "Nel dubbio, per l'Europa"*, Bologna, 2008, p. 333 ss.; J. MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La nueva regulación del régimen del competencias en el Tratado de Lisboa: especial referencia al control del principio de subsidiariedad*, in J. MARTIN Y PÉREZ DE NANCLARES (cur.), *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional*, Madrid, 2008, p. 273 ss.; M. J. CERVELL HORTAL, *Parlamentos nacionales*

Questo Protocollo fa carico alla Commissione, al Parlamento europeo ed al Consiglio di trasmettere taluni atti, redatti nelle lingue ufficiali dell'Unione, ai parlamenti nazionali, e precisamente alla Commissione di trasmettere i progetti di atti legislativi e i progetti modificati ai parlamenti nazionali nello stesso momento in cui li trasmette al legislatore dell'Unione; al Parlamento europeo di trasmettere i suoi progetti di atti legislativi e i progetti modificati, nonché – non appena adottate – le risoluzioni legislative; al Consiglio di trasmettere i progetti di atti legislativi presentati da un gruppo di Stati membri, dalla Corte di giustizia, dalla Banca centrale europea o dalla Banca europea per gli investimenti, e i progetti modificati, nonché – non appena adottate – le posizioni.

I progetti di atti legislativi (ovvero la proposta della Commissione, l'iniziativa di un gruppo di Stati membri, l'iniziativa del Parlamento europeo, la richiesta della Corte di giustizia, la raccomandazione della Banca centrale europea e la richiesta della Banca europea per gli investimenti, intese all'adozione di un atto legislativo) devono essere motivati con riguardo ai principi di sussidiarietà e di proporzionalità e dovrebbero (*sic!*) essere accompagnati da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. In particolare, dai documenti trasmessi dovranno (*dovrebbero?*) emergere le ragioni che hanno portato a concludere che un obiettivo dell'Unione può essere conseguito meglio a livello di quest'ultima sono confortate da indicatori qualitativi e, ove possibile, quantitativi.

I parlamenti nazionali, o ciascuna camera di essi, dopo aver eventualmente consultato i parlamenti o assemblee regionali dotati di poteri legislativi, entro otto settimane – quindi due settimane in più di quanto previsto dal Trattato di Roma del 2004 – dalla trasmissione del progetto di atto legislativo, possono instaurare una procedura di preallarme (“*early warning*”) e cioè inviare ai Presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, un parere motivato indicante le ragioni per le quali ritiene che il progetto non sia conforme al principio di sussidiarietà.

È appena il caso di evidenziare che questo termine ben può essere utilizzato dal parlamento nazionale per formulare in merito indicazioni al proprio Governo.

Tali pareri vengono trasmessi dal Presidente del Consiglio all'istituzione, all'organo o al gruppo di Stati autore dell'iniziativa del progetto dell'atto legislativo in questione.

Di tali pareri motivati le istituzioni comunitarie ne terranno conto. Devono tenerne conto, riesaminando il progetto quando – attribuiti dal Protocollo due voti a ciascun Parlamento nazionale, uno a ciascuna camera nei sistema statali parlamentari bicamerali – i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di

---

*y ciudadanía en el funcionamiento institucional de la Unión*, *ivi*, p. 251 ss.; M. PÉREZ GONZALES, *La incidencia del principio de subsidiariedad en las regiones*, *ivi*, p. 295 ss.; M. LE BARBIER-LE BRIS, *Le nouveau rôle des parlements nationaux: avancée démocratique ou surtout étatiste?*, in *RMCUE*, 2008, p. 494 ss.; A. MET-DOMESTICI, *Les parlements nationaux et le contrôle du respect du principe de subsidiarité*, *ivi*, 2009, p. 88 ss.; L. A. J. SENDEN, T. A. J. A. VANDAMME, *Het Verdrag van Lissabon en het Europese mandaat van nationale parlementen*, in *Sociaal-economische wetgeving*, 2009, p. 21 ss.

sussidiarietà rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali oppure almeno un quarto per i progetti presentati sulla base dell'art. 76 TFUE riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

L'autore dell'iniziativa del progetto dell'atto legislativo, al termine del riesame, può adottare una decisione motivata con cui mantiene il progetto, lo modifica o lo ritira.

Inoltre, secondo la procedura legislativa ordinaria, qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino almeno la maggioranza semplice dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali la proposta è riesaminata.

Al termine di tale riesame, la Commissione può decidere di mantenere la proposta, di modificarla o di ritirarla.

Qualora scelga di mantenerla, la Commissione spiega, in un parere motivato, perché ritiene la proposta conforme al principio di sussidiarietà.

Tale parere motivato e i pareri motivati dei parlamenti nazionali sono sottoposti al legislatore dell'Unione affinché ne tenga conto nella procedura: prima della conclusione della prima lettura, il legislatore esamina la compatibilità della proposta legislativa con il principio di sussidiarietà, tenendo particolarmente conto delle ragioni espresse e condivise dalla maggioranza dei parlamenti nazionali, nonché del parere motivato della Commissione. Se, a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa non forma oggetto di ulteriore esame.

Questa disposizione, recata dall'art. 7, par. 3 del Protocollo n. 2 al TFUE, costituisce una assoluta novità rispetto alle previsioni del Trattato di Roma del 2004.

Per quanto attiene il controllo *ex post*, la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi sui ricorsi per violazione, mediante un atto legislativo, del principio di sussidiarietà proposti secondo le modalità previste all'art. 263 TFUE da uno Stato membro, o trasmessi da quest'ultimo in conformità con il rispettivo ordinamento giuridico interno a nome del suo parlamento nazionale o di una camera di detto parlamento. Tali ricorsi possono essere proposti anche dal Comitato delle regioni avverso atti legislativi per l'adozione dei quali il trattato sul funzionamento dell'Unione europea richiede la sua consultazione.

L'aver abilitato i parlamenti nazionali, sia pure indirettamente, a ricorrere dinanzi la CGCE in ordine alla violazione del principio di sussidiarietà ad opera di istituzioni comunitarie, costituisce la previsione in loro favore di uno strumento di difesa delle loro prerogative, in quanto i parlamenti nazionali sono in definitiva, con le regioni e analoghi enti locali, le entità statali che hanno subito la sottrazione di ampie materie alla propria competenza, e costituisce al contempo una ulteriore difesa dello Stato membro contro l'indebito ampliamento di competenze e potestà da parte dell'Unione europea.

Infine va evidenziato che la Commissione è tenuta a presentare al Consiglio europeo, al Parlamento europeo, al Consiglio e ai parlamenti nazionali, una relazione annuale circa l'applicazione dell'art. 5 TUE. Questa relazione deve anche essere inviata al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni.

4. Il Protocollo n. 1 sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea esclude – salvo casi di urgenza debitamente motivati – che nelle otto settimane intercorrenti tra la data di notifica ai parlamenti nazionali di un progetto di atto legislativo, questo possa essere iscritto all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio ai fini della sua adozione o dell'adozione di una posizione nel quadro di una procedura legislativa. Salvo in casi urgenti debitamente motivati, nel corso di queste otto settimane non può essere constatato alcun accordo riguardante il progetto di atto legislativo. Inoltre va rilevato che, salvo nei casi urgenti debitamente motivati, tra l'iscrizione di un progetto di atto legislativo all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio e l'adozione di una posizione devono trascorrere dieci giorni (art. 4).

Il potenziamento della completezza e della tempestività dell'informativa costituiscono il solo motivo di novità introdotto su questo aspetto dal Trattato di Lisbona. Nulla viene indicato in ordine all'uso del periodo di otto settimane da parte di un parlamento nazionale. Ciò non può suscitare alcuno stupore in quanto il Protocollo preliminarmente precisa che il modo in cui i parlamenti nazionali effettuano il controllo sui rispettivi governi relativamente alle attività dell'Unione europea è una questione disciplinata dall'ordinamento e dalla prassi costituzionali propri di ciascuno Stato membro. La precisazione appare opportuna in quanto la libertà del parlamento nazionale di usare o non usare le facoltà attribuitegli dal diritto dell'Unione costituisce di per sé, se non una garanzia di democrazia, quanto meno la garanzia di legittimazione dell'azione comunitaria.

Va rilevato che la Commissione europea, dopo una decisione in tal senso del Consiglio europeo del giugno 2006, aveva deciso di anticipare alcuni aspetti della nuova disciplina e ha cominciato a trasmettere direttamente ai parlamenti nazionali le proprie iniziative normative, oltre ai documenti di consultazione, chiedendo loro di esprimere osservazioni e pareri.

Camera e Senato non hanno, sinora, elaborato una procedura autonoma e si sono limitati a trasmettere alla Commissione europea le deliberazioni delle Commissioni permanenti sui progetti di atti dell'Unione europea indirizzate al Governo, rese nell'ambito dell'ordinaria procedura prevista per l'esame in fase ascendente<sup>39</sup>. Nei pareri resi dalla 14a Commissione del Senato si sta consolidando tuttavia, a partire dalla XV legislatura, la prassi di dedicare una parte della motivazione all'analisi del rispetto del principio di sussidiarietà.

Molti altri parlamenti nazionali hanno provveduto a costruire procedure autonome: alcuni affidando questa funzione esclusivamente alle Commissioni per gli affari europei (Francia e Irlanda); altri prevedendo il coinvolgimento delle Commissioni di merito, o addirittura investendo, nei casi più rilevanti, le stesse Assemblee (è quel che avviene nel *Bundesrat* tedesco e presso le due Camere olandesi, che hanno affidato tuttavia il potere istruttorio ad un'apposita Commissione bicamerale). Senza dire che la Danimarca annovera da tempo nel proprio ordinamento l'istituto della riserva di esame parlamentare, che impedi-

<sup>39</sup> Cfr. art. 144 Reg. Senato e art. 127 Reg. Camera.

sce al Governo di assumere posizioni contrastanti con quelle espresse dal Parlamento danese.

La legge n. 11 del 2005 ha introdotto nel nostro ordinamento la riserva di legge parlamentare, che può essere attivata da una delle Camere o dal Governo, su ogni progetto o atto dell'Unione per cui vige l'obbligo di trasmissione alle Camere da parte del Governo. Quando la richiesta proviene da una Camera e si sia iniziato l'esame dei documenti in questione, il Governo deve apporre in sede di Consiglio la riserva di esame parlamentare e può procedere solo al termine dell'esame parlamentare o dopo venti giorni, anche senza la pronuncia parlamentare.

Con gli opportuni adattamenti<sup>40</sup>, questa procedura potrebbe essere utilizzata per dare corpo, nell'ordinamento italiano, al nuovo ruolo che il Trattato di Lisbona ha delineato per i parlamenti nazionali.

L'opportunità, se non la necessità, di regolare la materia anche in Italia appare ormai ineludibile<sup>41</sup>: si dovranno, tra l'altro, disciplinare le modalità con cui ciascuna Camera possa chiedere al Governo di ricorrere alla Corte di giustizia (ai sensi dell'art. 8 del Protocollo sulla sussidiarietà). Dovranno prevedersi poi forme per attivare gli altri strumenti che i nuovi Trattati mettono a disposizione dei parlamenti nazionali.

A tutt'oggi però non si registrano iniziative per la necessaria modifica dei regolamenti parlamentari italiani né innovazioni di qualsivoglia genere in ordine alla influenza che, in questa materia, il Parlamento italiano è chiamato ad esercitare sul Governo. Anzi va registrata la singolare situazione per cui uno degli argomenti del dibattito parlamentare attuale sembra essere quello del rafforzamento del ruolo del Governo nel Parlamento<sup>42</sup>, oltre ovviamente al federalismo interno allo Stato italiano.

È appena il caso di evidenziare l'estrema probabilità che, soprattutto in ordine al rispetto del principio di sussidiarietà, il difetto di una procedura *ad hoc* sia di ostacolo al Parlamento italiano per esprimersi in tempo utile (di fatto, meno di otto settimane), nonostante la previsione secondo cui le competenti Commissioni parlamentari devono garantire il "tempestivo esame" dei documenti in questione.

---

<sup>40</sup> Ci si riferisce, ovviamente, agli adattamenti resi necessari dalle disposizioni recate dal Trattato di Lisbona, fra i quali – in particolare – il superamento della mediazione governativa dell'informazione parlamentare. Cfr., G. BRENNIA, S. STABILE, A. TROTTA, M. DE VITA, F. TUFARELLI, *Commento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in G. CARPANI, T. GROPPI, M. OLIVETTI, A. SINISCALCHI (a cura di), *Le Regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Bologna, 2007, p. 219 ss.

<sup>41</sup> Cfr. L. GIANNITI, R. MASTROIANNI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Bologna, 2008, p. 161 s.

<sup>42</sup> Cfr. N. LUPO, *La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino*, p. 1 ss., in specie p. 9 ss. ([www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), reperibile *on line*); C. FASONE, *Il ruolo dei parlamenti nazionali dell'Unione europea e il loro inserimento nel processo decisionale comunitario*, *ivi*.

5. Le disposizioni riguardanti il ruolo dei parlamenti nazionali in tema di libertà, sicurezza e giustizia ricalcano sostanzialmente quelle relative al controllo del rispetto del principio di sussidiarietà.

L'art. 69 TFUE ribadisce, anche per le questioni di sicurezza, pace e giustizia (titolo V TFUE), il potere dei parlamenti nazionali di vigilanza sulla sussidiarietà, conformemente al relativo Protocollo, per le proposte e le iniziative legislative presentate nel quadro dei capi 4 (Cooperazione giudiziaria in materia penale) e 5 (Cooperazione di polizia). Giova rammentare che questo Protocollo fissa nel quarto dei pareri contrari dei parlamenti nazionali per il blocco della proposta della Commissione.

Va evidenziato che restano esclusi dal campo di applicazione della disposizione le proposte e le iniziative legislative presentate nel quadro dei capi 2 (Politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione) e 3 (Cooperazione giudiziaria in materia civile). In questa sede va ricordato che l'art. 81, par. 3 TFUE – unico articolo dedicato alla cooperazione giudiziaria in materia civile e costituente il capo 3 – in ordine alle misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali prevede che il Consiglio, su proposta della Commissione, può adottare decisioni che possono avere implicazioni che potrebbero formare oggetto di atti adottati con la procedura legislativa ordinaria. La decisione non è adottata se, entro sei mesi dalla informazione della proposta della Commissione ai parlamenti nazionali, almeno uno di questi comunica la sua opposizione<sup>43</sup>.

Viene poi in rilievo l'art. 70 TFUE, il quale fissa l'obbligo di informazione al Parlamento europeo ed ai parlamenti nazionali dei contenuti e dei risultati della valutazione sull'attuazione, da parte delle autorità degli Stati membri, delle politiche dell'Unione in materia di libertà, sicurezza e giustizia.

L'art. 71 TFUE prescrive che Parlamento europeo e parlamenti nazionali sono tenuti informati sull'andamento dei lavori del comitato permanente che si occupa di promuovere e rafforzare la cooperazione in materia di sicurezza interna, istituito in seno al Consiglio dell'Unione.

Il contributo dei parlamenti nazionali al “buon funzionamento dell'Unione” in ordine allo spazio di libertà sicurezza e giustizia si estrinseca anche nell'associazione al Parlamento europeo per il controllo politico di Europol (art. 88 TFUE) e nella valutazione delle attività di Eurojust (art. 85 TFUE).

Il controllo politico e la valutazione delle attività di queste strutture, svolte in autonomia dai rispettivi governi, attribuiscono funzioni inedite ai parlamenti nazionali, anche perché si estendono anche a questioni che non hanno una portata esclusivamente nazionale.

In materia di sicurezza, pace e giustizia, dunque il controllo dei parlamenti nazionali non è solo preventivo sul rispetto del principio di sussidiarietà, ma anche successivo, in materie delicate e di rilievo, come quelle affidate ad

<sup>43</sup> V., *amplius*, G.-R. DE GROOT, J.-J. KUIPERS, *The New Provisions on Private International Law in the Treaty of Lisbon*, in *Maastricht JECL*, 2008, p. 109 ss.

Europol ed Eurojust. È appena il caso di rilevare che queste delicate funzioni saranno svolte anche dai parlamenti nazionali secondo modalità che saranno fissate in appositi regolamenti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria. E poiché queste funzioni saranno svolte anche in associazione con il Parlamento europeo, sarà interessante verificare se i parlamenti nazionali, da un verso, e il Parlamento europeo dall'altro caratterizzeranno, differenziandola, la rispettiva attività in materia.

6. Il ruolo affidato ai parlamenti nazionali concerne la salvaguardia delle competenze degli Stati membri e si incentra anzitutto nella procedura di revisione dei Trattati.

L'art. 48 del TUE, nella versione modificata, per la revisione dei Trattati, delinea una procedura ordinaria e varie procedure semplificate.

La procedura ordinaria inizia con la sottoposizione del progetto di modifica dei Trattati all'attenzione del Consiglio. Il progetto di modifica, elaborato dal governo di uno Stato membro o dal Parlamento europeo o dalla Commissione, viene trasmesso dal Consiglio al Consiglio europeo e notificato ai parlamenti nazionali.

Il Consiglio europeo valuta il progetto e consulta il Parlamento europeo e la Commissione – ad anche la Banca centrale europea, in caso di modifiche istituzionali nel settore monetario –, e può quindi adottare a maggioranza semplice una decisione favorevole all'esame delle modifiche proposte.

In tal caso il presidente del Consiglio europeo convoca una convenzione composta da rappresentanti dei parlamenti nazionali, dei capi di Stato o di governo degli Stati membri, del Parlamento europeo e della Commissione.

La convenzione esamina i progetti di modifica e adotta per consenso una raccomandazione a una apposita conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri che ha il compito di stabilire di comune accordo le modifiche da apportare ai Trattati.

Le modifiche così approvate, consacrate in apposito trattato internazionale, entrano in vigore dopo essere state ratificate da tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

Considerata l'esperienza negativa concernente il Trattato che reca(va) la Costituzione europea, ed anche lo stesso Trattato di Lisbona, decisamente opportuna appare la previsione secondo cui, al termine di un periodo di due anni a decorrere dalla firma di un trattato che modifica i Trattati, se almeno i quattro quinti degli Stati membri abbiano ratificato detto trattato e uno o più Stati membri abbiano incontrato difficoltà nelle procedure di ratifica, la questione è deferita al Consiglio europeo.

Va rilevato che la procedura di revisione ordinaria prevede una possibile variante, qualora l'entità delle modifiche non lo giustifichi a giudizio del Consiglio europeo. In tal caso il Consiglio europeo può decidere a maggioranza semplice, previa approvazione del Parlamento europeo, di non convocare la predetta convenzione di definire invece il mandato per una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri.

Il Trattato di Lisbona, dunque, nell'ambito della procedura ordinaria di revisione, riserva ai parlamenti nazionali un ruolo eventuale, anche se non marginale, solo nell'ipotesi che – a giudizio del Consiglio europeo – le modifiche proposte siano di entità tale da giustificare il coinvolgimento degli stessi parlamenti nazionali.

È il caso di evidenziare che l'art. 48, par. 2 TUE precisa che i progetti di modifica possono, tra l'altro, essere intesi ad accrescere o a ridurre le competenze attribuite all'Unione nei trattati. È il caso di evidenziare pure che anche in caso di progetto di modifica di tali competenze, la decisione relativa al coinvolgimento dei parlamenti nazionali è rimessa integralmente alla discrezionalità del Consiglio europeo.

Il ricorso alle procedure di revisione semplificate è previsto innanzitutto allorché il progetto di modifica, elaborato dal governo di uno Stato membro o dal Parlamento europeo o dalla Commissione e sottoposto all'attenzione del Consiglio europeo, concerni le disposizioni della parte terza del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relative alle politiche e azioni interne dell'Unione (art. 48, par. 6 TUE).

Il Consiglio europeo – deliberando all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione e, in caso di modifiche istituzionali nel settore monetario, della Banca centrale europea – può adottare una decisione che modifica la parte terza del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e che non può estendere le competenze attribuite all'Unione nei Trattati. Tale decisione entra in vigore solo previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali.

Il ricorso alla seconda, diversa procedura di revisione semplificata è previsto (art. 48, par. 7, 1° comma TUE) in ordine alla modifica di disposizioni del TFUE o del titolo V TUE secondo cui il Consiglio delibera all'unanimità in un settore o in un caso determinato, il Consiglio europeo può adottare una decisione che consente al Consiglio di deliberare a maggioranza qualificata in detto settore o caso, con esclusione delle decisioni che hanno implicazioni militari o che rientrano nel settore difesa.

Il ricorso alla terza procedura di revisione semplificata è previsto (art. 48, par. 7, 2° comma TUE) in ordine alla modifica di disposizioni del solo TFUE che prevedono che il Consiglio adotti atti legislativi secondo una procedura legislativa speciale, il Consiglio europeo può adottare una decisione che consenta al Consiglio di adottare tali atti secondo la procedura legislativa ordinaria.

Ogni iniziativa del Consiglio europeo presa in base al 1° o al 2° comma dell'art. 48, par. 7 TUE è notificata ai parlamenti nazionali che, entro sei mesi dalla notifica, possono opporsi. In caso di opposizione anche di un solo parlamento nazionale, la decisione del Consiglio europeo non è adottata. Altrimenti, il Consiglio europeo può adottarla deliberando all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono.

Può quindi affermarsi che il Trattato di Lisbona ha individuato alcune parti dei Trattati che è possibile modificare, senza ricorrere alla articolata procedura

che passa per la conferenza intergovernativa, coinvolgendo i parlamenti nazionali ed attribuendo a ciascuno di essi un potere di veto in ordine alla decisione del Consiglio europeo.

7. La scelta di ospitare nel Titolo sui principi democratici un articolo sul ruolo dei parlamenti nazionali denota la consapevolezza dello stretto legame fra democratizzazione ed efficienza delle procedure decisionale europee. Gli stessi inevitabili aggravii procedurali imposti da un tale coinvolgimento sono stati avvertiti come meno importanti dell'esigenza del consenso preventivo alla legislazione dell'Unione delle assemblee rappresentative degli Stati membri, sulla premessa di un loro ruolo infungibile rispetto al Parlamento Europeo, e soprattutto ai governi nazionali riuniti in Consiglio dei ministri.

L'interazione fra parlamenti nazionali e Unione europea non si esaurisce più nella mera funzione di controllo sull'operato dei singoli governi, ma concorre a garantire la legittimità dell'Unione stessa<sup>44</sup>. I parlamenti nazionali, pur non rientrando formalmente nell'architettura istituzionale dell'Unione, sono divenuti interlocutori diretti delle istituzioni di quest'ultima. Va peraltro evidenziato che il ruolo assegnato ai parlamenti nazionali nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione era già sostanzialmente previsto dal Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, rispetto al quale le innovazioni apportate dal Trattato di Lisbona non appaiono fondamentali.

L'esame sin qui svolto sul Trattato di Lisbona mostra, a nostro parere, che il *deficit* democratico non è stato colmato, anche se deve riconoscersi lo sforzo effettuato in tal senso e sotteso alle innovazioni introdotte dal medesimo Trattato<sup>45</sup>. Il Parlamento europeo partecipa più che in passato all'elaborazione degli atti normativi, ma l'equilibrio istituzionale – in cui la Commissione appare indebolita, soprattutto nei suoi compiti<sup>46</sup> – resta pur sempre favorevole al Consiglio. Ma chi ha mai sostenuto che non dovrebbe esserlo? Forse qualche *neocom*?

## Abstract

### The New Role of National Parliaments in the European Union

The Treaty of Lisbon, in the process of European integration, constitutes an important step in the involvement of national parliaments in European Union affairs. A new general article of declaratory value has been inserted in Article 12 of the Treaty on

---

<sup>44</sup> Cfr. C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei Parlamenti*, cit., p. 84 e p. 86; Id., *Convenzione europea e Parlamenti nazionali, quale ruolo?*, in RIDPC, 2003, p. 551 ss.; S. MICOSI, *Un nuovo equilibrio destinato a durare*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove*, cit., p. 451 ss.

<sup>45</sup> Cfr. E. TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2010, p. 9 ss., in specie p. 29 ss., il quale rileva che il nuovo ruolo riconosciuto ai parlamenti nazionali non si colloca in una visione integrazionista del fenomeno comunitario, bensì in quella interstatuale.

<sup>46</sup> V., in particolare, E. TRIGGIANI, *Gli equilibri*, cit., p. 29.

European Union, stating that “national parliaments contribute actively to the good functioning of the Union”, but there are other new rules in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality and in the Protocol on the role of national parliaments. This paper analyses how the Treaty of Lisbon shapes the new role of national parliaments in the European Union. We will have to check how these new provisions concerning national parliaments will be applied.

# La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze\*

SOMMARIO: 1. Il riordino delle competenze nel Trattato di Lisbona: considerazioni introduttive. – 2. I principi fondamentali del sistema delle competenze. – 3. Le categorie di competenze: a) le competenze esclusive. – 4. *Segue*: b) le competenze concorrenti. – 5. *Segue*: azioni di sostegno, coordinamento e complemento. – 6. I principi di sussidiarietà e di proporzionalità. – 7. *Segue*: ambito di applicazione del principio di sussidiarietà. – 8. Il Protocollo di Lisbona sull'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà. – 9. *Segue*: rafforzamento del controllo *ex ante*: effetti sul controllo *ex post*. – 10. Considerazioni conclusive.

1. Fin dal Consiglio di Nizza del 2000 e dalla successiva Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001 viene messa in primo piano l'esigenza di "individuare le modalità per stabilire e mantenere una più precisa delimitazione delle competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri e che rispetti il principio della sussidiarietà". La Dichiarazione di Laeken, in particolare, pone al centro tre questioni fondamentali: a) come rendere trasparente la ripartizione delle competenze; b) valutare la necessità di procedere al riordino delle competenze e c) come assicurare che un riordino delle competenze non si traduca in un "ampliamento strisciante" delle competenze dell'Unione oppure in un'interferenza in settori di competenza esclusiva degli Stati membri, vigilando al contempo che la dinamica europea non subisca una battuta d'arresto<sup>1</sup>. Strettamente

\* Il presente contributo riproduce con i dovuti aggiornamenti i contenuti della relazione presentata al Convegno "Il Trattato di Lisbona e le Regioni: il controllo di sussidiarietà", organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli Studi di Trento, dall'EURAC Research e dall'Institut für Föderalismus di Innsbruck (Trento, 16-17 Aprile 2009).

<sup>1</sup> La Dichiarazione di Laeken del 14-15 dicembre 2001 intende esprimere la volontà di porre un freno ad un fenomeno di ampliamento delle competenze comunitarie. In dottrina sul punto, vedi, V. MICHEL, 2004: *Le défi de la répartition des compétences*, in CDE, 2003, p. 17 ss.; R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 131 ss., spec. p. 134.

connesso con questi aspetti è l'interrogativo, che diventa centrale nel presente contributo, se il riordino delle competenze e soprattutto una chiara individuazione delle categorie di competenze possano contribuire ad una applicazione più rigorosa del principio di sussidiarietà.

I nodi problematici appena ricordati sono stati affrontati dalla Convenzione sul futuro dell'Unione<sup>2</sup> e dalle Conferenze intergovernative del 2003 e del 2007 che hanno portato rispettivamente alla firma del Trattato costituzionale nel 2004 e del Trattato di Lisbona nel 2007<sup>3</sup>.

Il Trattato di Lisbona<sup>4</sup> conferma in tema di competenze l'impostazione e le scelte già adottate con il Trattato costituzionale del 2004, con qualche variazione non priva di rilievo. Sotto il profilo sistematico, le disposizioni sulle competenze sono collocate nei due Trattati: le disposizioni relative ai principi fondamentali che governano le competenze sono inserite nel Trattato UE (art. 5), nel Trattato sul funzionamento dell'Unione sono invece collocate le norme relative alle categorie e ai settori riconosciuti all'Unione (articoli 2-6) e la disposizione relativa alla clausola di flessibilità (art. 352). Come è stato sostenuto in dottrina, la scelta di separare le disposizioni sulle competenze, tipiche clausole di natura costituzionale in un sistema federale<sup>5</sup>, vanifica qualsiasi tentativo di istituire una gerarchia tra i due Trattati (TUE e TFUE)<sup>6</sup>.

2. L'art. 5 TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona, ribadisce i principi fondamentali che regolano il sistema delle competenze: i principi di attribuzione delle competenze, di sussidiarietà e di proporzionalità. Valgono a completare il quadro la clausola di flessibilità e il principio di leale cooperazione, collocandosi sullo sfondo, il principio del primato, che nel Trattato di Lisbona non è stato consacrato in una norma vincolante, come aveva proposto il Trattato costituzionale, ma risulta confermato nella Dichiarazione n. 17 allegata all'Atto finale della CIG 2007<sup>7</sup>, quasi a sottolinearne il carattere ormai indiscusso.

Il principio di attribuzione delle competenze è fortemente enfatizzato nel Trattato di riforma. Esso è infatti espresso non solo nella disposizione generale

<sup>2</sup> Nei lavori della Convenzione questi temi sono stati oggetto di studio sia del Gruppo I-Sussidiarietà sia del Gruppo V-Competenze complementari. Vedi i documenti in A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Bologna, 2004.

<sup>3</sup> Sulle vicende che hanno portato all'elaborazione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, una volta abbandonato il Trattato costituzionale del 29 ottobre 2004 per l'impossibilità di raggiungere le ratifiche, vedi, per tutti, J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

<sup>4</sup> Per la versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, v. *GUUE* C 83, 30 marzo 2010, p. 13 ss.

<sup>5</sup> P. BILANCIA, *La ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 99 ss.

<sup>6</sup> J. ZILLER, *Il nuovo Trattato Europeo: un viaggio a Lilliput?*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 489 ss., spec. p. 493. Nel senso di prospettare una gerarchia tra i due Trattati, G. L. TOSATO, *L'architettura del nuovo Trattato*, *ivi*, p. 47, spec. p. 52 ss.

<sup>7</sup> Sulla portata della Dichiarazione, vedi, J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., pp. 139-142.

sulle competenze ma è richiamato in maniera quasi ossessiva in altre disposizioni del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea<sup>8</sup>.

La formulazione del principio varia rispetto al sistema previgente. In base all'art. 5 TUE “in virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti”: l'accento viene posto quindi sugli Stati che conferiscono le competenze all'Unione<sup>9</sup>. Il Trattato si preoccupa di precisare più volte la clausola residuale secondo la quale “qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei Trattati appartiene agli Stati membri”; essa è contenuta non solo nell'art. 5 TUE ma è ribadita anche nell'art. 4 TUE, che consacra il principio di autonomia degli Stati insieme al principio di leale cooperazione<sup>10</sup>.

Il principio di attribuzione delle competenze è reso “elastico” grazie all'operare della clausola di flessibilità (art. 352 TFUE), il cui ambito di applicazione viene esteso rispetto al meccanismo disciplinato dall'art. 308 TCE<sup>11</sup>. La clausola, infatti, in base alla nuova formulazione contenuta nell'art. 352 TFUE, riguarda tutte le politiche dell'Unione (e quindi anche il settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale), ad esclusione degli obiettivi

---

<sup>8</sup> Vedi, tra gli altri, articoli 1, 4 e 5 TUE e 7 TFUE. Nel senso di individuare nel Trattato “una vera litania di riaffermazioni pleonastiche”, vedi J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 102. Secondo l'autore questo assillo esprimerebbe il sintomo di una sfiducia assai inquietante nei riguardi dell'Unione e delle sue istituzioni. Ancora sull'insistente ripetizione del principio, F. PIZZETTI, G. TIBERI, *Le competenze dell'Unione e il principio di sussidiarietà*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *op. cit.*, p. 133 ss., spec. p. 144.

<sup>9</sup> Sotto questo profilo appare coerente e non dovrebbe sorprendere la posizione espressa dal giudice costituzionale tedesco, il quale si preoccupa di riempire lo spazio che è proprio degli Stati per delimitare i limiti delle competenze dell'Unione, sentenza del 30 giugno 2009 (BVerfG, 2 BvE 2/08) sulla ratifica del Trattato di Lisbona da parte della Germania (nella versione inglese, consultabile *on line* all'indirizzo [www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)). I commenti della sentenza sono ormai numerosi, tra i tanti, U. DRAETTA, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2009, p. 719 ss.; L. S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *RDI*, 2009, p. 993 ss.; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europa-rechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del trattato di Lisbona*, in *RIDPC*, 2009, p. 973 ss.; *The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives*, in A. FISCHER-LESCANO, C. JOERGES, A. WONKA (eds.), *Zentrum für Europäische Rechtspolitik*, Universität Bremen, Discussion Paper 1/2010, reperibile *on line* all'indirizzo [www.mpifg.de](http://www.mpifg.de); *Comments on the German Constitutional Court's Decision on the Lisbon Treaty*, in *EuConst*, 2009; *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case*, in *GLJ*, 2009, pp. 1169-1354.

<sup>10</sup> Sul principio e sul rapporto con il principio delle competenze, O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo. La cooperazione pluridirezionale*, Bologna, 2008, spec. p. 10, nota 38, p. 106 e p. 246.

<sup>11</sup> Sulla clausola di flessibilità nel sistema antecedente, V. CONSTANTINESCO, *Les compétences et le principe de subsidiarité*, in *RTDE*, 2005, p. 305 ss. Sulla norma introdotta dal Trattato di Lisbona, vedi, anche le Dichiarazioni nn. 41 e 42 relative all'art. 352 TFUE.

riguardanti la politica estera e di sicurezza comune per espressa previsione del Trattato (art. 352, par. 4 TFUE). Le misure adottate sulla base della clausola di flessibilità non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative nei casi in cui i Trattati la escludono (art. 352, par. 3 TFUE), come ad esempio, nell'ambito delle azioni di sostegno e di completamento<sup>12</sup>. Sul piano procedurale, viene ripreso lo schema contenuto nell'art. 308 TCE, prevedendo un rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo: il Consiglio, su proposta della Commissione, all'unanimità e previa approvazione da parte del Parlamento europeo<sup>13</sup>, può adottare le disposizioni appropriate.

È importante sottolineare che l'utilizzo della clausola di flessibilità deve avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà. In base all'art. 352, par. 2 TFUE, "la Commissione, nel quadro della procedura di controllo del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 5 paragrafo 3 del Trattato sull'Unione europea richiama l'attenzione dei parlamenti nazionali sulle proposte fondate sul presente articolo". Questo riferimento è da intendersi nel senso che la sussidiarietà costituisce un limite all'esercizio delle competenze individuate – o meglio rese "elastiche" – in virtù della clausola di flessibilità<sup>14</sup>. Secondo una certa impostazione dottrina, questa sarebbe un'ipotesi nella quale la sussidiarietà non inciderebbe sul mero esercizio della competenza ma sull'allocazione di una competenza specifica<sup>15</sup>. Anche a non voler condividere completamente questa conclusione, è tuttavia innegabile che la nuova previsione, visto l'ambito di applicazione esteso a tutti i settori di intervento dell'Unione europea (esclusa la politica estera), lascia intravedere un "rischio di fuga", per quanto esso possa ritenersi contenuto dai vincoli procedurali (in particolare dalla regola dell'unanimità) e dal limite del rispetto dei Trattati<sup>16</sup>. Resta quindi irrisolta la questione

<sup>12</sup> Sulla categoria, vedi, *infra*, par. 5.

<sup>13</sup> Sulla procedura di approvazione, corrispondente alla procedura di parere conforme, vedi, tra gli altri, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, VI ed., p. 71. In alcuni casi, individua una procedura legislativa speciale (art. 289, par. 2 TFUE).

<sup>14</sup> F. SANDER, *Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a Substantial Step Towards EU Federalism?*, in *Columbia JEL*, 2006, p. 517, spec. p. 528.

<sup>15</sup> F. PIZZETTI, G. TIBERI, *op. cit.*, p. 154.

<sup>16</sup> La Corte costituzionale tedesca, nella citata sentenza del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona, riconosce questo pericolo di fuga, ammettendo che "the newly worded provision makes it possible to substantially amend Treaty foundations of the European Union without the mandatory participation of legislative bodies beyond the Member States' executive powers"; e quindi "with a view to the undermined nature of future cases of application of the flexibility clause, its use constitutionally requires ratification by the German *Bundestag* and the *Bundesrat* (...) the German representative in the Council may not declare the formal approval of a corresponding lawmaking proposal of the Commission on behalf of the Federal Republic Germany as long as these constitutionally required preconditions are not fulfilled" (par. 328). La "legge sull'esercizio delle responsabilità per l'integrazione delle Camere tedesche", adottata nel mese di settembre 2009 in attuazione della sentenza, stabilisce che il rappresentante tedesco nel Consiglio possa approvare misure fondate sull'art. 352 TFUE soltanto se autorizzato con legge costituzionale; in mancanza di questa il rappresentante deve esprimersi in senso contrario.

se la clausola sia in grado di assicurare l'equilibrio fra l'esigenza di flessibilità nella definizione delle competenze dell'Unione e la necessità di tutelare gli ambiti di competenze degli Stati membri<sup>17</sup>.

Il Trattato di Lisbona conferma i criteri di esercizio delle competenze, vale a dire i principi di sussidiarietà e di proporzionalità (art. 5 TUE). Parimenti, il principio generale di leale cooperazione è chiamato a regolare l'esercizio delle competenze sia da parte dell'Unione sia da parte degli Stati<sup>18</sup> riuscendo in qualche caso ad "ammorbidire" i limiti dell'attribuzione. Conviene evidenziare altresì che il principio di cooperazione può condizionare o modulare l'applicazione del principio di sussidiarietà, legandosi intimamente con quest'ultimo, come emerge chiaramente in sede di procedimentalizzazione del principio di sussidiarietà e segnatamente nel Protocollo relativo alla sua applicazione<sup>19</sup>. In questo senso, il principio di leale cooperazione può essere inteso come un principio di completamento del sistema delle competenze.

**3.** Il Trattato di Lisbona, accogliendo l'impianto già disegnato dal Trattato costituzionale, propone una puntuale distinzione dei tipi di competenze. L'art. 2 TFUE menziona le note categorie delle competenze esclusive e concorrenti e individua un'ulteriore tipologia di competenze ("sostegno, coordinamento e completamento"), stabilendo le caratteristiche riferibili ai diversi tipi.

In linea generale, si può osservare che l'individuazione delle competenze dell'Unione si fonda su criteri eterogenei, che tengono conto ora della dimensione materiale ora di quella funzionale. In base al metodo materiale la competenza è definita in rapporto ad un ambito preciso, in virtù del secondo criterio, invece, la competenza è individuata unicamente in relazione ad un obiettivo (l'esempio classico è rappresentato dall'art. 114 TFUE, concernente il ravvicinamento delle legislazioni)<sup>20</sup>.

Le competenze esclusive si caratterizzano per il fatto che soltanto "l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti" e che pertanto "gli Stati

---

<sup>17</sup> Nel senso di dare una risposta affermativa alla domanda, F. PIZZETTI, G. TIBERI, *op. cit.*

<sup>18</sup> Sulla lettura biunivoca del principio, vedi, O. PORCHIA, *op. cit.*, pp. 7, 15. Il riferimento al principio di cooperazione (inteso in senso biunivoco) combinato con il principio di autonomia viene utilizzato per giustificare il controllo da parte del giudice costituzionale nazionale degli atti dell'Unione europea *ultra vires* "if legal protection cannot be obtained at the Union level" (si esprime in questi termini la Corte costituzionale tedesca nella citata sentenza del 30 giugno 2009, par. 240). Nella recente sentenza *Mangold* (2 BvR 2661/06 del 6 luglio 2010), la Corte costituzionale tedesca ha ulteriormente precisato che il controllo degli atti *ultra vires* deve avvenire nel rispetto del canone del *favor* verso il diritto dell'Unione europea. Per un primo commento, R. CAPONI, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

<sup>19</sup> Sul Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, *infra*, par. 8.

<sup>20</sup> H. BRIBOSIA, *Subsidiarité et répartition des compétences entre l'Union et ses Etats membres dans la Constitution européenne*, in *RDUE*, 2005, p. 25 ss., spec., p. 33.

membri possono farlo autonomamente solo se autorizzati dall'Unione oppure per dare attuazione agli atti dell'Unione”.

L'esclusività riguarda unicamente l'azione iniziale, lasciando impregiudicata la possibilità da parte degli Stati membri di adottare misure esecutive, a meno che non vi siano esigenze di uniformità nelle condizioni di esecuzione. Gli ambiti di competenza esclusiva sono determinati e riguardano sostanzialmente materie connesse con le strutture fondamentali del mercato interno, richiamando sul punto, sia pure con qualche espansione, la giurisprudenza dell'Unione. Nella lista contenuta nell'art. 3 TFUE, da considerarsi esaustiva, sono compresi i seguenti settori attribuiti alla competenza esclusiva dell'Unione: a) l'unione doganale, b) la definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno, c) la politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, d) la conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca, e) la politica commerciale comune. L'art. 3, par. 2 TFUE, consolidando un orientamento giurisprudenziale ben noto<sup>21</sup>, include “la competenza per concludere accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata”. La competenza in questa ipotesi non è correlata ad un ambito materiale particolare, ma si deduce da disposizioni adottate dall'Unione o da una relazione di necessità giustificata, viene quindi individuata in rapporto alle modalità di esercizio della competenza dell'Unione<sup>22</sup>.

**4.** La definizione delle competenze concorrenti è apparentemente semplice. Nei settori di competenza concorrente, l'Unione e gli Stati possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti. Quest'affermazione non vuol dire, almeno in linea di principio, che entrambi legiferano in modo parallelo<sup>23</sup>, ma gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria o nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare la propria (art. 2, par. 2 TFUE). In altre parole, in questo ambito, l'ampiezza e l'intensità dell'azione statale possono dipendere dalle norme del Trattato (a seconda della base giuridica utilizzata, ad es. l'art. 191 TFUE in materia ambientale) oppure dalla normativa adottata dalle istituzioni dell'Unione. Secondo una certa dottrina

<sup>21</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, *Raccolta*, p. 263.

<sup>22</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 41.

<sup>23</sup> Vedi anche il Protocollo n. 25 sull'esercizio della competenza concorrente, nel quale viene precisato che “quando l'Unione agisce in un determinato settore, il campo di applicazione di questo esercizio di competenza copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione e non copre l'intero settore”. Sulla categoria delle competenze parallele, *infra*, nota 30.

anche quando la regolamentazione dell'Unione europea è totale, la competenza non potrebbe comunque essere assimilata a quella esclusiva<sup>24</sup>.

Il Trattato di Lisbona riconosce espressamente il principio di reversibilità delle competenze concorrenti, che caratterizzava a ben vedere anche il sistema precedente<sup>25</sup>. Nella Dichiarazione n. 18, relativa alla delimitazione delle competenze, la Conferenza intergovernativa ha precisato che quest'eventualità si può verificare quando le competenti istituzioni dell'Unione decidono di abrogare un atto legislativo. Il Consiglio può chiedere, su iniziativa di uno o più dei suoi membri (rappresentanti degli Stati membri), alla Commissione di presentare proposte per abrogare un atto legislativo<sup>26</sup>; se la Commissione decide di non dare seguito alla richiesta deve comunicare le motivazioni al Consiglio, conformemente alla previsione dell'art. 241 TFUE. Questa situazione potrebbe verificarsi ad esempio nel caso in cui l'atto dell'Unione non sia – o non risulti più – conforme al principio di sussidiarietà oppure nel caso di riduzione delle competenze dell'Unione per effetto del processo di revisione dei Trattati (art. 48 TUE).

Venendo ai settori di competenza concorrente la lista contenuta nell'art. 4 TFUE è da ritenersi “aperta”, trattandosi di una categoria esemplificativa-residuale<sup>27</sup>. In essa sono menzionati i seguenti settori: a) mercato interno; b) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti dal Trattato; c) coesione economica, sociale e territoriale; d) agricoltura, pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare; e) ambiente; f) protezione dei consumatori; g) trasporti; h) reti transeuropee; i) energia; l) spazio di libertà sicurezza e giustizia; m) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel Trattato<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 39. In senso contrario, V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 309, secondo il quale nel caso delle competenze concorrenti si verifica un'ipotesi di “*succession dans le temps d'une compétence en réalité exclusive*”.

<sup>25</sup> In questo senso, J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, cit., p. 80. L'autore ritiene che la previsione contenuta nel Trattato non abbia “alcuna portata giuridica nuova”, considerandola soltanto come l'espressione dell'assillo dei governi.

<sup>26</sup> Vedi, Dichiarazione n. 18 sulla delimitazione delle competenze. Sulla reversibilità, vedi, G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, p. 154. Secondo una certa impostazione dottrina, l'indicazione della “reversibilità” dovrebbe figurare negli atti legislativi in forza della medesima base giuridica richiesta per la loro adozione. H. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 40. L'autore propone inoltre una lettura innovatrice nel senso di riconoscere la possibilità al legislatore dell'Unione di “*rendre la compétence aux Etats membres, au fur et à mesure de leurs actions respectives visant à remplacer progressivement la législation de l'Union (...). De la sorte pourrait éventuellement apparaître un régime différencié au sein de l'Union ou coexisterait une législation centrale et une ou plusieurs législations nationales*”.

<sup>27</sup> Nel senso che la lista aperta in principio è da considerarsi vincolata in concreto per effetto del principio di attribuzione delle competenze, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 131 ss.

<sup>28</sup> Nell'ambito della procedura di controllo, avviata in via sperimentale da una decisione del Consiglio europeo del giugno 2006 (c.d. iniziativa Barroso, *infra*, nota 62), risulta che un certo numero di parlamenti nazionali si sia espresso proprio con riferimento al progetto di direttiva sui servizi sanitari. Va tuttavia precisato che non si sono raggiunte le percentuali che nel sistema disegnato dal Protocollo determinerebbero certi obblighi a carico della Commissione (vedi, *infra*, par. 8).

La categoria tuttavia non è omogenea, in quanto racchiude tipologie fortemente differenziate sotto il profilo del grado di intervento consentito agli Stati. Il Trattato menziona taluni casi “speciali”<sup>29</sup>, in particolare, con riferimento ai settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio e della cooperazione allo sviluppo e dell’aiuto umanitario, viene precisato che l’esercizio delle competenze dell’Unione non preclude l’esercizio delle stesse competenze da parte degli Stati membri (art. 4, paragrafi 2 e 3 TFUE)<sup>30</sup>. Più difficile si configura l’inquadramento della politica estera e di sicurezza comune e del coordinamento delle politiche economiche e occupazionali (art. 4, paragrafi 2 e 3 e art. 5 TFUE)<sup>31</sup>. Lo statuto di queste competenze “speciali” è ambiguo, per questa ragione è difficile stabilirne le differenze rispetto alle competenze di sostegno, che saranno esaminate nel prossimo paragrafo.

**5.** La terza categoria non pare identificare vere e proprie competenze, ma semplicemente azioni dell’Unione in ambiti che rientrano nella competenza degli Stati membri. Si tratta di una categoria non estranea al sistema precedente, anche se finora non era mai stata esplicitata.

Negli ambiti indicati dall’art. 6 TFUE, le azioni dell’Unione, per la finalità che le caratterizza, mirano ad agevolare l’esercizio delle competenze nazionali. Proprio in ragione della portata dell’intervento europeo, secondo certa dottrina, si tratterebbe di una manifestazione classica della sussidiarietà “all’origine”<sup>32</sup>. In ogni caso, gli atti vincolanti adottati dall’Unione in questi ambiti non possono comportare un’armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

<sup>29</sup> Si riferisce alle categorie speciali, H. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 42. Parla di categoria “atipica”, L. AZZENA, *Il sistema delle competenze*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 8 ss, spec. c. 11.

<sup>30</sup> In dottrina si parla a questo proposito di “competenze parallele”, R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 43. Secondo gli autori la tipologia delle “competenze parallele” includerebbe anche le azioni di sostegno. Altri autori invece riferiscono l’espressione “competenze parallele” soltanto a questa nuova tipologia di competenze, vedi G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 140. Per quanto le competenze identificate dal Trattato all’art. 4 siano “parallele” non si può escludere una limitazione delle competenze nazionali per effetto dell’azione dell’Unione o in virtù del principio del primato, in questi termini, vedi, H. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 43.

<sup>31</sup> Ritengono invece che queste due categorie sfuggono all’assetto della ripartizione delle competenze stabilito dall’art. 2 TFUE, G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 141. Ancora nel senso che queste due aree di intervento non rientrano in nessuna delle categorie elencate nel Trattato di Lisbona, si esprime la Corte costituzionale tedesca nella citata sentenza del 30 giugno 2009, paragrafi 58 e, spec., p. 303 “however these derogations from the systematising fundamental approach do not affect the principle of conferral, and their nature and also does not call the objective of clear delimitation of competences into question”. Il dettato dell’art. 4 TFUE sembra suggerire una diversa lettura; infatti ai sensi dell’art. 4, par. 1 TFUE, le competenze che non sono elencate negli articoli 2 e 6 TFUE devono essere considerate concorrenti, non essendo contemplate altre tipologie. Gli Stati membri, vista la peculiarità delle politiche in questione, hanno preferito alimentare una certa ambiguità sul punto, tentando di sfuggire dalla classificazione formale.

<sup>32</sup> V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 310.

In base all'art. 6 TFUE sono interessati dalle azioni di sostegno i seguenti settori: a) tutela e miglioramento della salute umana; b) industria; c) cultura; d) turismo; e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport; f) protezione civile e g) cooperazione amministrativa<sup>33</sup>.

6. Il Trattato di Lisbona ribadisce la portata dei principi di proporzionalità e di sussidiarietà, precisando che entrambi i criteri regolano l'esercizio delle competenze e non il loro riparto tra Unione e Stati membri<sup>34</sup>.

In virtù del principio di sussidiarietà nei settori che non sono di competenza esclusiva, l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione (art. 5, par. 3 TUE). La nuova formulazione rende omaggio esplicito alla dimensione locale e regionale, che era invece estranea al sistema precedente.

In base al principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei Trattati (art. 5, par. 4 TUE).

Le istituzioni dell'Unione devono applicare i principi di sussidiarietà e di proporzionalità conformemente allo specifico Protocollo dedicato all'applicazione di tali principi<sup>35</sup>. I parlamenti nazionali sono, invece, chiamati a vigilare soltanto sul rispetto del principio di sussidiarietà (e non sul principio di proporzionalità), secondo la procedura indicata dal Protocollo medesimo.

Conviene ora procedere ad una distinzione tra i due principi. Il principio di sussidiarietà condiziona l'esercizio delle competenze non esclusive dell'Unione e incide sulla *possibilità* e quindi sulla legittimità dell'azione, ciò che consentirebbe di relativizzare il principio di attribuzione in una direzione opposta rispetto a quella in cui opera la clausola di flessibilità. Il principio di proporzionalità riguarda invece tutte le competenze (quindi anche quelle esclusive) e mira a modulare l'*intensità* dell'azione, sia nella scelta dello strumento sia del tipo di azione<sup>36</sup>.

Il principio di sussidiarietà esprime un criterio flessibile e dinamico, come risulta dai Protocolli adottati in materia. Il principio è stato riconosciuto per la prima volta nell'Atto unico europeo con riferimento alla politica ambientale, ma

---

<sup>33</sup> Energia, protezione civile e turismo erano già menzionati nel vecchio art. 3 TCE ma il Trattato non prevedeva disposizioni che disciplinassero la competenza delle istituzioni (ora articoli 194, 195 e 196 TFUE). La cooperazione amministrativa identifica un nuovo settore di intervento (art. 197 TFUE). Per alcune osservazioni sulla cooperazione amministrativa, vedi, O. PORCHIA, *op. cit.*, p. 174.

<sup>34</sup> Sull'incidenza del principio sul riparto, essendo chiamato ad operare in occasione del funzionamento della clausola di flessibilità, *supra*, par. 2, nota 16 e sul temperamento della regola in relazione alle competenze di sostegno, *infra*, par. 7, nota 43.

<sup>35</sup> Il richiamo ha una portata simbolica, dal momento che i Protocolli hanno per loro stessa natura forza vincolante.

<sup>36</sup> In dottrina, H. BRIBOSIA, *op. cit.*, pp. 52, 54; R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 48.

è stato inserito tra i principi generali del sistema delle competenze nel Trattato di Maastricht del 1992, per rispondere ad una esigenza “federale” e di “vicinanza” ai cittadini<sup>37</sup>. Il principio di proporzionalità risale invece al Trattato di Roma del 1957 e condiziona la condotta sia dell’Unione sia degli Stati membri.

I confini tra i due principi non sono sempre nitidi, a volte i due principi si legano intimamente<sup>38</sup> come si può riscontrare, ad esempio, nell’analisi di impatto della regolamentazione<sup>39</sup>, dove si chiede alle istituzioni dell’Unione di verificare gli oneri finanziari e amministrativi e gli effetti sugli enti regionali, locali, sugli operatori e sui cittadini<sup>40</sup>.

7. È importante definire ora l’ambito di applicazione del principio di sussidiarietà, tenendolo distinto da quello relativo al Protocollo, che sarà preso in esame successivamente.

In primo luogo, si può prospettare la questione se il principio di sussidiarietà, interessando le competenze non esclusive, si applichi anche agli ambiti di sostegno<sup>41</sup>. Riferendosi genericamente alle competenze non esclusive, il principio dovrebbe essere applicato in occasione dell’adozione di atti giuridici vincolanti anche nei settori delle azioni di sostegno, salvi i limiti che possono derivare da altre questioni concernenti ad esempio la natura dell’atto<sup>42</sup>. In senso contrario si potrebbe osservare che l’azione di sostegno dell’Unione si giustifica esclusivamente se persegue una finalità europea, che per sua natura non può essere realizzata dagli Stati membri. Pertanto, in questo caso si potrebbe dire che la sussidiarietà opera a monte nell’individuazione dell’ambito dell’azione di sostegno e dei limiti dell’intervento dell’Unione europea, senza con questo mettere in discussione l’intero impianto concettuale sopra tratteggiato<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> In materia, L. CAPPUCCIO, *Leale cooperazione e sussidiarietà: affermazione di un modello di diritto interno e comunitario*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, II, Napoli, 2002, p. 329, spec. p. 345. N. MACCORMICK, *Questioning Sovereignty*, Oxford, 1999, p. 135: “The doctrine of subsidiarity requires decision-making to be distributed to the most appropriate level. In that context, the best democracy – and the best interpretation of popular sovereignty – is one that insists on levels of democracy appropriate to levels of decision-making”.

<sup>38</sup> Sulla possibile confusione tra i due principi, J. ZILLER, *Le principe de subsidiarité*, in J. B. AUBY, J. DE LA ROCHÈRE (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 377.

<sup>39</sup> In questo senso, F. PIZZETTI, G. TIBERI, *op. cit.*, p. 143.

<sup>40</sup> Vedi, tra l’altro, l’istruttoria prevista dal Protocollo sulla sussidiarietà, *infra*, par. 8. Sulla valutazione di impatto, da ultimo, vedi, la sedicesima relazione della Commissione sulla sussidiarietà e sulla proporzionalità “Legiferare meglio”, 2008, COM(2009)504 def.

<sup>41</sup> In senso positivo, F. PIZZETTI, G. TIBERI, *op. cit.*, p. 146. Ancora in senso favorevole, G. GAJA, A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 154.

<sup>42</sup> Sulla questione, *infra*, nota 44.

<sup>43</sup> Ad esempio, nell’ambito della cooperazione amministrativa (art. 197 TFUE), il Trattato prevede la possibilità di adottare atti legislativi e per questi non pare proprio giustificata l’esclusione dell’applicazione del principio, per quanto in questo ambito la questione dell’esercizio del potere dell’Unione si intreccia con quella relativa alla sua allocazione. L’applicazione del principio consente di rafforzare la garanzia degli Stati rispetto al rischio di interferenze indebite in settori squisitamente nazionali. Sulla cooperazione amministrativa, vedi, *supra*, nota 33.

Una seconda questione riguarda il tipo di atti in occasione della cui adozione occorre rispettare il principio: in altri termini, ci si può domandare se il principio debba essere applicato soltanto in relazione agli atti legislativi o anche per gli atti non legislativi (e quindi per gli atti esecutivi). Dall'art. 5 TUE non sono desumibili limiti che possano giustificare una restrizione. D'altra parte, se si richiama la definizione di atto legislativo accolta dal Trattato di Lisbona, secondo la quale è legislativo l'atto adottato mediante procedura legislativa (art. 289 TFUE), l'applicazione del principio ai soli atti legislativi non appare giustificata<sup>44</sup>. Si deve pertanto ammettere anche in relazione agli atti non legislativi l'applicazione del principio di sussidiarietà, previsto dall'art. 5 TUE, lasciando tuttavia impregiudicata la questione relativa all'applicabilità del Protocollo<sup>45</sup>.

In terzo luogo, conviene sottolineare che per effetto della riforma portata dal Trattato di Lisbona, che ha soppresso la distinzione in pilastri, il principio vale per tutti i settori dell'Unione<sup>46</sup>. Conseguentemente, l'azione dell'Unione deve rispettare il principio di sussidiarietà anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, ricompreso tra le competenze concorrenti. D'altra parte, proprio in relazione alle proposte di atti presentate in questo settore, quasi a voler sciogliere qualsiasi dubbio in merito, l'art. 69 TFUE dichiara espressamente che i parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà, conformemente al Protocollo<sup>47</sup>.

Infine, può essere prospettata la questione se il principio debba essere rispettato anche dagli Stati nell'esercizio delle competenze concorrenti oppure se valga a modulare l'azione statale unicamente il principio di cooperazione come il Protocollo di Amsterdam, nel punto 8, sembrava suggerire<sup>48</sup>. A questo propo-

---

<sup>44</sup> In senso favorevole all'applicazione del principio già nel sistema antecedente alla riforma di Lisbona, vedi sentenza del Tribunale di primo grado del 7 novembre 2007, causa T-374/04, *Repubblica federale di Germania c. Commissione, Raccolta*, p. II-4431.

<sup>45</sup> *Infra*, par. 8.

<sup>46</sup> Anche con riferimento al sistema precedente la dottrina ha affermato che il principio dovesse interessare l'attività svolta dalle istituzioni sulla base del TUE, R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2008, p. 28.

<sup>47</sup> La lettura suggerita è confortata dal dettato dell'art. 69 TFUE, che si riferisce soltanto alle proposte presentate nel quadro della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale e non anche alle altre politiche comprese nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia (capo 2: politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e immigrazione e capo 3: cooperazione giudiziaria in materia civile). Il Protocollo n. 2 sull'applicazione del principio di sussidiarietà, nel caso si tratti di progetti di atti legislativi presentati sulla base dell'art. 76 TFUE, riguardanti misure di cooperazione amministrativa nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, riduce la soglia per ottenere il riesame della Commissione ad un quarto dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali (vedi, *infra*, nota 61).

<sup>48</sup> Art. 8 Protocollo di Amsterdam "Quando la Comunità non intraprende alcuna azione, gli Stati membri sono tenuti a conformare la loro azione alle norme *generali* enunciate all'articolo 10 del trattato, adottando tutte le misure idonee ad assicurare l'assolvimento degli obblighi loro incombenenti in forza del trattato e astenendosi da qualsiasi misura che possa compromettere il conseguimento degli obiettivi del trattato" (corsivo aggiunto). Il Protocollo di Lisbona non contiene analoga formulazione, si deve ritenere tuttavia che vale il principio enunciato in termini generali nell'art. 4 TUE.

sito conviene osservare che se gli Stati intervengono in presenza di atti dell'Unione, gli atti nazionali costituiscono misure esecutive (art. 291 TFUE) da adottarsi nel rispetto delle valutazioni già operate dal legislatore europeo e quindi il limite deriverebbe dalla natura strettamente esecutiva dell'atto, se invece intervengono in un momento in cui l'Unione non ha ancora esercitato la competenza, allora, lo Stato dovrebbe giustificare il suo intervento alla luce del principio di leale cooperazione che in questo caso assorbirebbe la valutazione della sussidiarietà.

Per chiudere su questo punto conviene ricordare che proprio “per assicurare il rispetto costante del principio di sussidiarietà e proporzionalità”, talune materie incluse tra le competenze concorrenti potrebbero essere “rinazionalizzate” attraverso l'abrogazione dell'atto legislativo dell'Unione europea che non risulti o non risulti più conforme a detti principi. In questo caso, si potrebbe verificare un'ipotesi di riordino o di migliore delimitazione delle competenze dell'Unione, proprio per effetto dell'applicazione del principio di sussidiarietà.

**8.** Il Protocollo di Lisbona sull'applicazione del principio di sussidiarietà contiene importanti novità che investono sia gli obblighi delle istituzioni dell'Unione europea sia il ruolo dei parlamenti nazionali coinvolti nel sistema di allarme preventivo.

La valorizzazione degli obblighi delle istituzioni europee nella fase c.d. pre-legislativa è destinata ad avere importanti conseguenze sul piano dell'effettiva applicazione del principio (e ciò a prescindere dal formale coinvolgimento dei parlamenti nazionali) e dell'efficacia del controllo giurisdizionale *ex post*.

La proceduralizzazione del principio di sussidiarietà esprime un modello di cooperazione che viene ampliato nel Protocollo di Lisbona: esso infatti non è più limitato al rapporto tra le istituzioni, come previsto nella disciplina previgente<sup>49</sup>, ma viene esteso nel senso di includere diversi livelli di governo (europei e nazionali, centrali e locali) nel sistema di controllo preventivo.

A ben vedere nel Protocollo di Lisbona anche la cooperazione orizzontale tra i protagonisti istituzionali dell'Unione viene allargata, grazie al riconoscimento di un ruolo più incisivo al Comitato delle regioni, il quale si vede attribuire la legittimazione ad impugnare gli atti lesivi del principio di sussidiarietà e per i quali il Trattato prevede la sua consultazione (art. 8 del Protocollo). Il maggior coinvolgimento del Comitato delle regioni può essere inteso come l'espressione di una forma di proceduralizzazione in funzione compensativa<sup>50</sup>, in nome delle esigenze di partecipazione e di tutela delle dimensioni locali e regionali (articoli 4 e 5 TUE; articoli 2 e 5 del Protocollo).

La cooperazione si estende anche in senso verticale, attraverso il coinvolgimento dei parlamenti nazionali in risposta ad esigenze analoghe. La dottrina

<sup>49</sup> In questa direzione, vedi, accordo interistituzionale del 1993, accordo “Legiferare Meglio” e Protocollo n. 30 annesso al Trattato di Amsterdam del 1997.

<sup>50</sup> Parla di funzione compensativa riferendosi al ruolo consultivo attribuito al Comitato delle regioni con il Trattato di Maastricht, L. CAPPUCCIO, *op. cit.*, p. 345.

vede la progressiva valorizzazione del ruolo delle assemblee nazionali come “una forma di legittimazione democratica esterna del sistema”, per quanto essa sia in grado di introdurre elementi di disorganicità e di complessità<sup>51</sup>. E non solo. Non va neppure trascurato che in ragione di questo coinvolgimento i parlamenti nazionali sono chiamati a rafforzare la cooperazione, in senso bilaterale e multilaterale, con il Parlamento europeo, perfezionando esperienze già avviate ad esempio nell’ambito della Conferenza degli organismi specializzati negli affari comunitari (COSAC), come auspicato dal Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell’Unione europea<sup>52</sup>.

Equilibrio interistituzionale e cooperazione implicano una maggiore responsabilità delle istituzioni, come ricorda l’art. 1 del Protocollo, in base al quale “ciascuna istituzione vigila in modo continuo sul rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

Il Protocollo trova applicazione unicamente in occasione dell’adozione di atti legislativi, come prevede espressamente l’art. 2: ciò non esclude, per quanto è stato detto, che il principio di sussidiarietà debba essere rispettato in sede di adozione di tutti gli atti vincolanti<sup>53</sup>. La limitazione agli atti da adottarsi secondo la procedura legislativa non pare condivisibile sia se si prendono in esame gli obblighi delle istituzioni europee sia se si considerano le disposizioni relative al coinvolgimento dei parlamenti nazionali<sup>54</sup>. Proprio con riguardo a questi ultimi

---

<sup>51</sup> R. MASTROIANNI, *op. cit.*, pp. 147-148.

<sup>52</sup> Vedi in particolare l’art. 9 del Protocollo n. 1 allegato ai Trattati sull’Unione e sul funzionamento dell’Unione, in base al quale “il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali definiscono insieme l’organizzazione e la promozione di una cooperazione interparlamentare efficace e regolare in seno all’Unione”. In dottrina su questa disposizione, che “meglio di ogni altra indica la via per il superamento del cosiddetto deficit democratico”, vedi, A. MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *op. cit.*, p. 431, spec. p. 444. Ancora sulla cooperazione interparlamentare, L. GIANNITI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali*, *ivi*, p. 161, spec. p. 174; C. FASONE, *Il ruolo dei parlamenti degli Stati membri dell’Unione europea e il loro inserimento nel decision-making comunitario*, in C. DECARO, N. LUPO (a cura di), *Il «dialogo» tra Parlamenti: obiettivi e risultati*, Roma, 2009. Sulla COSAC e sulle sperimentazioni avviate dalla Conferenza in relazione alla sussidiarietà, A. ESPOSITO, *La COSAC e il controllo di sussidiarietà: un caso di (parziale e problematica) anticipazione degli effetti del Trattato costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, consultabile *on line* all’indirizzo [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it). Vedi, inoltre, le possibili forme di cooperazione tra i parlamenti regionali (*infra* nota 69), in particolare, la Conferenza delle Assemblee Legislative Regionali Europee (CALRE), in [www.calre.net.eu](http://www.calre.net.eu). Anche, il Comitato delle Regioni ha creato una rete per il monitoraggio della sussidiarietà, ad essa partecipano sia gli enti locali sia gli enti regionali (per ulteriori informazioni, vedi, [subsidiarity.cor.europa.eu](http://subsidiarity.cor.europa.eu)).

<sup>53</sup> *Supra*, par. 7.

<sup>54</sup> Questa limitazione esprimerebbe il segno di una chiara sfiducia nei confronti del Parlamento europeo, J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, *cit.*, p. 105. Nel senso di avvertire il rischio di una riduzione del ruolo e del prestigio del Parlamento europeo, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 154. I parlamenti nazionali, menzionati in via generale dall’art 12 TUE, sono coinvolti in altre ipotesi puntualmente disciplinate dal Trattato di Lisbona (ad es. attraverso il diritto di opposizione nelle procedure di revisione semplificata ai sensi dell’art. 48 TUE o nella c.d. “passerella” speciale, prevista dall’art. 81 TFUE). Con riferimento a queste ipotesi la dottrina ha individuato il rischio non solo di una sostanziale delegittimazione del dibattito in seno al Parlamento europeo ma anche

si verifica una situazione singolare: i parlamenti nazionali vengono coinvolti nei casi in cui partecipa il Parlamento europeo, il quale è chiamato precisamente a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e democrazia, racchiusi nella logica della sussidiarietà; vengono invece ignorati in relazione agli atti non legislativi, tra l'altro numericamente più consistenti, facendo del tutto venire meno, in questo caso, il controllo degli organi di garanzia delle istanze democratiche<sup>55</sup>.

Il Protocollo, come si è detto, si applica anche in occasione dell'utilizzo della clausola di flessibilità ai sensi dell'art. 352 TFUE, generando così una situazione in cui il principio parrebbe incidere sul riparto di competenze<sup>56</sup>.

Il Protocollo enfatizza l'attività istruttoria delle istituzioni e in particolare della Commissione: la fase pre-legislativa è quindi destinata ad assumere una portata rilevante in grado di sollevare questioni delicate che non è possibile affrontare in questa sede<sup>57</sup>. L'enfasi sulla fase pre-legislativa richiama, a ben vedere, il dibattito sui nuovi orientamenti che si stanno sviluppando in particolare nell'ambito del complesso fenomeno della cosiddetta *better regulation*<sup>58</sup>.

In altri termini, per garantire il rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, le istituzioni europee devono osservare precisi obblighi, i quali vanno a caratterizzare l'attività istruttoria che deve essere svolta prima o in occasione della presentazione della proposta legislativa. Più precisamente, il

---

di "produrre una polverizzazione politica del medesimo", L. GIANNITI, *op. cit.*, p. 175. Ancora in dottrina, sul nuovo ruolo dei parlamenti nazionali, vedi, U. VILLANI, *L'impatto del Trattato di Lisbona sul ruolo dei parlamenti nazionali*, in C. DECARO, N. LUPO (a cura di), *op. cit.*, p. 407 ss.

<sup>55</sup> Vedi sul punto, G. GUARINO, *Ratificare Lisbona?*, Firenze, 2009, p. 73. Per quanto non siano sempre condivisibili le considerazioni proposte dall'autore, sono utili i dati forniti nel testo: da un esame degli indici del trimestre gennaio-marzo 2007, risultano 7 regolamenti adottati dal Consiglio contro i 106 della Commissione. Va tuttavia sottolineato che nella formazione degli atti delegati ai sensi dell'art. 290 TFUE il Parlamento europeo potrà esercitare un ruolo incisivo in quanto dispone insieme al Consiglio del potere di revoca o di formulare obiezioni allo scopo di impedire l'entrata in vigore dell'atto della Commissione. Il Parlamento europeo potrebbe ad esempio formulare obiezioni per assicurare il rispetto del principio di sussidiarietà.

<sup>56</sup> Nel senso che il richiamo contenuto nell'art. 352 TFUE implicherebbe un obbligo di segnalazione aggiuntivo, vedi, A. ESPOSITO, *Il Trattato di Lisbona e il nuovo ruolo costituzionale dei parlamenti nazionali: le prospettive per il parlamento italiano*, in *Rassegna parlamentare*, 2009, p. 1119, spec. p. 1144.

<sup>57</sup> Sul contenzioso amministrativo che quest'attività sarà in grado di generare, J. ZILLER, *Le principe de subsidiarité*, cit., pp. 380 e 390.

<sup>58</sup> Sul fenomeno della *better regulation*, vedi le comunicazioni, Governance europea: legiferare meglio, COM(2002)275 def. e in materia di valutazione di impatto, COM(2002)276 def. (vedi inoltre, *supra*, nota 40). In relazione a questi profili è stato siglato dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione l'accordo interistituzionale "Legiferare meglio", *GUUE* C 321, 31 dicembre 2003, p. 1 ss. Vedi, successivamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, le indicazioni espresse dal Parlamento europeo con la risoluzione del 9 febbraio 2010 sulla revisione dell'accordo quadro tra il Parlamento europeo e la Commissione per la prossima legislatura (punto 3, lett. e). Negli ultimi tempi, la Commissione sta promuovendo nuovi orientamenti sulla c.d. *smart regulation*, vedi, il Documento della Commissione, Segretariato generale, Direzione per la *better regulation*, Valutazione di impatto, *Stakeholder Consultation on Smart Regulation* (23 aprile 2010).

Protocollo prevede l'obbligo della Commissione di condurre "ampie consultazioni" che tengono conto anche della dimensione locale e regionale (art. 2) e rafforza l'obbligo di motivazione in rapporto ai principi di proporzionalità e di sussidiarietà da assolvere in maniera puntuale nel rispetto di uno schema suggerito, rendendo così inadeguata la mera formulazione della clausola di stile che caratterizzava il sistema previgente<sup>59</sup>. L'art. 5 del Protocollo precisa infatti che la proposta deve essere accompagnata da una scheda, la quale dovrebbe contenere indicatori qualitativi e quantitativi, elementi che consentano di valutare l'impatto finanziario sulla regolamentazione nazionale (e regionale) e che gli oneri siano il meno gravosi possibile e commisurati all'obiettivo da conseguire. Inoltre, il Protocollo stabilisce l'obbligo della Commissione di trasmettere le proposte (insieme ai documenti di consultazione) ai parlamenti nazionali, in modo da generare l'attivazione del meccanismo di controllo preventivo<sup>60</sup>.

Il Protocollo incide anche sulle fasi successive, e segnatamente sullo svolgimento del procedimento legislativo, dovendo la Commissione e le altre istituzioni tenere conto dei pareri motivati con i quali i parlamenti nazionali indicano le ragioni dell'asserita non conformità del progetto al principio di sussidiarietà. Nell'ipotesi in cui si raggiungano determinati *quorum*, l'autore del progetto (generalmente la Commissione) ha l'obbligo di riesaminare la proposta e il legislatore europeo, a certe condizioni, può abbandonare l'esame della proposta. Nello specifico, qualora un terzo dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali si esprima per il mancato rispetto del principio (c.d. cartellino giallo), la Commissione riesamina il progetto e può, con decisione motivata, mantenerlo, modificarlo o ritirarlo<sup>61</sup>. Nell'ipotesi di proposta di atto legislativo da adottare

---

<sup>59</sup> Sull'obbligo di motivazione già previsto dall'art. 253 TCE (ora art. 296 TFUE) e sul rafforzamento della sua portata in relazione al principio di sussidiarietà, vedi, O. PORCHIA, *op. cit.*, p. 85 ss.

<sup>60</sup> Sul meccanismo e sulla sua attuazione in Italia, vedi, A. ESPOSITO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1153. Vedi, la riforma in atto per consentire l'adeguamento del nostro ordinamento, in particolare l'art. 9 della legge comunitaria 2009 (L. 4 giugno 2010, n. 96) che introduce l'art. 4 *quater* nella legge n. 11/2005 dedicato alla "Partecipazione delle Camere alla verifica del rispetto del principio di sussidiarietà". È in corso il dibattito per una riforma organica della legge n. 11/2005 (vedi, in particolare, il disegno di legge recante "norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenza dell'Italia all'Unione europea"; l'art. 11 rimette la definizione delle modalità di elaborazione dei pareri ai regolamenti parlamentari, richiamando per il resto il protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà). Per altre esperienze, vedi, ad esempio, in Spagna, la Ley 24/2009, 22 dicembre 2009, "modificación de la Ley 8/1994 de 19 de mayo por lo que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para su adopción al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007", in *Boletín Oficial del Estado* 38, 23 diciembre 2009, p. 108502. In dottrina, per alcuni rilievi sulla legge spagnola, J. M. PEREZ DE NANCLARES, *Comunidades Autónomas y Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. Sobre los riesgos de una reforma del Estado Autónimo si reforma de la Constitución*, in *REDE*, 2010, p. 44, spec. p. 83.

<sup>61</sup> Se il progetto riguarda misure di cooperazione amministrativa, nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, ai sensi dell'art. 76 TFUE, la Commissione deve riesaminare anche se solo un quarto dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali si esprime per il mancato rispetto.

secondo una procedura legislativa ordinaria, qualora i pareri motivati rappresentino almeno la maggioranza semplice, la proposta è riesaminata (c.d. cartellino arancione). Se la Commissione decide di mantenere la proposta, deve spiegarlo con parere motivato; questo parere insieme ai pareri motivati dei parlamenti nazionali sono sottoposti al legislatore dell'Unione entro la conclusione della prima lettura. A questo punto, se a maggioranza del 55% dei membri del Consiglio o a maggioranza (semplice) dei voti espressi in sede di Parlamento europeo, il legislatore ritiene che la proposta non sia compatibile con il principio di sussidiarietà, la proposta legislativa viene abbandonata (art. 7, par. 3 del Protocollo).

Preme ricordare ancora una volta che in base alla lettera del Protocollo il meccanismo di allarme preventivo opera esclusivamente in occasione dell'applicazione del principio di sussidiarietà e non del principio di proporzionalità<sup>62</sup>.

9. Si tratta ora di verificare se il meccanismo *ex ante* possa avere ripercussioni sul tradizionale controllo giurisdizionale *ex post* o, in altri termini, se il primo possa accrescere la portata del secondo.

La maggiore precisione della disciplina degli obblighi di cooperazione e di motivazione a carico delle istituzioni potrebbe determinare un nuovo atteggiamento da parte della Corte di giustizia, finora restia ad entrare nel merito delle valutazioni compiute in sede politica<sup>63</sup>. La cautela della Corte viene spiegata dalla dottrina in ragione dell'esigenza di rispettare l'equilibrio dei rapporti interistituzionali<sup>64</sup>. In effetti, la Corte si limita ad intervenire nel caso di errore manifesto di valutazione da parte del legislatore dell'Unione<sup>65</sup>. Pare tuttavia disposta ad esercitare un controllo dettagliato del rispetto dei profili formali posti a garanzia del principio di sussidiarietà<sup>66</sup>; quindi, aumentando gli adempimenti proce-

<sup>62</sup> E neppure può essere utilizzato in relazione al principio di attribuzione. Si tratta, in verità, di un punto controverso e non accettato da parte dei parlamenti nazionali. La prassi inaugurata in via sperimentale con la Decisione del Consiglio europeo del giugno 2006 (c.d. iniziativa Barroso-dialogo politico) esprime un orientamento estensivo. Difatti, i parlamenti nazionali non si sono limitati a valutare il rispetto del principio di sussidiarietà, ma hanno esteso il loro controllo al rispetto della proporzionalità ed al merito della proposta legislativa. Sulla prassi inaugurata con l'iniziativa Barroso che consentiva di andare oltre quanto previsto dal Trattato di riforma, vedi L. GIANNITI, *op. cit.*, pp. 164-167; A. ESPOSITO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1158; Servizio affari internazionali del Senato-Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell'Unione europea, *I parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona* (dossier n. 42/DN), 17 dicembre 2009, p. 9. D'altra parte la stessa Commissione, nell'ultima Relazione riconosce che il dialogo politico tra Commissione e parlamenti nazionali non possa essere limitato agli atti legislativi e al controllo della sussidiarietà (COM (2010)291 def. pto 5).

<sup>63</sup> Va comunque segnalato che sono poche le cause introdotte dagli Stati membri davanti alla Corte per denunciare la violazione del principio di sussidiarietà, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 148, nota 47.

<sup>64</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 47.

<sup>65</sup> F. SANDER, *op. cit.*, p. 540.

<sup>66</sup> J. ZILLER, *Le principe de subsidiarité*, cit., p. 384. Un momento delicato riguarderà il controllo del computo delle soglie previste dal Protocollo. Proprio per limitare il contenzioso sul punto, la

durali di garanzia<sup>67</sup> per effetto dell'applicazione del Protocollo di Lisbona, la Corte potrebbe trovarsi nella condizione di svolgere un ruolo più incisivo<sup>68</sup>.

Sul piano del controllo *ex post*, il Protocollo lascia intravedere ulteriori nodi problematici. Innanzitutto, come si è visto, la Corte è chiamata a verificare il rispetto dei parametri indicati dalla nuova disciplina e, quindi, anche dei requisiti che attengono alla dimensione regionale o locale: questa situazione potrebbe generare il rischio di infrangere il velo che dovrebbe proteggere le scelte di articolazione interna degli Stati in nome del principio di autonomia consacrato dall'art. 4 TUE<sup>69</sup>.

In secondo luogo, oltre alla novità già richiamata concernente la legittimazione ad agire del Comitato delle regioni, in quanto soggetto semiprivilegiato, va ricordata la facoltà dello Stato di presentare il ricorso davanti alla Corte di giustizia a nome del Parlamento nazionale (o di una sua camera). È evidente che spetta agli Stati la scelta delle modalità applicative della previsione in oggetto. L'ordinamento italiano<sup>70</sup> sembra orientarsi nel senso di prevedere l'obbligo<sup>71</sup> per

---

Commissione ha dichiarato di voler seguire un'interpretazione politica dei pareri, computando al fine del raggiungimento delle soglie tutti i pareri motivati che sollevino obiezioni sulla conformità di una proposta legislativa anche “dove i diversi pareri motivati indichino ragioni differenti di difformità della proposta rispetto al principio di sussidiarietà o riguardino diverse disposizioni della proposta stessa”. Vedi, lettera della Commissione del 1° dicembre 2009, allegato “Disposizioni pratiche relative all'attuazione del principio di sussidiarietà previsto dal Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona”.

<sup>67</sup> Tra i limiti procedurali conviene ricordare che “i punti relativi all'adozione di un atto legislativo o di una posizione in prima lettura nel quadro di una procedura legislativa ordinaria sono iscritti all'ordine del giorno provvisorio ai fini di una decisione soltanto se è trascorso detto periodo di otto settimane” (art. 3, par. 3. Regolamento interno del Consiglio adottato con decisione del Consiglio del 1° dicembre 2009, 2009/937/UE, *GUUE* L 325, 11 dicembre 2009, p. 35 ss.).

<sup>68</sup> In senso contrario vedi, L. M. HINOJOSA MARTÍNEZ, *La regulación del principio de subsidiariedad en el tratado constitucional*, in *RDCE*, 2004, p. 787, spec. p. 826, che, riferendosi al sistema previsto dal Trattato costituzionale rimasto sostanzialmente inalterato nel Trattato di Lisbona, afferma che “a pesar de la ampliación de la legitimación activa en el recurso de nulidad, no se visumbran novedades realmente significativas. En la práctica, la actitud del Tribunal de Justicia no puede sino seguir siendo prudente”.

<sup>69</sup> È altresì importante segnalare che ai sensi dell'art. 6 del Protocollo n. 2 “spetta a ciascun parlamento nazionale o a ciascuna camera (...) consultare all'occorrenza i parlamenti regionali con poteri legislativi”. Sui momenti di interferenza dell'ordinamento europeo sull'ordinamento interno con riferimento alla dimensione territoriale (regionale e locale), vedi, O. PORCHIA, *op. cit.*, p. 17 ss.

<sup>70</sup> Per un'esperienza analoga disciplinata dal diritto italiano, si veda il meccanismo previsto dall'art. 5, par. 2 della legge La Loggia, in base al quale le regioni hanno la facoltà di chiedere al Governo di agire davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea e il Governo ha l'obbligo di agire solo qualora la domanda provenga dalla Conferenza Stato-regioni a maggioranza assoluta delle Regioni e delle Province autonome. Sul meccanismo, O. PORCHIA, *Le regioni dinanzi al giudice comunitario*, in G. CATALDI, A. PAPA (a cura di), *Formazione del diritto comunitario e internazionale e sua applicazione interna: ruolo delle Regioni e dello Stato nelle esperienze italiana e spagnola*, Napoli, 2005, p. 94 ss.

<sup>71</sup> Tra le altre critiche, non manca in dottrina chi paventa il rischio di un uso eccessivo e sistematico di questa facoltà da parte dei parlamenti nazionali, L. GIANNITI, *op. cit.*, p. 170.

il Governo di presentare alla Corte di giustizia dell'Unione il ricorso per violazione del principio di sussidiarietà, una volta deliberato dalle Camere<sup>72</sup>. L'obbligatorietà potrebbe tuttavia sollevare una questione delicata nelle ipotesi in cui il Governo si sia espresso in modo favorevole all'adozione dell'atto in sede di Consiglio dell'Unione<sup>73</sup>. Sarebbero poi da verificare le conseguenze del mancato ricorso da parte del Governo, nonostante la richiesta avanzata dal Parlamento. Indubbiamente, l'atteggiamento della Corte di giustizia dell'Unione rispetto alla vicenda segnalata sarà in grado di condizionare l'applicazione in concreto dell'istituto. A questo proposito sarebbe importante verificare se la Corte possa spingersi a sindacare la condotta omissiva del Governo: l'eventuale risposta affermativa vorrebbe dire ammettere un'interferenza dell'Unione europea nell'ordinamento statale che si pone in contrasto con i principi di attribuzione, autonomia e di leale cooperazione<sup>74</sup>, tutti richiamati nell'art. 4 TUE.

**10.** Le osservazioni fin qui svolte consentono di mettere in luce il rapporto esistente tra la definizione delle categorie di competenze e i criteri di esercizio delle stesse. È indubbio che la precisa individuazione delle categorie di competenze contribuisce ad una più rigorosa applicazione del principio di sussidiarietà, considerato che questo vale solo per le competenze non esclusive. Ad esempio, aver chiarito che la competenza in tema di mercato interno non è esclusiva mette al riparo dalla tentazione di escludere l'applicazione del test della sussidiarietà ogni qualvolta la legislazione si proponga un obiettivo di armonizzazione, come suggeriva la giurisprudenza meno recente<sup>75</sup>. I parlamenti nazionali avranno inte-

<sup>72</sup> In questo senso, vedi, l'art. 34, par. 3 del disegno di legge di riforma della l. 11/2005: "il Governo presenta senza ritardo alla Corte di giustizia i ricorsi deliberati dal Senato della Repubblica o dalla Camera dei deputati avverso un atto legislativo dell'Unione europea per violazione del principio di sussidiarietà, conformemente all'articolo 8 del Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (...). Il Parlamento sta in giudizio per mezzo di chi ne ha la rappresentanza". Sulle soluzioni adottate negli altri ordinamenti, vedi, A. ESPOSITO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., pp. 1148-1150 e 1168. L'obbligatorietà è prevista in taluni Stati, come la Francia e la Germania; in altri Stati invece è stato riconosciuto alle Camere soltanto il potere di sollecitare il Governo (si veda, in questo senso, l'esperienza spagnola, art. 7 della Ley 24/2009: "El Gobierno podrá descartar, de forma motivada, la interposición del recurso de anulación solicitado por alguna de las Cámaras o por la Comisión Mixta para la Unión Europea. Esta decisión deberá justificarse mediante la comparecencia del Gobierno ante la Comisión Mixta para la Unión Europea, cuando ésta así lo solicite").

<sup>73</sup> Il consenso potrebbe essere dato ad esempio nell'ambito dell'applicazione della clausola di flessibilità. In questo contesto si spiega la scelta espressa dal legislatore tedesco, su sollecitazione della Corte costituzionale, di vincolare il governo alla volontà del Parlamento espressa con legge costituzionale, *supra*, nota 16.

<sup>74</sup> Sulle novità in tema di ricorsi e sulle ripercussioni a livello giurisdizionale del riconoscimento della dimensione locale e regionale e del nuovo ruolo attribuito ai parlamenti nazionali, vedi, O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *op. cit.*, p. 223, spec. p. 228.

<sup>75</sup> Critico nei confronti della giurisprudenza che tende a trascurare il test della sussidiarietà "in any field where the legislative purpose of the community is harmonization", F. SANDER, *op. cit.*, p. 538.

resse a procedere (anche indirettamente attraverso il governo) a una più rigorosa e sistematica verifica della correttezza della base giuridica, posto che questa determina i poteri di intervento in relazione alla sussidiarietà<sup>76</sup>. L'effetto prodotto dal riordino delle categorie delle competenze appare tuttavia minimo. Più significativa risulta essere l'incidenza provocata dalla procedimentalizzazione del principio e dalla puntualizzazione degli obblighi delle istituzioni, in grado di accrescere la legittimazione degli interventi normativi. Si è infatti messo in evidenza che le istituzioni dell'Unione europea coinvolte nel procedimento legislativo devono compiere attente valutazioni, seguire precisi schemi per soddisfare l'obbligo di motivazione e rispettare canali informativi predefiniti. Inoltre, la proceduralizzazione può provocare importanti conseguenze sul piano del controllo *ex post*, dal momento che le istituzioni giudiziarie sono poste nella condizione di esercitare una verifica più incisiva del rispetto della sussidiarietà, contribuendo così ad una migliore applicazione del principio.

Il rafforzamento della responsabilità delle istituzioni dell'Unione e del ruolo dei parlamenti nazionali potrebbe in ogni caso assicurare il rispetto della sussidiarietà a prescindere dall'effettivo funzionamento del sistema di allarme preventivo sul piano tecnico-giuridico<sup>77</sup>. Tra le varie situazioni ipotizzabili, il Parlamento europeo potrebbe essere chiamato, attraverso canali bilaterali o multilaterali<sup>78</sup>, a farsi interprete della volontà delle assemblee nazionali coinvolte nel procedimento legislativo, anche nelle ipotesi in cui queste non siano in grado di fare un uso concertato del sistema di controllo preventivo per l'incapacità di raggiungere i *quorum* richiesti dal Protocollo<sup>79</sup>. I rappresentanti dei governi in sede di Consiglio, dal canto loro, potrebbero ritenere opportuno prendere in considerazione, in ogni caso, le posizioni espresse dai parlamenti nazionali, assicurando in questo modo quel raccordo che costituisce il postulato del sistema di controllo della sussidiarietà.

Non si può negare che i complessi e articolati meccanismi fin qui descritti generano il rischio di un eccessivo irrigidimento delle procedure decisionali nell'Unione<sup>80</sup>. E non solo, il "riordino" delle competenze e delle condizioni di applicazione del principio di sussidiarietà impone un "riordino" dei rapporti tra

---

<sup>76</sup> La scelta della base giuridica determina altresì la natura e l'intensità dell'intervento statale e provoca conseguenze importanti sul riparto di competenze all'interno dello Stato, tenuto conto della presenza delle articolazioni territoriali.

<sup>77</sup> In senso favorevole ad un utilizzo estensivo dei pareri sembra esprimersi l'art. 7, par. 1 del Protocollo, nella parte in cui riconosce, in generale e quindi senza condizioni, che le istituzioni dell'Unione "tengono conto dei pareri motivati trasmessi dai parlamenti nazionali o da ciascuna camera di uno di tali parlamenti". In questo senso leggono la norma i parlamenti nazionali e in particolare le Camere italiane.

<sup>78</sup> Sono diverse le soluzioni ipotizzate a questo proposito, oltre alle forme della cooperazione interparlamentare (*supra*, nota 52) si delineano anche strumenti informali quali il raccordo con gli europarlamentari "nazionali", vedi, sul punto, A. ESPOSITO, *Il Trattato di Lisbona*, cit., p. 1135.

<sup>79</sup> In questo senso, L. GIANNITI, *op. cit.*, p. 169.

<sup>80</sup> Nel senso di prospettare dubbi di funzionamento e timori di paralizzanti complicazioni, A. MANZELLA, *op. cit.*, p. 444.

esecutivi e parlamenti nazionali allo scopo di dare risposte agli interrogativi che sono in parte all'origine delle prese di posizione assunte dalle corti nazionali<sup>81</sup>. A questo proposito non si può fare a meno di ricordare che spetta innanzitutto agli Stati procedere ad una riorganizzazione interna del sistema<sup>82</sup> che consenta di affrontare le sfide lanciate dal processo di integrazione europea<sup>83</sup>. D'altra parte, a margine, conviene altresì osservare che un'adeguata organizzazione a livello interno, volta a favorire il coinvolgimento dei parlamenti nazionali nell'elaborazione degli atti dell'Unione e quindi nella fase "ascendente", può sortire l'effetto di accrescerne la responsabilità nella fase "discendente", riuscendo così a favorire una migliore attuazione della normativa dell'Unione europea nell'ordinamento interno.

In breve, per consentire il funzionamento delle procedure descritte diventa essenziale stabilire un corretto ed equilibrato rapporto tra i vari livelli (europei e nazionali, parlamentari e governativi, centrali e locali) coinvolti nel meccanismo di controllo della sussidiarietà, ciò che dovrebbe avvenire nel rispetto del principio di autonomia degli Stati e del principio di leale cooperazione in tutte le sue declinazioni, come sono stati riconosciuti dal Trattato dell'Unione all'art. 4<sup>84</sup>.

## Abstract

### Subsidiarity through Competences' Re-Organization? The Reform Treaty and the Distribution of Competences

The present article deals with the issue of the re-organization of the EU competences' system by the Reform Treaty. To this regard, the Treaty of Lisbon confirms the relevance of the principles of the conferral of competences, proportionality and subsidiarity as cornerstones of the whole structure. However, greater emphasis is put on the

<sup>81</sup> In questo ottica si può comprendere la sentenza del 30 giugno 2009 della Corte costituzionale tedesca, più volte citata.

<sup>82</sup> In Italia, come si è detto, è in corso il processo di revisione della legge Buttiglione (l. 11/2005), al fine di tenere conto in maniera organica delle novità introdotte dal Trattato di Lisbona. La riforma mira ad assicurare la partecipazione delle Camere nei canali diretti ma anche, e soprattutto, a rafforzare in termini di efficacia i meccanismi di raccordo tra Parlamento e Governo (attraverso il potenziamento del flusso informativo, della c.d. riserva parlamentare e dei poteri di indirizzo).

<sup>83</sup> Alcuni autori individuano un processo in atto di parlamentarizzazione dell'integrazione europea, nel senso di prospettare un rafforzamento del ruolo dei parlamenti nazionali (indeboliti nelle dinamiche interne) proprio per effetto dei processi decisionali dell'Unione europea. In questo senso, R. ORRÙ, *Prospettive di "parlamentarizzazione" dell'Unione: Assemblee nazionali e Assemblea europea*, in *DPCE*, 2003, p. 1754, spec., 1761; F. R. DE MARTINO, *Parlamento nazionale e decisione comunitaria*, in M. SCUDIERO (a cura di), *op. cit.*, p. 246 ss.

<sup>84</sup> Sulla necessità di coniugare i due principi, O. PORCHIA, *Principi dell'ordinamento europeo*, cit., p. 240 ss.

first of these principles, so to dispel any doubt on the residual nature of the competences conferred to the EU. Another important element of novelty introduced by the Lisbon Treaty is the distinction between three types of EU competences: exclusive powers, concurrent or shared powers and areas of supporting actions by the EU. This distinction may help to clarify the legal framework, although not always based on perfectly consistent criteria.

The article goes on taking into account the subsidiarity and the proportionality principles and seeks to clarify their scope and content. The Protocol annexed to the Lisbon Treaty specifies the obligations stemming from the subsidiarity and proportionality principles for the EU institutions, in particular the Commission, during both the pre-legislative and the legislative phase. As for subsidiarity, such a clarification, especially with regard to the pre-legislative phase, may represent a major breakthrough for the correct application of the principle. To this regard, it must be also observed that the Protocol introduces an 'early-warning' mechanism that allows national parliaments to exercise their control on the legislative proposals presented by the Commission, so to assess their conformity with the subsidiarity principle.

Lastly, the article shows that the most important innovation brought forward by the Lisbon Treaty is what can be called the 'increasing proceduralization' of the subsidiarity principle. This could have a positive impact on the effective implementation of the principle by the law-making institutions, as well help the European Union Court of Justice to exercise a more systematic control (*ex post*) on the respect of the principle. Furthermore, the article highlights that these mechanisms, by increasing the participation of national actors already during the drafting phase, may contribute to a better and faster implementation of EU acts.



Roberta Bogni

# The Role of Eurobarometer Surveys in the Communication Policy of the European Union

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Eurobarometer and its potential for the European Union. – 3. Juridical aspects of Eurobarometer surveys. – 4. The linguistic profile of Eurobarometer. – 5. Eurobarometer and opinion poll relevance in the EU case-law. – 6. The future of Eurobarometer. Conclusions.

1. The European Union can be considered an international organization boasting a unique institutional structure and specific legislative and adjudicative powers. This ingenious architecture is based on the concept of functionalism and on the progressive and aware transfer of powers from the national to the European level. It is therefore complicated to classify this organization because identical models in any other traditional sector of international law<sup>1</sup> do not exist. The Lisbon Treaty<sup>2</sup>, which represents an epochal stage in the long process of European integration<sup>3</sup>, confirms these features and introduces several important changes<sup>4</sup>. These innovations allow the European Union to be closer to its citizens, more democratic, and more efficient and to strengthen its international identity.

<sup>1</sup> This example of multilevel governance is also confirmed by the same Court of Justice of the European Union, as emphasized in historic cases, i.e. judgments of 5 February 1963, case 26/62, *Van Gend & Loos, Reports*, p. 1 ff.; of 15 July 1964, case 6/64 *Costa v. Enel, ibi*, p. 585 ff. or of 3 September 2008 joined cases C-402 and 415/05 P, *Kadi, ibi*, p. I-06351 ff.

<sup>2</sup> The Lisbon Treaty entered into force on 1 December 2009. The European Community was replaced by the European Union, which takes over all its rights and obligations. The Treaty on European Union keeps the same name and the Treaty establishing the European Community is now named Treaty on the Functioning of the European Union.

<sup>3</sup> An interesting view of the political development of the European Union before the Lisbon Treaty is given by S. PANEBIANCO, *I Cittadini e lo Sviluppo Politico dell'Unione*, in F. ATTINÀ, D. VELO (a cura di), *Dalla Comunità all'Unione Europea*, Bari, 1994, p. 211 ff.

<sup>4</sup> For a precise description of the new EU's construction please consult: U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, V ed., p. 44 ff.; A. TIZZANO, R. ADAM, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2009, II ed., p. 2 ff.; U. DRAETTA, N. PARISI, *Elementi di diritto dell'Unione europea – Parte speciale, il diritto sostanziale*, Milano, 2010, III ed. p. 5 ff.

First of all the European Union now has a single legal personality, recognized in its external relations through two new political figures: the President of the European Council<sup>5</sup> and the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy<sup>6</sup>. There are intense doctrinal debates about the procedure of appointment and their powers and margins of action. The discrepancies underline the necessity to define their competences more precisely and clearly. However they ensure the external representation of the Union on issues concerning its common foreign and security policy and enhance the consistency and unity of the European Union's external action. In order to develop cooperation with the diplomatic services of the Member States and to improve the activities of the General Secretariat of the Council and of the Commission, the Treaty of Lisbon has set up the European External Action Service (EEAS) whose role is to assist the High Representative<sup>7</sup>. There will also be relevant modifications in the voting system of the Council. Until November 2014 it votes on the basis of a qualified majority and the number of votes of each Member State is prearranged by the Treaty itself. From then on there will be a double majority and an act will be adopted with the support of at least 55% of the EU Member States and at least 65% of the population of the EU<sup>8</sup>. This procedure suggests a closer relation between the EU's institutions and society and answers the increasing demand of higher participation and representation. This trend is also validated by the extension of codecision to some forty fields, which becomes the ordinary legislative procedure of the European Union<sup>9</sup>, and by the introduction of the citizens' right of initiative. This procedure will render valid a petition signed by a million citizens to invite the Commission to submit the Parliament and the Council a proposal on any area of EU competence. There will also be significant changes related to the number of members of the European Parliament, not exce-

---

<sup>5</sup> The President of the European Council is a fixed full-time figure, aimed at facilitating consensus and supporting the work of the Council. His role is not compatible with other national offices. The European Council has elected Mr Van Rompuy to this post for a term of two and a half years, renewable once.

<sup>6</sup> The High Representative is at once the Council's representative for the Common Foreign and Security Policy, the President of the Foreign Affairs Council and a Vice-President of the Commission. The European Council, with the agreement of the President of the Commission, has appointed Ms Catherine Ashton, who has a five-year term of office.

<sup>7</sup> The EEAS will be established by a decision of the Council, that will act on a proposal from the High Representative and after consulting the European Parliament and obtaining the consent of the Commission.

<sup>8</sup> A blocking minority must include at least four Member States.

<sup>9</sup> The codecision with the Parliament is based on a qualified majority of the Council. However there are areas (like tax matters, foreign policy, defence or social security) that will still require unanimity in the Council. This is an evident scheme that the Member States use to keep their sovereignty on matters which are particularly delicate. The resistance of the Member States derives from various elements, such as the protection of their internal and external independence and identity, as well as their historical evolution (we should remember the deep and understandable desire of the Eastern-Europe Member States not to reduce in a drastic way their sovereignty, which was hardly won after the breakdown of the Soviet Union).

eding 751. At the same time the breakdown of parliamentary seats between Member States will be degressively proportional. This new rule means that the Members of European Parliament (MEPs) of the biggest Member States will be proportionally fewer than the MEPs of the smallest ones. Although the Treaty stipulates that no Member State can have fewer than six or more than ninety-six seats, it is evident that the citizens' democratic parliamentary participation and their right to vote is partially damaged by different weights in the appointment system and by a representative imbalance. This contradiction is compensated by the new role established by the Lisbon Treaty for national parliaments. These latter will have the possibility to examine draft European legislative acts in order to verify if a legislative act is contrary to the principle of subsidiarity. The strong cooperation between EP and national parliaments clearly involves citizens, who are the protagonists of an innovative communication mechanism and have an unquestionable right to communicate, to be informed and to inform. This right is perfectly in line with the content of the Charter of Fundamental Rights, that has the same legal value as the Treaties, and specified in Articles 6, 11, 41, 42 and 43 of the same Charter. Therefore the Lisbon Treaty provides for innovative communication relations that produce vertical and horizontal cooperation forms. While the horizontal one reflects the collaboration among all the EU institutions, bodies, offices and agencies, the vertical view further recognizes and develops the double legitimacy of the European Union, that is at the same time a union of Member States and of citizens. These subjects have multilevel relations with the EU structure, based on the mutual right to a open, efficient and independent administration, on the protection of common interests and on the concept of equality<sup>10</sup>. The European Union is based on the rule of law and this principle is validated by the treaties, which are agreed on voluntarily and democratically by all Member States. Therefore communication becomes one of the pillars of EU action and the fundamental instrument to make people improve their knowledge of the European reality. This service finds its most marked roots in the *Plan D for Democracy, Dialogue and Debate*<sup>11</sup>, in the *White Paper on a European Communication Policy*<sup>12</sup> and in the Commission Communication "*Communicating Europe in Partnership*"<sup>13</sup>". These documents give special emphasis to the growing European subjectivity of the citizens. This is confirmed by an emerging trend which also recognizes citizens' international subjectivity (both from a prescribing and jurisdictional point of view).

---

<sup>10</sup> This concept is particularly evident when reading Title I and Title II of Protocol no. 1 of the Lisbon Treaty on the role of national parliaments in the European Union, that respectively concern the information for national parliaments and the interparliamentary cooperation. The articles of this Protocol symbolize the importance of mutual communication, the respect of pluralism, as well as the well-known principles of subsidiarity and proportionality.

<sup>11</sup> *Plane D for Democracy, Dialogue and Debate*: ([europa.eu/legislation\\_summaries](http://europa.eu/legislation_summaries), available on line)

<sup>12</sup> *White Paper on a European Communication Policy* ([europa.eu](http://europa.eu), available on line).

<sup>13</sup> *Communicating Europe in Partnership* ([eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), available on line).

As underlined in these documents, the relevance of the citizens in the EU institutional communication process leaks out through their closeness to the European reality, summarized among the others by the Eurobarometer surveys.

2. In 1973 the European Parliament published the so-called “*Schuijt Report*”, in which it suggested the creation of a European observatory aimed at studying public opinion<sup>14</sup>. This idea met with the Commission’s favour and Eurobarometer rapidly became a reality, thanks to Jacques-René Rabier, the first EU director general of information policy and founder of Eurobarometer. This instrument is one of the oldest points of reference for surveys in Europe and can be defined as a precious photograph album that shows the evolution of European public opinion and the level of knowledge and trust in the European Union<sup>15</sup>. These photographs can be easily compared and stimulate a cross-national and cross-temporal research, which are principally used by EU’s institutions, Member States, experts and professors, as well as by windows like Europe Direct and Eurostat. Eurobarometer has been transforming itself in a common heritage that allows different communicative outlooks<sup>16</sup>. It represents a resource that assists the European Union in knowing its citizens better, but it is also a point of contact for all people wishing to discover the EU, its institutions and its activities. In the middle there are all those national institutions and bodies that get information from Eurobarometer surveys in order to define and optimize their European relations and to develop a more in-depth communication with their citizens. But candidate countries, international organizations and third countries show an increasing interest in Eurobarometer too, which is nourished by its complex social, psychological, anthropological, economic, historical, cultural and linguistic framework.

This “*questionnaire of customer satisfaction*” gains benefit from Internet and ICT (Information and Communication Technologies). These tools ensure a wide diffusion of its reports, numerous debates and the increase of citizens’ awareness of their rights (first of all the right to have an active role in their contacts with the EU world). In order to improve its relations with EU citizens, Eurobarometer recently opened the Eurobarometer Interactive Search System, that is an innovative procedure used to facilitate citizens’ researches concerning surveys and reports. People have the possibility to get multilevel information, starting from the type of survey, its national feedback and its temporal evolution. This link

<sup>14</sup> The original text is available in the Rapport sur la politique d’information des Communautés européennes (www.euractiv.com, available on line).

<sup>15</sup> On the matter: R. BOGNI, *Eurobarometro: la voce dei cittadini europei*, in *Rivista Italiana di Comunicazione pubblica*, 2006, n. 27, p. 10 ff.; ID., *Il ruolo dell’opinione pubblica nell’Unione europea*, in *Il Mulino*, 2007, p. 310 ff.

<sup>16</sup> For a diachronic study of Eurobarometer: H. SCHMITT, *The Eurobarometers. Their Evolution, Obvious Merits, and Ways to Add Value to Them*, in *European Union Politics*, 2003, p. 243 ff.; C. J. ANDERSON, K. C. KALTENHALER, *The dynamics of public opinion toward European integration, 1973-1993*, in *European Journal of International Relations*, 1996, p. 175 ff.

also confirms the complexity of Eurobarometer, which boasts five efficient pool schemes: Standard Eurobarometer, Special Eurobarometer, Candidate Countries Eurobarometer, Flash Eurobarometer and Qualitative Studies<sup>17</sup>. These schemes differ in the number of people interviewed and in the way the questionnaire is presented (face to face interviews, focus groups or phone interviews)<sup>18</sup>.

Besides, the relevance of Eurobarometer is demonstrated by the guidelines of the above mentioned Commission Communication "*Communicating Europe in Partnership*", that expresses the citizens' right to receive objective information and to know how EU activities and matters are perceived. In 2006 Eurobarometer started organizing meetings which register a more intense involvement of experts and citizens and fruitful trans-national consultations. These meetings absolutely emphasize the new European communication strategies and stimulate profitable contacts with every social reality.

In the end, it is clear that Eurobarometer could become one of the main EU resources to promote its activities and to improve them getting in touch with all those concerned. The results of the surveys are fit for different kinds of informative comparisons and consent interesting practical applications.

**3.** Although Eurobarometer has a decade-long experience, there is no official code of conduct that rules the entire carrying out of its surveys. This gap appears to be particularly astonishing, because of the institutional nature of Eurobarometer and of the international background offered in 1985 by the Council of Europe through its Recommendation R(83)10 on the protection of personal data used for scientific research and statistics. Besides, Eurobarometer follows, indirectly, the guide lines fixed by notorious and reliable international agencies operating in the field, such as the Esomar Code issued in 1948<sup>19</sup>. On the contrary, Eurobarometer should promote the drawing of an EU text able to regulate research, to give common ethical guide lines and to deepen delicate current aspects like consumers' and children's rights or the principles which rule opinion pools (from data treatment and access to candidates' consensus limits and rights). However it is possible to find general guide lines, which reflect the typical national and international way to promote opinion pools. This common *modus operandi* can be revealed in the description pages of Eurobarometer reports, where various features of the EU juridical architecture appear.

First of all Eurobarometer represents a fulcrum of public debates which is based on the information and communication right, widely recognized at

---

<sup>17</sup> In the Nineties (1996-1998) Eurobarometer also had two instruments: European Continuous Tracking Survey (about 200 weekly phone interviews about general themes) and Top Decision Makers Survey (studies concerning the activities of the European Union which involved professors, researchers, politicians and experts).

<sup>18</sup> All the Eurobarometer surveys share the usual procedure adopted by the EU's institutions to determine the theme of the research, the methods for candidates' selections and the mechanisms to collect data and publish them.

<sup>19</sup> Esomar Code ([www.esomar.org](http://www.esomar.org), available on line).

European and international level. The European Union regards the information and communication right as a democratic principle that is universally protected and finds stable pillars in Art. 19 of the Universal Declaration of Human Rights and in Article 19 of the International Covenant on Civil and Political Rights. The international law stresses the existence of several freedoms, that support individual self-determination and development of individual personality: the right to inform, the right to be informed, the right to communicate, but also the freedom of opinion and the freedom of expression. Eurobarometer contains these aspects because it assures the publication of all the results; it satisfies institutional and societal requests to consult its reports; it stimulates debates and meetings concerning the feedbacks of its opinion pools; it protects the answers of the persons interviewed if these are considered as intimate and sensitive) and respects their external mental manifestation (through a precise report of the answers given, also when they show a negative opinion of EU activities).

It is hard to discover restrictions of these freedoms: Eurobarometer surveys usually deal with general themes or with specific topics that suggest multiple choice questions and the use of plain words. Eurobarometer reports also include data concerning the agencies gathering survey results at national level, as well as information about costs and data processing<sup>20</sup>. However, as afterwards underlined, a form of restriction can be found when observing Eurobarometer from a linguistic point of view. At any rate Eurobarometer is a real window that transforms opinion pools in concrete respect for freedom of expression and in a right that knows no borderlines and provides for both a regional and global acknowledgment.

Eurobarometer has a fundamental role in the development of the principle of proximity, aimed at facilitating a regular, open and transparent dialogue with citizens, institutions, associations and civil society<sup>21</sup>. This principle is related to the concept of participatory democracy, on which the working of the European Union is founded. This means that decisions are to be taken as openly as possible and as closely as possible to the citizens, who can make their voices heard and reduce the “*democratic deficit*” in Europe. Although citizens’ initiative has no binding effects in the legislative procedure, it is the first time that the concept of proximity has been concretely applied in the European political nucleo. Eurobarometer could become a precious resource, permitting citizens to collect data and to use them in presenting proposals<sup>22</sup>. In fact, the right of citizens’ ini-

<sup>20</sup> These technical and financial data meet the requirements of the Green Paper on the European Transparency Initiative published by the Commission in 2006, which expresses the need for fuller information about the management and use of Community funds and of professional ethics within the European institutions.

<sup>21</sup> For in-depth examinations read U. DRAETTA, *I principi democratici dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in this *Review*, 2008, p. 513 ff.

<sup>22</sup> Useful remarks on the matter are offered by: S. PANEBIANCO, *Cittadini, elezioni e sondaggi europei*, in F. ATTINÀ, F. LONGO, S. PANEBIANCO (a cura di), *Identità, partiti ed elezioni nell’Unione Europea*, Bari, 1995, p. 77 ff.

tiative is seen from a cross-national point of view and Eurobarometer reports easily produce fertile trans-national ideas. In order to strengthen the use of Eurobarometer as a common informative window, it is necessary to offer simple on line instruments for survey consultations and to prevent the digital divide. Citizens have the right to access Eurobarometer reports and get all the information for which they search. This also includes the right to study the technical, informatic, human and financial frame of the surveys with exactness and to rely upon the data attached in the reports<sup>23</sup>. This trust is expanded to the interviewer too, who has to guarantee a correct transcription<sup>24</sup> of the answers and a precise annotation of structural data, such as age, job, sex, nationality, qualifications of the interviewee<sup>25</sup>. Eurobarometer questionnaires are absolutely anonymous and structural data can be used only from an overall point of view. The interviewer must specify that answers given and structural questions are not *singulatim* analysed and that personal data and privacy of the people interviewed are fully respected.

This rule refers to a reliable processing of the above-mentioned data, that the European Union assures through specific legislative dictates<sup>26</sup>. Data processing means any operation or set of operations that is performed upon personal data, such as collection, recording, organization, storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction<sup>27</sup>. Since the '90s, the European Union has been involved in free movement of such data and has been issuing different directives that take into account the more and more intense data exchange among Member States and third countries or international organizations, as well as the unquestionable high economic value of information<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> This reliability is also assured by the prestigious activity of the agencies and institutes that operate at national level on Eurobarometer account and that are always requested quality certifications.

<sup>24</sup> The answers given by the interviewees are collected using two systems: CAPI (Computer Assisted Personal Interviewing) and CATI (Computer Assisted Telephone Interviewing).

<sup>25</sup> About the analysis of structural data read: B. F. NELSEN, J. L. GUTH, *Exploring the gender gap: women, men and public attitudes*, in *European Union Politics*, 2000, p. 267 ff.

<sup>26</sup> As regards literature on the theme read M. MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all'informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004, p. 3 ff.; M. D'ARGENIO, *Gestione dati e privacy*, Milano, 2005, p. 4 ff.; N. PARISI, D. RINOLDI, *Profili di diritto europeo dell'informazione e della comunicazione*, Napoli, 2007, p. 2 ff.; L. BOLOGNINI, D. FULCO, P. PAGANINI, *Next privacy. Il futuro dei nostri dati nell'era digitale*, Roma, 2010, p. 20 ff.

<sup>27</sup> R. M. GROVES, *On the mode of administering a questionnaire and responses to open-ended items*, in *Social Science Research*, 1978, p. 257 ff.; R. M. GROVES, *Survey errors and survey costs*, New York, 1998, p. 225 ff.

<sup>28</sup> For this reason there is a parallel development of contractual measures.

Directives 95/46/EC<sup>29</sup>, 97/66/EC<sup>30</sup> and 2002/58/EC<sup>31</sup> (modified later by directive 2009/136/EC<sup>32</sup>) are the reference texts on the protection of personal data at European level, setting up a regulatory framework which defines the free movement of personal data, the protection for the privacy of individuals, the processing and the international transfer of information. Particular attention is paid to the electronic communications sector and to the cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws. It is also essential to add decision 2004/915/EC<sup>33</sup>, which amends decision 2001/497/EC as regards the introduction of an alternative set of standard contractual clauses for the transfer of personal data to third countries; and the well-known regulation 45/2001<sup>34</sup> on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data (this regulation also introduces the figure of the European Data Protection Supervisor).

Eurobarometer follows the above-mentioned legislation, transforming itself in a program that monitors public opinion through transparent and compliant mechanisms. The protection of the privacy and freedom of expression for individuals reaches its climax in the publication of the final reports that labels the worthiness of the surveys. They can be classified in three different groups: "Informative surveys", when the opinion pool concerns themes of recent debate; "Confirmation surveys", aimed at checking the temporal continuity of particular public opinions and "Comparative surveys", which study the diacronic and trans-national developments of public opinion.

<sup>29</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, in *OJEC* L 281, 23 November 1995, p. 31.

<sup>30</sup> Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, *OJEC* L 24, 30 January 1998, p. 1 ff.

<sup>31</sup> Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications), *OJEC* L 201, 31 July 2002, p. 37 ff.

<sup>32</sup> Directive 2009/136/EC of the European Parliament and of the Council amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services, Directive 2002/58/EC concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector and Regulation (EC) No 2006/2004 on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws of 25 November 2009, *OJEU* L 337, 18 December 2009, p. 12 ff.

<sup>33</sup> Council regulation (EC) No. 2252/2004 of 13 December 2004 on standards for security features and biometrics in passports and travel documents issued by Member States, *OJEU* L 385, 29 December 2004, p. 1.

<sup>34</sup> Regulation (EC) No 45/2001 of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by the Community institutions and bodies and on the free movement of such data of 18 December 2000, in *OJEU* L 8 of 12 January 2001, p. 1.

However every group inevitably requires further interpretation criteria, which impose terminological and linguistic filters, as underlined below.

4. The Lisbon Treaty expresses the double legitimacy of the European Union that represents both a union of States and a union of people. This double perspective requests the development of trans-national institutional cooperation and of debates with the social parties, which benefit from particular rights related to the European citizenship. The communication process of the European Union, which involves all the above-mentioned subjects, tries to reduce the EU democratic deficit through innovative websites, links, blogs and databases that show the most recent projects of the EU institutions and that aim at stimulating more frequent contacts with mass-media and increasing trust and citizens' positive opinions. In this reform phase the European Union proposes to renew its image and could use Eurobarometer as a source of information from an internal and external point of view. Clearness and speed of report publications will assure the access to various databases that offer quantitative and qualitative studies<sup>35</sup>.

It is therefore important not to disregard the linguistic and terminological profiles of Eurobarometer, which teach that a good communicative praxis must also include mutual understanding. The organization of a survey presupposes careful strategies concerning the words to be used in the questions, which need to be translated in all the official languages of the Member States (but also candidate countries). There is a case that demonstrates the importance of the survey terminology and points out the difficulties related to the formulation of the questions<sup>36</sup>. It concerns a Flash Eurobarometer survey organized in 2003, in which candidates were asked to read a list of fifteen third countries and to select the one that they considered as most “*dangerous*”. The survey's results caused a delicate *querelle* with Israel, that was chosen by 59% of the interviewees. Israel judged the adjective “*dangerous*” as equivocal (i.e. what is dangerous? A country, its government or a specific political situation?), too generic (what is the real meaning of “*dangerous*”?) and tendentious (because of the strategic disposal of the countries of the list). The European Commission was particularly criticized because its institutional functions and role at international level should force it to study in depth the political status of third countries and to control with meticulousness the contents of the questions.

Besides, the Eurobarometer opinion pools can reflect the typical jargon of the European Union: words like *Acquis Communautaire*, *subsidiarity*, *proportionality* and *enhanced cooperation* can be understood by individuals only if this

---

<sup>35</sup> Several considerable studies are supported by the University of Kohl and the University of Mannheim, that offer very innovative research about Eurobarometer surveys. Reference websites: [www.gesis.org](http://www.gesis.org) and [mzes.uni-mannheim.de](http://mzes.uni-mannheim.de).

<sup>36</sup> V. Flash Eurobarometer, November 2003 *Iraq and the Peace in the World* ([ec.europa.eu](http://ec.europa.eu), available on line).

jargon has a good spread<sup>37</sup>. The answers given by Eurobarometer interviewees show the common cognitive level as regards the European Union architecture and the didactic support of national mass-media (in particular television and newspapers).

The learning of concepts and words of European origin also embraces their perfect translation in all the twenty-three official EU languages<sup>38</sup>, in accordance with Articles 21 and 22 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which is integrated in the Lisbon Treaty. Eurobarometer respects the principle of no linguistic discrimination and recognizes the interviewees' right to receive the questions of the survey and to answer them in their own mother-tongue<sup>39</sup>. This concept refers to the European motto «*United in diversity*», motto which is full of allusions to the European identity and values<sup>40</sup>. From an analogical point of view this concept is also related to Articles 20 and 24 of the Lisbon Treaty (ex Articles 17 and 21 TEC), that ratify the right of the European citizens to write to any of the institutions, bodies, offices or agencies referred to in Art. 13 of the Treaty on European Union in one of the languages mentioned in Art. 55, par. 1 of the Treaty on European Union and to have an answer in the same language<sup>41</sup>. In order to assure an effective and democratic mutual communication between the European Union and its citizens, Eurobarometer surveys apply the principle of co-drafting, which is adopted when the European Union law is translated in all the twenty-three official languages<sup>42</sup>. Therefore opinion pools guarantee a multi-linguistic range of questions, their semantic equivalence, as well as their conceptual homogeneity. When there are interpretative impasses (due to difficulties of translation of words deriving from the EU jargon or of expressions which have only a partial linguistic flexibility), Eurobarometer opts for alternative terms that can be easily translated in all the languages and boast a high cognitive impact on its interviewees<sup>43</sup>.

Eurobarometer also protects multilingualism through the publication of its numerous reports in all the EU official languages. This intense translation work

<sup>37</sup> IATE database (InterActive Terminology for Europe) is one of the most innovative and precious opportunities of knowledge offered by the European Union to its citizens.

<sup>38</sup> The translation of the questions can become thorny because of the presence of numerous different linguistic, cultural, social and juridical traditions among Member States.

<sup>39</sup> Their mother-tongue generally corresponds to the official language of the Member State in which the opinion poll is organized.

<sup>40</sup> On the matter, L. IEVA, *Il Latino come lingua dell'Europa Unita – Studio sul regime linguistico dell'U.E.*, Napoli, 2009, p. 11 ff.

<sup>41</sup> For an analysis of the juridical aspects related to the languages used at EU level read, R. BOGNI, *Il multilinguismo nell'Unione europea*, in *DCSI*, 2010, p. 361 ff.

<sup>42</sup> The principle of co-drafting finds its greater application in the regulation, a legislative act of the European Union which has general application, is binding in its entirety and directly applicable in all Member States.

<sup>43</sup> This is the strategy which is generally chosen by Eurobarometer when promoting Standard and Special Eurobarometer surveys. On the contrary, Flash Eurobarometer surveys and Qualitative Studies can have a different terminological framework, because the specificity of their themes can require the use of particular or technical expressions.

includes several linguistic combinations. Only during the planning of the surveys and in the processing of the results and data collected Eurobarometer accepts the internal use of pivot languages, as typical expression of the EU pair *de facto* multilingualism and *de jure* multilingualism<sup>44</sup>. On the one hand the right to inform and be informed satisfies the need of multi-linguistic communication of the European Union. But on the other hand, it is obvious that the translation in all the official languages of the reports which need to be studied and processed for their publication is a massive job. This activity requires extraordinary human and financial resources and could compromise the actual rapidity of Eurobarometer in issuing its survey outcomes.

However Eurobarometer multilingualism jars with its home page which still shows an unjustifiable bilingual English and French version. Unlike the data processing activity, which rationalizes the adoption of the above mentioned pivot languages, the bilingual Eurobarometer home page cannot receive support by any financial or labour justification. In fact the idiomatic updating of the home page is less demanding than the punctual translation of all the reports, because of a very simple and easily comprehensible graphic skeleton. This unexpected encroachment on the right to be informed appears to be excused only by the fear to damage the image of the European Union and by the adoption of a strategic bilingual filter that slackens the selection of delicate reports concerning actual relevant EU matters.

For this reason it could be really peculiar and interesting the promotion of a Eurobarometer survey about the common opinion on these interpretative traps and on how difficult is the reading of the Eurobarometer on line pages and of other official links of the EU official web site (such as the pages concerning the financial opportunities of the European Union or the EPSO (European Personnel Selection Office) web site, which still lack complete translations of all the documents and projects).

5. The most recent European Union strategies concerning the information and communication development stimulate the planning of surveys, whose informative, cognitive and comparative opportunities are fully confirmed in the programme "Europe for citizens 2007-2013"<sup>45</sup>. However it is still early to speak about a European public opinion, because of the presence of different national sensitiveness concerning this type of research. Surveys organized in the Member States maintain their role of being the leading indicator of citizen opinions and do not yet satisfy the need to combine the European citizenship with a European public opinion. Besides, this latest element can only be improved through a widespread knowledge of words that are typical of the EU context. As stated above, Eurobarometer results must assure that the candidates know the meaning

---

<sup>44</sup> This pair is widely analysed by D. COSMAL, *Tradurre per l'Unione europea. Prassi, problemi e prospettive del multilinguismo comunitario dopo l'ampliamento a est*, Milano, 2008, p. 31 ff.

<sup>45</sup> Further information can be obtained in the programme *Europe for Citizens* (ec.europa.eu, available on line).

of the terms used in the EU context (for example the “*European arrest warrant*”) and that the way to analyse them is the same in all the Member States. In fact the USA experience in the field demonstrates how surveys can be useful, yet dangerous at the same time when they adopt expressions that can be misunderstood<sup>46</sup>. Therefore a more intense use of Eurobarometer surveys requires citizens to have a deeper knowledge of the so-called “*Eurojargon*” and new approaches by the EU institutions, as shown by their legislative activity.

Eurobarometer feedbacks are not only a resource for citizens and experts, but also a precious database which is often consulted by the European Parliament, the Council and the Commission and meets their legislative, executive and monitoring tasks. The European Union law includes several references to Eurobarometer and opinion polls in general. One example is given by regulation 430/2005, implementing the Council regulation 577/98 on the organisation of a labour force sample survey in the Community concerning the codification to be used for data transmission from 2006 onwards and the use of a sub-sample for the collection of data on structural variables. The organization of the survey reflects a range of conditions which are minutely specified by the same regulation. Surveys are also quoted in the Commission decision 2009/158/EC on the adoption of the Work Plan for 2009 for the implementation of the second programme of Community action in the field of health (2008 to 2013), and on the selection, award and other criteria for financial contributions to the actions of this programme. The Directorate-General Regional Policy will support the so-called Urban Audit Perception survey which is organised through specific contracts within a framework contract of DG COMM. The aim is to collect, analyse and disseminate data on the perception of health and well-being at the urban level in 75 cities in the EU, Croatia and Turkey through the Urban Audit Perception Survey and to implement the pilot European Health Examination Survey. The EU law seems to accept surveys as a way to monitor specific sectors and to underline the aspects on which the European Union needs to legislate. It is however noticed that the EU legislation includes only one survey case specifically organized by Eurobarometer which was arranged by the Commission in April 1994. On that occasion Eurobarometer promoted an investigation which involved 12,800 citizens, in order to gather data concerning *Feta* geographical indication of origin. The feedback of this opinion poll had relevance in the joined cases C-289/96, C-293/96 and C-299/96 of the Court of Justice, as successively quoted. Therefore Eurobarometer appears to be chiefly a social resource, to be applied when the institutions wish to collect information regarding general EU matters, while more specific surveys are still promoted by the Member States or on demand of particular EU agencies and bodies, such as the European Economic and Social Committee or the Committee of the Regions. But Eurobarometer boasts different types of surveys, which could be easily adapted

---

<sup>46</sup> It is to consider that the word *privacy*, is often confused with the concept of spamming and with matters related to cyber-crime or that can damage the results of the same survey.

to specific fields of research and assure high quality results and quickness of publication. This form of optimization of Eurobarometer human and financial resources could allow citizens to know better its numerous advantages and could find a permanent reference both in legislation and jurisprudence.

Plato considered surveys as the sensible knowledge of the things and statistics as the rational knowledge of ideas. If these two precious critical methodologies are combined, their results are remarkable: surveys offer cognitive and qualitative analysis, opinions regarding past, present or future events and a photograph of a precise reality, while statistics allow valuation and quantitative studies, extreme certainty of the results and the involvement of all people. This cross-system finds positive application in sectors like environment or public health, in which citizens require certain data but also a higher esteem of their opinion. As the concrete political structure of the European Union is still in an embryo stage, surveys do not meet particular acceptance in political and electoral contexts, that on the contrary represent one of the leading reasons of the opinion polls planned at national level. Therefore the European Union has to increase the use of Eurobarometer surveys in those sectors in which it regularly legislates or judges through its Court of Justice. The EU case-law of the latest years is full of references to opinion polls, mainly promoted at national level and quoted by applicants. The only exception is offered by the above-mentioned joined cases C-289, 293 and 299/96<sup>47</sup>, *Kingdom of Denmark, Federal Republic of Germany and French Republic v. Commission of the European Communities*. The cases refer to the Council regulation (EEC) 2081/92 and the Commission regulation (EC) 1107/96 and concern the registration of the geographical indication and designation of origin of the cheese *Feta*. In April 1994 the Commission arranged for a Eurobarometer survey of nationals of the twelve Member States which were then members of the European Community. To justify recourse to that survey, the Commission relied on the consideration that the basic regulation “requires for the purpose of declaring a name to be generic that it has become the common name for a product, in other words that it designates the product as such without involving, in the view of the public, any reference to the geographical origin of the product”. The results of the opinion poll were published in the Final Report of 24 October 1994 and described in detail by the Commission in order to demonstrate that the name *Feta* had not become generic within the meaning of the above-mentioned regulations and that *Feta* was not therefore included in the non-exhaustive indicative list of names that have become generic presented to the Council. On the other hand the Danish Government, and also the German and French Governments, finally and successfully criticised the Commission for relying primarily on the results of the Eurobarometer survey for its conclusion that the name *Feta* is not generic and on the opinion of the

---

<sup>47</sup> Judgment of the European Court of Justice of 16 March 1999, joined cases C-289, 293 and 299/96, *Kingdom of Denmark, Federal Republic of Germany and French Republic v. Commission of the European Communities*, Reports, p. I-1541 ff.

Scientific Committee, which was in turn based on the results of that survey. The three Governments observed that those results were inconclusive and incomplete (because the survey included neither the new Member States nor trade circles) and the Court of Justice annulled the Commission regulation (EC) 1107/96 of 12 June 1996 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in Art. 17 of Council regulation (EEC) 2081/92 to the extent to which it registered *Feta* as a protected designation of origin. The failure of the Commission induced it not to quote Eurobarometer surveys during trials in the following years and to use other data rather than opinion polls' results. However it cannot be denied that Eurobarometer could represent a remarkable preliminary instrument at jurisprudential level, boasting a successful multi-annual experience and several methods to collect and process data. In effect, the surveys arranged at national level and quoted in other cases of the Court of Justice demonstrate interesting thematic correspondences with Eurobarometer opinion polls, that mainly concern trade marks and designs, environment and customers' protection and rights. Among the numerous cases including surveys' references it is worth highlighting case C210/96<sup>48</sup>, *Gut Springenheide GmbH and Others v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt Ä Amt für Lebensmittelüberwachung*, concerning the misleading nature of products' descriptions, and the joined cases C-108/97 and C-109/97<sup>49</sup>, *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) v Boots – und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger*, concerning trade marks and geographical indications of origin. In accordance with directive 89/104/EEC regarding this latest matter and the judgement of the Court in the joined cases C-289/96, C-293/96 and C-299/96<sup>50</sup>, the Commission stressed that “account should be taken not only of opinion polls but also, for instance, of statements from chambers of commerce and industry, trade and professional associations and experts”, and seemed to conform its position with that of the Court. The Court reminded that, as regards the method to be used to assess the distinctive character of a mark in respect of which registration is applied for, the Community Law does not preclude the competent authority or national court, where there are particular difficulties in that connection, from having recourse, under the conditions laid down by its own national law, to an opinion poll as guidance for its judgment. The Court seems to give Member States a wide margin of operational freedom.

<sup>48</sup> Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 16 July 1998, case C-210/96, *Gut Springenheide GmbH and Rudolf Tuský v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt – Amt für Lebensmittelüberwachung*, Reports, p. I-4657 ff.

<sup>49</sup> Judgment of the Court of 4 May 1999, joined cases C-108 and 109/97, *Windsurfing Chiemsee Produktions- und Vertriebs GmbH (WSC) v. Boots- und Segelzubehör Walter Huber and Franz Attenberger*, Reports, p. I-4657 ff.

<sup>50</sup> Judgment of the Court of 16 March 1999, joined cases C-289, 293 and 299/96, *Kingdom of Denmark, Federal Republic of Germany and French Republic v. Commission of the European Communities*, Reports, p. I-1541 ff.

Also in the Case C-478/07<sup>51</sup>, *Budějovický Budvar National Corporation v. Rudolf Ammersin GmbH*, concerning the use of the mark “American Bud” and the protection in a Member State of a geographical indication of provenance of another Member State, the Court reasserts the national flexibility of the field stating that: “It is also in the light of that national law that the national court, if it finds it necessary to commission a consumer survey, must determine, for the purposes of making the necessary assessments, the percentage of consumers that would be sufficiently significant”. However the trust put by the Court in national opinion polls’ arrangement clashes with the importance it gives surveys during proceedings. It is not clear when the recourse to national opinion poll is to be effectively taken into account and how the Court considers the results given. In case T-137/08<sup>52</sup>, *BCS SpA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) – OHIM*, the Court of First Instance states that: “The absence of an opinion poll does not preclude a sign’s being shown to have acquired distinctive character through use, as other evidence may serve to show that that is the case (see paragraph 31 above). It is apparent from *Windsurfing Chiemsee* (paragraphs 49 to 53) that it is not absolutely necessary to carry out an opinion poll for the purposes of concluding that a sign has acquired distinctive character through use”. This position is criticized by BCS SpA, that in the appeal it brought on 23 December 2009 against the judgment of the Court of First Instance<sup>53</sup> underlines the relevance of consumers’ surveys, maintaining that: “(...) the duration of use of the Deere trade mark, the market shares and the volume of sales cannot be regarded as elements sufficient — when taken individually — to prove the acquired secondary meaning. And in particular they cannot compensate for the lack of an opinion poll (...), as these are evidentiary parameters of a different nature”. Surveys’ diagnostic potential is one of the central themes of the order of the Court of First Instance of 15 October 2008, case T405/05<sup>54</sup>, *Powerserv Personalservice v the Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)*, in which a charming debate concerning the multilingual interpretation of the word “Manpower” is combined with a discussion about the citizens’ perception of the same word. In particular, the applicant (*Power Personalservice*) submits that for the United Kingdom “the Board of Appeal did not assess what percentage of the public concerned would understand the intervener’s trade mark as distinguishing its goods and services.

---

<sup>51</sup> Judgment of the Court (Grand Chamber) of 8 September 2009, case C-478/07, *Budějovický Budvar National Corporation v. Rudolf Ammersin GmbH*, Reports, p. I-77721 ff.

<sup>52</sup> Judgment of the Court of First Instance (Eighth Chamber) of 28 October 2009, case T-137/08, *BCS SpA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Reports, p. II-4047 ff.

<sup>53</sup> Appeal brought on 23 December 2009 by BCS SpA against the judgment of the Court of First Instance (Eight Chamber) of 28 October 2009, case T-137/08, *BCS SpA v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)*, OJEU C 553/09 P, 23 December 2009.

<sup>54</sup> Order of the Court (Eight Chamber) of 2 December 2009, case C-553/08 P, *Powerserv Personalservice GmbH v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, not yet published in Reports.

In the applicant's submission, OHIM should have asked for objective opinions from chambers of commerce and industry, and trade and professional associations, and it should have relied on consumer surveys". Putting aside for a while the numerous cases in which OHIM has to face with the surveys quoted by applicants, it is possible to identify a subtle, indirect and revealing reference to opinion polls in other kind of trials, that especially regard environmental and health questions. Case C-241/08<sup>55</sup>, *European Commission v French Republic*, analyses the Council directive 92/43/EEC on the conservation of natural habitats and of wild fauna and flora, known as the *Habitats Directive*, whose obligations the French Republic has failed to fulfil. In particular, it is underlined that Article 6 of the *Habitats Directive* provides that: "Any plan or project (...) shall be subject to appropriate assessment of its implications for the site in view of the site's conservation objectives. In the light of the conclusions of the assessment of the implications for the site (...), the competent national authorities shall agree to the plan or project only after having ascertained that it will not adversely affect the integrity of the site concerned and, if appropriate, after having obtained the opinion of the general public". This provision seems to include opinion polls which take account of economic, social, cultural and defence requirements and of regional and local characteristics. The same philosophy accompanies the position of the Republic of Poland, which is defendant in case C-165/08<sup>56</sup>, in which the Commission "claims that the Court should declare that, by prohibiting the free circulation of genetically modified seed varieties and the inclusion of genetically modified varieties in the national catalogue of varieties, the Republic of Poland has failed to fulfil its obligations under directive 2001/18/EC of the European Parliament and of the Council (...)". According to the Commission, a Member State cannot unilaterally call into question a Community harmonisation measure on the basis of the perceptions of a section of public opinion, while the Republic of Poland referred to the fears expressed by the general public in Poland concerning the harm posed by GMOs to public health and the environment, and the fact that the Polish general public has shown itself to be strongly opposed to GMOs; additionally, it referred to the need to respect ethical principles, in accordance with recital 9 in the preamble to Directive 2001/18, claiming in that regard that the introduction into the Polish legal system of provisions to which most of the Polish people were opposed would be unethical. The case is emblematic, because it suggests the arrangement of specific surveys aimed at knowing how citizens' perceive GMOs, although the Court considers that a Member State cannot rely in that manner on the views of a section of public opinion in order unilaterally to challenge a harmonising measure adopted by the Community institutions. First of all the emotional impact of the opinion polls described by applicants (usually Member States) varies according to the context.

<sup>55</sup> Judgment of the Court (Second Chamber) of 4 March 2010, case C-241/08, *European Commission v. French Republic*, OJEU C 113, 1 May 2010, p 7 ff.

<sup>56</sup> Judgment of the Court (Second Chamber) of 16 July 2009, case C-165/08, *Commission of the European Communities v. Republic of Poland*, in OJEU C 220, 12 September 2009, p. 10 ff.

For example trade marks and designs, as well as customers' rights generally refer to surveys with a high economic and commercial profile, which are connected with visual, chromatic, sonorous or textual perceptions. On the contrary, fields like environment, public health, defence or quality of life reflect deeper perceptions, which can also include ethical, cultural, social and religious profiles that need not to be discriminated. These latest elements are difficult to be understood and transformed in detailed data to be processed during opinion polls. Therefore Eurobarometer could supply Member States with common interpretation criteria and percentages. Besides, their feedbacks may be interpreted by the EU judge through different evaluation methods and with changeable discretion levels. This latest case cannot be disregarded by the European Union, because it underlines that Member States attach particular importance to public opinion and use to quote them in several proceedings. This indicates the necessity to deepen social EU researches in delicate fields (such as OGMs), which have trans-national involvement. Eurobarometer should draw on these jurisprudential probationary data to arrange homogeneous surveys on the matter in all the Member States, even if its results cause for example common hostile positions towards trade and/or economic dominant realities.

6. In the light of the Lisbon Treaty and of the recent communicative EU prerogatives, it could be useful to take into account the European Union's general budget for the financial year 2010<sup>57</sup>, which provides for 6,800,000€ commitments covering "the analysis of trends in public opinion, mainly by means of opinion polls (e.g. general-public «Eurobarometer» surveys, «flash» surveys, by telephone, of specific populations on particular subjects, at regional, national, or European level, or qualitative surveys), together with quality control of these surveys". The general budget also specifies that Eurobarometer surveys will be organized to measure trends and the progress achieved as regards The European Year of Equal Opportunities or in the field of Justice, Freedom and Security. This demonstrates that Eurobarometer lends itself to supply the EU institutions quality information which could be used in their legislative activities. It is however important for the institutions to take into account homogeneously all the data collected, without developing subtle discretionary thematic choices. Linguistic trans-national uniformity should be an other dominant aspect concerning Eurobarometer questionnaires and reports, quoted in judgements and legislative EU dispositions too. From one side, during preliminary investigations, applicants tend to quote national surveys' feedbacks or, more rarely, Eurobarometer reports, such as case C-234/06<sup>58</sup>, *Il Ponte Finanziaria SpA v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*.

---

<sup>57</sup> Definitive adoption of the European Union's general budget for the financial year 2010, in *OJEU* L 064, 12 March 2010.

<sup>58</sup> Judgment of the Court (Fourth Chamber) of 13 September 2007, *Il Ponte Finanziaria SpA v Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs)*, in *OJEU* C 234/06, 10 January 2007.

From the other side the Court's judgements should specify which are the means that national authorities can adopt to analyse public opinion and speak more clearly about the arrangement of regional and/or local surveys. The great Eurobarometer experience should not only be based on questionnaires adopting a common terminology translated in all the official languages. It should also stimulate a process of operational and managing uniformity among all the Member States, which combines homogeneity in interpretation and analysis of the data. In fact it could be particularly useful for Eurobarometer to develop common guide lines that every Member State follows when supporting national surveys, in order to give them a common relevance and more credits, for example during EU trials.

Eurobarometer could also strengthen its relations with national public authorities and citizens and become a parallel instrument of research to be compared with the surveys arranged by national, regional and local trade-unions and public bodies. Eurobarometer should not only be considered a system to measure the citizens' level of satisfaction towards the EU institutions, but also a real window where citizens' can be listened concretely and successfully. This listening praxis could reach its innovative nature drawing a new specific list of topic thematic areas which are regularly subjected to trans-national surveys. However, this window can become seriously efficient and develop a real democratic spirit only with the collaboration of national mass-media, that nowadays have still have the power to decide the weight of Eurobarometer surveys in their communication policies and to influence the citizens' interest towards this perceptive monitoring system or towards the national ones. The independence of Eurobarometer is still strongly connected with its position in the communication policies of national mass-media. This high professional quality of the agencies arranging surveys could clash with the mass-media's behaviour and with the risk of distortion of the data published<sup>59</sup>. Therefore the final information given to citizens is the result of a delicate interaction between institutes organizing opinion polls and mass-media<sup>60</sup>. Eurobarometer should promote more controls on the reports published and quoted at national level, in order to assure citizens the possibility to recognize immediately the EU surveys. This monitoring system could be translated in a "*Eurobarometer quality certification*", that guarantees the exactness of the information published and provides for sanctions in case of violation and distortion of the same data. Eurobarometer could create a *super partes* trans-national authority, involved in formal controls concerning public, administrative and legal aspects. While quality and technical checks should be organized in collaboration with private monitoring associations and agencies, to be selected

<sup>59</sup> On this aspect read: G. GHIDINI, *La responsabilità dei mass-media nella diffusione dei sondaggi*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *I sondaggi di opinione ed elettorali: profili giuridici e metodologici*, Napoli, 1985, p. 111 ff.

<sup>60</sup> An interesting analysis is offered by: Presidenza del Consiglio dei Ministri – Commissione per la garanzia dell'informazione statistica, *Comunicazione e diffusione dei dati statistici ed aspetti distortivi*, Rapporto di indagine 06.04, Settembre 2006.

and appointed by Eurobarometer itself. The Eurobarometer Code could therefore define multi-level responsibilities, aimed at ruling the activity of the agencies which promote surveys, the behaviour of researchers and interviewers who deal with the questionnaires and the indirect communicative effects of the same opinion polls<sup>61</sup>.

## Abstract

### The role of Eurobarometer in the Communication Policy of the European Union

The relevant changes brought in by the Lisbon Treaty at institutional level require reflections concerning the new communication policy of the European Union and the specific contribution given by Eurobarometer surveys. Aim of this work is to study the potential of Eurobarometer, instrument created in 1973 and now boasting several methods of research and analysis of the European public opinion. Besides the activity of Eurobarometer stimulates observations on its legal and juridical outline, as well as remarks regarding the linguistic and terminological weight of its opinion polls. The EU case law can also help in valuing the pre-trial function of Eurobarometer and in making forecasts on its future use and relations with EU institutions, national public authorities and citizens.

---

<sup>61</sup> For a more specific analysis on the theme read R. VACCARELLA, *Aspetti processuali – civilistici della regolamentazione dei sondaggi* and *Sondaggi demoscopici e responsabilità civile*, in V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *op. cit.*, p. 116 ff. and p. 147 ff.





# Note e Commenti



# La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei

SOMMARIO: 1. La democrazia partecipativa. – 2. Gli istituti della democrazia partecipativa nel Trattato sull'Unione europea come modificato dal Trattato di Lisbona. – 3. Il diritto di iniziativa introdotto dal Trattato di Lisbona nell'art. 11, par. 4 TUE. – 4. Punti rilevanti della disciplina prevista nella Proposta di regolamento presentata dalla Commissione sull'iniziativa dei cittadini europei. – 5. Conclusioni.

1. L'iniziativa popolare (iniziativa) solitamente è considerata, insieme al *referendum*, uno strumento di democrazia diretta<sup>1</sup>. Questa posizione non ci sembra condivisibile. Il popolo con l'iniziativa, a differenza del *referendum*, non si riappropria del potere sovrano di decidere autonomamente ed in maniera definitiva quali nuove norme introdurre o quali delle preesistenti abrogare. Attraverso questo istituto, invece, i cittadini possono solo suggerire alle istituzioni che esercitano il potere legislativo di adottare un progetto di atto normativo, senza avere la capacità di imporre tale scelta. In questo senso l'iniziativa rientra nell'ambito degli strumenti della cosiddetta democrazia partecipativa.

Quest'ultima – spesso confusa, al pari dell'iniziativa popolare, con la democrazia diretta – è una nozione che ha acquisito crescente considerazione a partire dagli anni '70. Ossia da quando la democrazia rappresentativa – concezione con la quale si tende ad identificare la democrazia *tout court* – ha iniziato a mostrare i primi segni di affaticamento. Segnali che si sono andati intensificando con il passare del tempo e che si riscontrano – limitandoci al vecchio continente – praticamente in tutti gli Stati europei. Basti ricordare a questo riguardo il costante calo della percentuale di cittadini che partecipano alle votazioni per eleggere i

<sup>1</sup> La dottrina italiana considera, quali istituti della democrazia diretta contemplati dalla Costituzione: la petizione al Parlamento (art. 50 Cost.), l'iniziativa legislativa popolare (art. 71, par. 2 Cost.) ed il *referendum* abrogativo (art. 75 Cost.); si veda per tutti V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana*, in *Scritti per Orlando*, I, Padova, 1957, p. 411. È stato notato, tuttavia, che in genere la dottrina colloca in maniera "acritica" tali istituti tra le manifestazioni della democrazia diretta (P. CARETTI, U. DE SIERVO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 2008, p. 129), sulla scorta delle limitate discussioni che, soprattutto per l'istituto dell'iniziativa popolare, hanno impegnato l'Assemblea costituente italiana (D. BEZZI, *Iniziativa legislativa popolare e forme di governo parlamentare*, Milano, 1990, p. 12).

propri rappresentati nei parlamenti nazionali<sup>2</sup>. A questo dato – già di per sé esplicativo – si somma la crescente sfiducia manifestata da una consistente percentuale di popolazione verso i partiti politici tradizionali, le istituzioni di governo e, più in generale, l'azione politica. A tale rigetto corrisponde un rafforzamento dei gruppi estremisti e antisistema, che in diversi Paesi europei fioriscono e in alcuni casi si rafforzano<sup>3</sup>.

Le ragioni della crescente disaffezione verso la politica sono varie e profonde. A nostro avviso la principale risiede proprio nei meccanismi della democrazia rappresentativa, che in parte si sono inceppati. In particolare i partiti politici non riescono più a svolgere la loro funzione originaria, ossia quella di fungere da cinghia di trasmissione tra il popolo e le istituzioni. Essi, come prefigurava Simone Weil in un lucido quanto preveggente *pamphlet*, si sono trasformati in una macchina del consenso, che ha come fine ultimo non il bene comune ma il consolidamento e l'espansione delle posizioni di potere<sup>4</sup>. Questo ingiungimento è percepito in maniera sempre più netta dai cittadini che, percependo di non disporre di strumenti efficaci per far fronte a questa degenerazione, in misura crescente indulgono nell'apatia e nel disinteresse politico oppure ricorrono a forme di contestazione anarchica e irrazionale.

La democrazia partecipativa nasce proprio per fare fronte a questa situazione e per fornire un sostegno alla “zoppicante” democrazia rappresentativa. Come affermato da una delle principali teoriche di questa concezione, Carole Pateman, attraverso la democrazia partecipativa si vuole fare in modo che la democrazia abbia “realmente importanza nella vita quotidiana della gente, estendendo[ne] la sfera di controllo”<sup>5</sup>. L'intento non è dimostrare la superiorità della democrazia diretta e riportare tutti i poteri nelle mani del popolo. Al contrario, fermi restando i principi cardine della democrazia rappresentativa (libere elezioni, divisione dei poteri, principio di legalità), l'obiettivo è mettere i cittadini in condizione di apportare un contributo effettivo alla realizzazione del bene comune. Questo risultato presuppone l'introduzione di nuovi strumenti, che incoraggino e ren-

<sup>2</sup> Si veda in merito alla progressiva disaffezione al voto nelle democrazie moderne D. CAMPUS, *L'elettore pigro. Informazione politica e scelte di voto*, Bologna, 2000.

<sup>3</sup> Si può segnalare a tale riguardo il successo raggiunto in Ungheria dal partito nazionalista di estrema destra Jobbik, che alle elezioni per il Parlamento europeo del giugno 2009 ha ottenuto il 14,7 % dei voti e tre europarlamentari. Sulla scorta di tale risultato i dirigenti di Jobbik puntano a dare vita ad un nuovo soggetto politico europeo “Alliance of European Nationalist Movements”. Tale movimento dovrebbe raggruppare esponenti politici provenienti in particolare da quattro Paesi, oltre all'Ungheria: la Francia con il Fronte nazionale, l'Italia con la Fiamma tricolore, la Svezia con i Nazionalisti democratici ed il Belgio con il Fronte dei nazionalisti Valloni (si veda l'articolo di L. PHILLIPS, *Jobbik, BNP Move to form pan-European Far-Right Alliance*, del 26 ottobre 2009, in euobserver.com, reperibile *on line*).

<sup>4</sup> Secondo l'autrice: “Un partito politico è una macchina per fabbricare passione collettiva. (...) Il fine primo e, in ultima analisi, l'unico fine di qualunque partito è la sua propria crescita, e questo senza alcun limite”. S. WEIL, *Manifesto per la soppressione dei partiti politici* (trad. italiana), Roma, 2008, p. 31.

<sup>5</sup> Cfr. C. PATEMAN, *Participation and Democracy Theory*, Cambridge, 1970.

dano possibile il coinvolgimento individuale e di gruppo alla vita politica attiva. A tale riguardo, istituti quali: il bilancio partecipato, l'iniziativa popolare, le consultazioni pubbliche, il difensore civico, il diritto di petizione alle istituzioni politiche, le consulte, gli incentivi fiscali ed il sostegno all'associazionismo, la comunicazione attiva tra istituzioni e cittadini sono solo alcuni degli strumenti che possono portare i cittadini a svolgere un ruolo rilevante nell'azione politica e tradursi in forme di reale controllo sulla gestione del potere<sup>6</sup>.

Alla luce di quanto detto, non si capisce perché autorevoli commentatori ritengano che la democrazia partecipativa sia sostanzialmente priva di contenuto originale. In particolare, di questo avviso è chi ritiene che le istanze di partecipazione siano già riassunte nell'ambito della democrazia rappresentativa<sup>7</sup>. A noi sembra evidente, invece, che in quest'ultima l'enfasi cada sul "rappresentante" e sui meccanismi attraverso i quali si stabilisce chi sarà il "rappresentante". Nell'ambito di tale concezione, poi, se è vero che i cittadini sono chiamati ad interessarsi all'operato dei governanti, ciò avviene essenzialmente al fine di consentire loro di esprimere un giudizio complessivo al momento delle elezioni.

Nella democrazia partecipativa, invece, l'enfasi si pone sulla presenza di concreti e specifici istituti di partecipazione (consultazione, iniziativa, ecc.), capaci di coinvolgere significative porzioni di popolazione (non solo elettori, ma anche giovani, stranieri, e ulteriori categorie escluse dal voto) chiamate a fornire il loro contributo per aiutare i "rappresentanti" a decidere al meglio, al di fuori ed indipendentemente dalle elezioni. In questo senso la nozione di democrazia partecipativa assume una evidente specificità.

2. Una delle novità più interessanti del Trattato di Lisbona consiste nell'aver inserito nel Trattato sull'Unione europea (TUE) un nuovo titolo II dedicato alle "Disposizioni relative ai principi democratici". Esso consta di quattro articoli: l'art. 9 sull'acquisizione della cittadinanza europea; l'art. 10 sui principi di rappresentatività, di partecipazione e sui partiti politici a livello europeo; l'art. 11 sugli strumenti di partecipazione popolare, tra cui il diritto di iniziativa; e l'art. 12 sul ruolo dei parlamenti nazionali.

Per quanto concerne l'oggetto di questo contributo, un merito delle disposizioni appena ricordate è la speciale attenzione data alla democrazia partecipativa. Ciò si evidenzia in riferimento a due aspetti. Anzitutto l'istituto dell'iniziativa è collocato nell'alveo della democrazia partecipativa, quindi sono introdotti nuovi strumenti di partecipazione popolare.

---

<sup>6</sup> Si veda sulla democrazia partecipativa ed i suoi strumenti, G. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, Relazione generale al Convegno: "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive", 2-3 aprile 2009, in *Astrid-online.it*, reperibile *on line*.

<sup>7</sup> In questo senso G. SARTORI, *Democrazia: cosa è*, Milano, 2000, p. 82, dopo una breve analisi sul concetto di partecipazione, conclude affermando che "o il fautore della democrazia partecipativa si decide a chiarire al positivo dove sta riguardo a quale partecipazione (di quale natura) in quali luoghi (dappertutto?), oppure restiamo con un animale che non riesco ad identificare".

Riguardo al primo aspetto, l'art. 11 TUE – il cui par. 4, come accennato, contempla il diritto di iniziativa – riprende letteralmente il testo dell'art. I-47 del poco fortunato Trattato costituzionale. In quest'ultimo, l'art. 47 era espressamente intitolato: “Principio della democrazia partecipativa”. Coerentemente a questa impostazione, la Commissione europea nella Proposta di regolamento sull'iniziativa – definita iniziativa dei cittadini europei e di cui tratteremo ampiamente più avanti – afferma che tale istituto si colloca nell'ambito degli strumenti della democrazia partecipativa<sup>8</sup>. Questi elementi avvalorano le considerazioni da noi svolte in apertura del precedente paragrafo in merito alla natura del diritto di iniziativa.

Relativamente al secondo aspetto, l'art. 11 prevede quali ulteriori strumenti di partecipazione: la promozione dello scambio di opinioni tra cittadini e associazioni nel quadro delle competenze UE (par. 1); un dialogo aperto tra le istituzioni europee e la società civile (par. 2); il dovere di procedere – rivolto soprattutto alla Commissione – ad ampie consultazioni delle parti interessate al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza dell'azione europea. Infine, un alto livello di coinvolgimento popolare è richiamato nell'art. 10, par. 3, secondo il quale “Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione”.

La chiarezza e l'ampiezza con le quali il Trattato di Lisbona affronta il tema della democrazia partecipativa sono straordinarie, soprattutto se le si mette a confronto con le costituzioni degli Stati membri. Nessuna di esse, infatti, contiene un corpo normativo paragonabile a quello che il nuovo TUE riserva all'argomento in oggetto. Se alcune Carte contemplano l'istituto dell'iniziativa (Italia, Spagna, Austria, Lituania, Lettonia, Ungheria, Polonia, Portogallo e Slovenia<sup>9</sup>), ulteriori strumenti di partecipazione sono pressoché assenti. Oppure, quando sono menzionati, risultano decisamente generici, come nel caso dell'art. 3, 2° comma della Costituzione italiana, quando prevede che è compito dello Stato “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che (...) impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

Anche se si guarda ai principali atti internazionali in materia di diritti umani, nelle previsioni dedicate ai cosiddetti diritti politici, ci si limita a sancire diritti quali quelli: “di partecipare al governo del proprio paese” (art. 21 Dichiarazione

<sup>8</sup> Nella relazione che apre la Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'iniziativa dei cittadini, COM(2010)119 def., del 31 marzo 2010 (COD 2010/74), la Commissione afferma chiaramente: “Il trattato sull'Unione europea introduce, accanto alla dimensione della democrazia rappresentativa sulla quale si fonda l'Unione, una dimensione interamente nuova di democrazia partecipativa, che rafforza la cittadinanza dell'Unione e riconosce il diritto di ogni cittadino di partecipare alla vita democratica dell'Unione. La democrazia partecipativa s'impenna sulle regole principali del dialogo civile (...) e soprattutto, introduce un'importante innovazione nel funzionamento democratico dell'Unione prevedendo l'iniziativa dei cittadini, secondo la quale un milione di cittadini possono chiedere alla Commissione di presentare determinate proposte legislative”.

<sup>9</sup> Si veda a tale riguardo quanto riportato nel libro verde della Commissione dell'11 novembre 2009, diritto d'iniziativa dei cittadini europei, COM(2009)622 def.

universale dei diritti dell'uomo), "di partecipare alla direzione degli affari pubblici, di votare e di essere eletto" (art. 25 Patto sui diritti civili e politici); nonché l'impegno da parte degli Stati "di assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo" (art. 3 Protocollo I CEDU). Nessun riferimento è fatto ai meccanismi che possono favorire e rendere operanti tali diritti, né sono previsti i tipici strumenti della democrazia partecipativa.

In definitiva, quindi, il Trattato di Lisbona è il primo atto giuridico di natura "costituzionale" in cui si afferma la centralità della democrazia partecipativa e dei suoi istituti.

I motivi di questa evidenza sono presumibilmente legati alle caratteristiche del processo europeo di integrazione. Come noto, la Comunità economica europea originariamente era concepita quale ente di natura principalmente tecnica, avente come fine prevalente quello di creare un mercato comune europeo e conseguentemente di far crescere i flussi commerciali all'interno della Comunità. Nell'ambito di questo contesto finalistico, l'azione europea non sollevava particolari preoccupazioni rispetto alla sua legittimazione democratica. Con il Trattato di Maastricht le cose cambiano significativamente. Nasce l'Unione europea dotata di un nuovo obiettivo: creare "un'unione sempre più stretta tra i popoli d'Europa". A tale obiettivo si aggiungono poi competenze e poteri che prima di allora erano riservati ai soli Stati membri. Consapevoli del salto di qualità del processo di integrazione, i governi che hanno voluto Maastricht ritennero che sarebbe bastato assegnare al Parlamento europeo (PE) il ruolo di colegislatore per fugare i timori, presenti in molti settori delle comunità nazionali, della nascita di un super-Stato europeo privo di reale legittimità democratica. Ma si sbagliavano; non sono stati sufficienti neppure gli ulteriori poteri assegnati all'europarlamento dai Trattati di Amsterdam (1997) e di Nizza (2000) per portare i popoli europei a credere nel progetto integrazionista. Anzi, al contrario, la diffidenza nei confronti di un'Europa sempre più influente ma distante dai cittadini è cresciuta. Per tentare di porre rimedio a questa situazione, prima con la Dichiarazione di Nizza n. 23 sul futuro dell'Europa, poi con la Dichiarazione di Laeken del dicembre 2001, vennero posti tre nuovi e ambiziosi traguardi: accrescere la legittimazione democratica dell'Unione; attribuire ad essa nuovi compiti interni; riconoscerle un ruolo di primo piano nel contesto internazionale. Soprattutto il perseguimento del primo obiettivo era ed è di centrale importanza per la sopravvivenza stessa dell'Unione europea. Se infatti per i governi degli Stati membri è importate riguadagnare stima e fiducia dei propri cittadini al fine di rendere più convincente la loro azione di governo, per l'Unione europea è vitale costruire un rapporto di vicinanza e condivisione di intenti con i popoli europei, che fino ad oggi non è mai esistito. Al punto in cui è giunto il processo di integrazione, il solo consenso dei governi non sembra essere più sufficiente: occorre un convinto sostegno popolare, almeno di una parte significativa dei popoli europei. Ed è a questo obiettivo che punta il titolo II sui principi democratici, in particolare l'istituto dell'iniziativa europea.

3. L'istituto dell'iniziativa – definita iniziativa dei cittadini europei nell'art. 11 TUE – era previsto già nell'art. I-47 del Trattato costituzionale. L'inserimento di tale previsione, tuttavia, è avvenuta in una fase molto avanzata dei lavori della Convenzione europea. Di esso, infatti, non c'è traccia né nelle prime versioni della bozza di Trattato, né all'interno dei documenti predisposti dai Gruppi di lavoro che operavano nell'ambito della Convenzione<sup>10</sup>. È solo nella sessione plenaria del 5-6 maggio 2003, a lavori quasi ultimati, che l'iniziativa fa la sua comparsa nel titolo VI dedicato alla vita democratica dell'Unione (sostituito senza modifiche – come si è detto – dall'attuale titolo II del TUE sulle “Disposizioni relative ai principi democratici”).

Le ragioni di questo tardivo inserimento sono sostanzialmente due. La prima, consiste nella presenza del diritto di petizione al PE, che – introdotto con il Trattato di Maastricht – già consente a questa istituzione, su istanza di cittadini europei, di sollecitare la Commissione a presentare proposte legislative. La seconda, era il timore che, vista la sostanziale assenza di una sfera pubblica europea e di organizzazioni e movimenti realmente rappresentativi della società civile europea, l'iniziativa sarebbe rimasta inutilizzata, oppure avrebbe corso il rischio di essere strumentalizzata in chiave antieuropea o come leva di mera propaganda. Sta di fatto che in sede di Convenzione alla fine ha prevalso la posizione di chi voleva raccogliere la sfida e vedere l'iniziativa come un importante strumento di partecipazione, capace di creare un'arena politica europea e di avvicinare i cittadini al processo di integrazione.

L'istituzione del diritto di iniziativa è ovviamente legata alle sorti del Trattato costituzionale prima e del Trattato di Lisbona poi. Si è così dovuto attendere il 1° dicembre 2009 e la definitiva entrata in vigore del Trattato di Lisbona, perché anche la creazione di questo nuovo istituto di partecipazione divenisse una concreta possibilità.

Nel dettaglio, il diritto di iniziativa – come contemplato nell'art. 11, par. 4 TUE – prevede che i cittadini di un numero significativo di Stati membri, se raggiungono la quota di almeno un milione, possono invitare la Commissione europea a presentare una proposta appropriata al fine dell'adozione di un atto giuridico dell'Unione<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Anche nel documento presentato il 2 aprile 2003 (ossia a lavori quasi conclusi) dal *Praesidium* alla Convenzione contenente i progetti di articoli da inserire nel futuro Trattato costituzionale e dal titolo “La vita democratica dell'Unione” (Bruxelles, 2 aprile 2003, CONV 650/03), non c'era ancora traccia dell'iniziativa.

<sup>11</sup> Art. 11, par. 4 TUE: “Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati.

Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono stabilite conformemente all'articolo 24, primo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea”.

Due le condizioni poste in merito al contenuto dell'invito. La prima è che le istanze dei cittadini abbiano come fine "l'attuazione di Trattati"; il che sembrerebbe escludere la possibilità di sollecitare proposte di modifica dei Trattati stessi. Eventualità, quest'ultima, che però – come si dirà più avanti – è ritenuta percorribile dal PE. La seconda, è che l'iniziativa deve rientrare nell'ambito "delle attribuzioni" della Commissione; si escludono quindi inviti volti all'adozione di atti normativi in materie quali la politica estera, la politica economica, ed altre ancora dove l'esecutivo europeo non dispone del potere di iniziativa legislativa. Tuttavia, visto che il Trattato parla di atti giuridici in termini generali e non della più ristretta categoria degli atti legislativi, dovrebbe essere consentito chiedere alla Commissione di presentare anche atti di natura non legislativa che rientrano tra le sue competenze, come, tra gli altri, proposte con le quali la Commissione raccomanda agli Stati di adottare misure in materia fiscale (*ex art. 97 TFUE*) oppure quelle indirizzate al Consiglio in materia di politica economica (*ex art. 121 TFUE*).

Relativamente alla procedura in base alla quale esercitare il diritto di iniziativa, l'art. 11 TUE rinvia a quanto previsto nell'art. 24, par. 1 TFUE. In tale disposizione è stabilito che il Parlamento ed il Consiglio, mediante regolamenti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria (quindi su proposta della Commissione), stabiliranno le procedure e le condizioni per la presentazione di un'iniziativa dei cittadini, in particolare in merito al numero minimo di Stati membri da cui i cittadini che sostengono l'iniziativa devono provenire<sup>12</sup>.

La scelta del regolamento quale atto legislativo di diritto derivato è sicuramente motivata dalla necessità di definire una procedura uniforme in tutti gli Stati, onde evitare che in alcuni Paesi sia più agevole ed in altri meno l'esercizio di tale diritto, compromettendo così la natura europea dell'iniziativa. Unica indicazione di cui le istituzioni comunitarie devono tenere conto nel predisporre i regolamenti di attuazione, è la speciale attenzione che dovrà essere riservata alla definizione del numero degli Stati membri da cui devono provenire le adesioni all'iniziativa. Requisito già previsto nell'art. 11, par. 4, nel quale però si parla di numero "significativo" e non "minimo" di Stati, come nell'art. 24 TFUE. Il numero in questione, quindi, deve essere significativo ma allo stesso tempo tale da non rendere difficoltoso l'esercizio del diritto di iniziativa.

Sulla base del quadro giuridico di diritto primario appena delineato, l'iter di elaborazione del regolamento attuativo dell'art. 11 TUE ha avuto inizio ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ciò a dimostrazione dell'importanza riservata all'iniziativa dei cittadini da parte delle istituzioni europee.

Il primo a muoversi è stato il PE, che già il 3 febbraio 2009 – ossia quasi un anno prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – ha visto adottare dalla

---

<sup>12</sup> Art. 24, par. 1 TFUE: "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le disposizioni relative alle procedure e alle condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini ai sensi dell'articolo 11 del trattato sull'Unione europea, incluso il numero minimo di Stati membri da cui i cittadini che la presentano devono provenire".

sua Commissione permanente per gli affari costituzionali una risoluzione di iniziativa sul diritto in oggetto<sup>13</sup>. La risoluzione, approvata dal PE il 7 maggio 2009, delinea alcuni punti di carattere generale ed è completata da un allegato nel quale, in maniera analitica, si indicano le condizioni che dovrebbero essere tenute in considerazione dalla Commissione europea nella predisposizione della Proposta di regolamento.

Alla luce della risoluzione del PE, la Commissione l'11 novembre 2009 ha presentato il libro verde "Diritto di iniziativa dei cittadini europei"<sup>14</sup>. Il documento, dopo una prima parte introduttiva, propone dieci interrogativi sui quali riflettere in merito alla futura disciplina del diritto di iniziativa. I quesiti riguardano i seguenti temi: numero minimo di Stati membri da cui i cittadini devono provenire; numero minimo di firme per Stato membro; età minima per sostenere un'iniziativa dei cittadini europei; forma e formulazione di un'iniziativa; requisiti in materia di raccolta, verifica e autenticazione delle firme; termine per la raccolta di firme; registrazione delle iniziative; requisiti che devono soddisfare gli organizzatori; trasparenza e finanziamento; esame di un'iniziativa da parte della Commissione; iniziative riguardanti il medesimo argomento.

In merito a tali quesiti l'esecutivo europeo in alcuni casi ha avanzato delle risposte, in altri si è limitato a prospettare delle opzioni. Il fine dichiarato è raccogliere, attraverso l'apertura di una consultazione pubblica, le opinioni di tutte le parti interessate sui principali aspetti connessi al futuro regolamento. Tale fase, aperta con la presentazione del libro verde, ha avuto termine il 22 febbraio 2010, con un'audizione pubblica svolta alla presenza delle parti coinvolte nella consultazione. Si è trattato di un processo ampio al quale hanno aderito oltre 320 soggetti (41 enti pubblici, 62 organizzazioni registrate presso la Commissione, 60 organizzazioni non registrate e 153 singoli cittadini)<sup>15</sup>. Infine, sulla base delle risultanze della consultazione e delle proposte avanzate dal PE, la Commissione ha dato avvio formale alla procedura legislativa ordinaria presentando il 31 marzo 2010 la "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'iniziativa dei cittadini"<sup>16</sup>.

Nel momento in cui si scrive si sono pronunciati, nell'ambito della suddetta procedura, il Consiglio dei ministri (nella formazione Affari generali), il Comitato delle Regioni (CDR) ed il Comitato economico e sociale europeo (CESE). Il Consiglio in un primo momento ha avanzato alcune considerazioni

<sup>13</sup> Si tratta della Risoluzione recante richiesta alla Commissione di presentare una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per l'attuazione dell'iniziativa dei cittadini (2008/2169-INI). Ne è relatrice l'eurodeputata Sylvia-Yvonne Kaufmann. La risoluzione della Commissione affari costituzionali è completata dal parere reso della Commissione petizioni.

<sup>14</sup> COM(2009)622 def., cit.

<sup>15</sup> I risultati della consultazione ed il testo dei relativi contributi sono reperibili *on line* in ec.europa.eu. Inoltre, da segnalare il documento della Commissione europea in cui sono delineati i principali elementi emersi nel corso della consultazione, Commission Staff Working Document, *Outcome of the Public Consultation on the Green Paper on a European Citizens' Initiative*, Bruxelles, 31 marzo 2010, SEC(2010)370.

<sup>16</sup> COM(2010)119 def.

preliminari nella riunione del 26 aprile 2010<sup>17</sup>. Quindi, nella riunione del 14 giugno 2010<sup>18</sup>, ha raggiunto un accordo politico generale in cui – come si dirà più avanti – prende posizione su alcuni punti centrali della futura disciplina del diritto di iniziativa.

A loro volta, su richiesta del Consiglio e del Parlamento, il CDR in data 9-10 giugno 2010<sup>19</sup> ed il CESE il 14 luglio 2010<sup>20</sup>, hanno presentato due pareri sulla Proposta di regolamento. Come si dirà nel paragrafo che segue, entrambi gli organi consultivi, in termini generali, hanno espresso sostegno alla Proposta, avanzando però specifiche richieste di modifica o integrazione volte a perfezionarne il contenuto.

**4.** La Commissione europea, sia nel libro verde che nella Proposta di regolamento, non si è limitata a dare attuazione a quanto previsto espressamente nell'art. 11 TUE, ma ha pensato di disciplinare anche altri aspetti ritenuti importanti per un corretto esercizio del diritto di iniziativa.

Tendo conto dei documenti e degli atti fino ad ora presentati, su alcuni punti le posizioni risultano distanti, in particolare tra Commissione e Parlamento, mentre su altri si riscontra un consenso generale.

Relativamente a questa seconda categoria di questioni, una generale condizione si registra sull'età minima per esprimere adesione ad una iniziativa, aspetto sul quale il Trattato non dà indicazioni. A parte alcune organizzazioni della società civile (quale in particolare il Youth European Forum, che propone di consentire anche ai 16enni di esprimere il loro sostegno al fine di dare un segnale a favore dei giovani)<sup>21</sup>, le istituzioni europee concordano che per sottoscrivere una dichiarazione di sostegno si debba aver raggiunto l'età prevista in ciascuno Stato membro per il voto alle elezioni europee (art. 3, par. 2 della Proposta).

Un'altra questione di cui non si fa cenno nell'art. 11 TUE e sulla quale si registra una comunanza di vedute, concerne il tetto minimo di dichiarazioni

---

<sup>17</sup> Il questa sede il Consiglio si è limitato ad affrontare un primo dibattito orientativo concentrandosi su quattro aspetti: la registrazione delle iniziative e la loro ammissibilità, il numero minimo di adesioni per Stato membro, le procedure e le condizioni per conservare le adesioni di sostegno, il sistema di raccolta elettronica delle adesioni. 3010th Council meeting General Affairs, *Press Release* 8967/10 (Presse 89).

<sup>18</sup> Council meeting General Affairs, Agreement on Draft Regulation Implementing the European Citizens' Initiative, *Press Release* 11099/10 (Presse 178), Luxembourg, 14 giugno 2010.

<sup>19</sup> Parere del Comitato delle Regioni, L'iniziativa europea dei cittadini, relatore Sonia Masini, CDR 167, 9/10 giugno 2010 ([www.coropinions.cor.europa.eu](http://www.coropinions.cor.europa.eu), reperibile *on line*).

<sup>20</sup> Parere del Comitato economico e sociale europeo, Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante l'iniziativa dei cittadini, Relatrice Anne-Marie Sigmund, CESE/2010/993 ([www.eescopinions.eesc.europa.eu](http://www.eescopinions.eesc.europa.eu), reperibile *on line*).

<sup>21</sup> Nel documento presentato da questa Associazione ([ec.europa.eu](http://ec.europa.eu), reperibile *on line*) si sottolinea anche che, non essendo la sollecitazione alla Commissione un atto normativo ed avendo, invece, un alto valore dal punto di vista del coinvolgimento dei cittadini europei al processo di integrazione, non si dovrebbe perdere l'occasione di mostrare una speciale attenzione verso i giovani.

espresse da cittadini di uno Stato membro perché questo possa rientrare tra il numero “minimo” ma “significativo” di Stati dai quali provengono le dichiarazioni di sostegno. La Commissione ha ritenuto opportuno occuparsi anche di questo aspetto in quanto, a suo avviso, “occorre un numero minimo di cittadini partecipanti nel numero minimo di Stati membri previsto per assicurare che [in ciascuno di essi] venga rispecchiata una percentuale ragionevole dell’opinione pubblica”<sup>22</sup>. La Commissione (art. 7, par. 3 della Proposta) ha modificato la posizione originaria espressa nel libro verde ed ha fatto proprie le soluzioni avanzate nell’ambito della consultazione pubblica. Così, al posto della percentuale dello 0,2% della popolazione di ciascuno Stato, originariamente sostenuta dall’esecutivo europeo, nella Proposta si opta per un fattore fisso di 750 (corrispondente alla soglia massima di seggi al PE) che deve essere moltiplicato per il numero di parlamentari assegnati ad ogni Stato membro. Questo sistema, condiviso dal PE e dal Consiglio, evita l’inconveniente di fissare soglie eccessivamente basse per gli Stati piccoli e piccolissimi<sup>23</sup>.

Altro aspetto in merito al quale non si riscontrano difformità di vedute è quello della forma della istanza di iniziativa. Nella Proposta della Commissione il punto è affrontato, in verità in maniera fin troppo perentoria, nel solo allegato II sulle “Informazioni necessarie per registrare un’iniziativa dei cittadini”. Scartata l’opzione di prevedere obbligatoriamente una bozza di testo in articoli, i proponenti possono limitarsi ad indicare: il titolo, l’oggetto, una breve descrizione degli obiettivi della proposta, la base giuridica che consente alla Commissione di agire, i dati dei proponenti stessi, ed informazioni sulle fonti di finanziamento e di sostegno dell’iniziativa proposta.

Restano distanti, invece, le posizioni riguardo al numero “minimo” ma “significativo” di Stati membri dai quali, in base all’art. 11, par. 4 TUE, devono provenire le dichiarazioni di sostegno all’iniziativa. La Commissione nella Proposta (art. 7, par. 1) si è espressa – con il sostegno del Consiglio – per la soglia di 1/3 (corrispondente attualmente a 9 Stati); mentre il PE nella risoluzione del 7 maggio sostiene quella di 1/4 (oggi equivalente a 7 Stati). Il principio al quale la Commissione fin dal libro verde ha dichiarato di volersi ispirare sul punto è quello di trovare dei precedenti nell’ordinamento europeo. In realtà, per entrambe le soluzioni è possibile rinvenire analogie nei Trattati. Relativamente alla percentuale di 1/3, questa è prevista per il numero di Stati membri necessari a dare vita ad una cooperazione rafforzata (art. 20 TUE). La percentuale di 1/4, invece, indica – a partire dal Trattato di Lisbona – il numero minimo di Stati che

<sup>22</sup> Libro verde, cit., p. 5.

<sup>23</sup> Prendendo a riferimento lo Stato più popoloso (la Germania con circa 82,5 milioni di abitanti) e quello meno popoloso (Malta con circa 400.000 abitanti), con il sistema dello 0,2%, nel primo Stato sarebbe stato necessario raggiungere la soglia di circa 164.000 dichiarazioni, mentre a Malta sarebbero bastate 800 firme. Con il metodo del fattore fisso a 750, alla Germania (con 96 deputati) basterebbero 72.000 firme, mentre a Malta (con 6 deputati) ne occorrerebbero ora 4.700. Il numero minimo di firme per Stato membro è indicato nell’allegato I della Proposta di regolamento.

possono proporre cooperazioni nei settori amministrativo, penale e di polizia (art. 76 TFUE). Sostegno alla posizione del PE è espresso nei pareri di entrambi i Comitati consultivi<sup>24</sup>.

A nostro avviso l'opzione sostenuta dal PE è più convincente in quanto, come affermato dalla stessa Commissione, l'esercizio del diritto di iniziativa intensificherà "il dibattito pubblico sulla politica europea, contribuendo alla creazione di un autentico spazio pubblico europeo"; elemento quest'ultimo la cui assenza costituisce probabilmente il principale limite del processo di integrazione. Per questa ragione, rendere il meno gravoso possibile il ricorso al diritto di iniziativa risponde al soddisfacimento di un'esigenza primaria dell'Unione europea, e prevedere che le dichiarazioni di sostegno provengano da un gruppo di 7 Stati anziché di 9 va in questa direzione.

Riguardo alla natura degli atti che possono essere oggetto di iniziativa, a nostro avviso nella Proposta di regolamento si riscontra un *deficit* di chiarezza. Il principale elemento di opacità sta nel fatto che nella Proposta non ci si pronuncia in maniera netta sull'ammissibilità di o meno di iniziative che abbiano il fine di modificare i Trattati istitutivi. Sulla questione il PE si è pronunciato positivamente, mentre tale eventualità non è presa in considerazione né dalla Commissione, né dal Consiglio. A nostro avviso e contrariamente a quanto sostenuto dal PE, sarebbe bene chiarire espressamente che la modifica dei Trattati istitutivi non rientra tra gli ambiti nei quali può essere esercitato il diritto di iniziativa. In primo luogo, perché un'interpretazione che ammettesse tale possibilità – come si è già accennato – sarebbe in contrasto con il testo dell'art. 11, par. 4 TUE, che parla di proposte volte a dare "attuazione ai Trattati". In secondo luogo, visto che è presumibile che i promotori di un'iniziativa, nello scegliere i temi da sottoporre alla Commissione, avranno più attenzione alla rilevanza politica rispetto alla base giuridica, un deficit di chiarezza in merito alla modifica dei Trattati potrebbe creare molta confusione. Temi quali l'abolizione dell'euro o l'introduzione di nuove politiche europee potrebbero facilmente accendere gli animi ed essere oggetto di iniziative popolari se non si chiarisse in anticipo la loro improponibilità.

Altro elemento che a nostro avviso risulta ambiguo riguarda la possibilità che l'iniziativa debba sempre proporre atti di natura legislativa oppure no. A nostro avviso dovrebbero risultare ammissibili anche atti di natura non legislativa, visto che l'art. 11 TUE parla di "atto giuridico" ritenuto necessario per l'attuazione dei Trattati e non di atto legislativo. In senso contrario alla posizione da noi espressa sembra deporre quanto previsto nel già richiamato allegato II sulle Informazioni per registrare un'iniziativa. Tra le informazioni richieste ai proponenti di un'iniziativa vi è anche quella di specificare "la base giuridica dei trattati che consente alla Commissione di agire *in sede legislativa*".

---

<sup>24</sup> In particolare il Comitato economico e sociale ricorda che il requisito di un quarto è applicato anche come condizione per formare dei gruppi politici nel Parlamento europeo. L'art. 30 del Regolamento del Parlamento prevede infatti che i gruppi politici siano formati da non meno di 25 deputati provenienti da almeno 1/4 degli Stati membri.

Passando al punto relativo al termine in cui deve essere dichiarata ammissibile un'istanza di iniziativa, le posizioni delle istituzioni risultano evidentemente distanti. Secondo il PE una pronuncia dovrebbe essere espressa dalla Commissione prima dell'avvio della raccolta di adesioni, al fine di garantire certezza nella procedura ed evitare inutili dispendi di risorse umane e finanziarie. Di parere opposto la Commissione, secondo la quale (art. 8, par. 1 della Proposta) il giudizio sull'ammissibilità deve essere pronunciato nel momento in cui sono stata raggiunte almeno 300.000 adesioni. Anche in questo caso il Consiglio si schiera con la Commissione, pur riducendo la soglia a 100.000 firme. In questo senso si sono espressi sia il CESE (che chiede addirittura un tetto di sole 50.000 firme) sia diversi soggetti che hanno partecipato alla consultazione pubblica. Da più parti si è sostenuto, infatti, che il diritto di iniziativa persegue il suo obiettivo principale quando riesce a sollevare un dibattito a livello europeo, indipendentemente dalla presentazione di una proposta formale da parte della Commissione. Se questo moto di interesse è frustrato sul nascere da un rigetto di ammissibilità, si corre il rischio di avvilire delle iniziative e sprecare delle importati opportunità di confronto. Questa posizione è stata assunta in particolare dal Mediatore europeo, che, nella relazione presentata nella fase di consultazione, si spinge addirittura fino al punto di ritenere superfluo qualsiasi giudizio di ammissibilità, in considerazione del fatto che il Trattato non impone questa pronuncia.

Altro punto critico – del quale il Trattato non fa menzione – riguarda il termine entro il quale devono essere raccolte le firme di adesione. Secondo la Commissione (art. 5, par. 4 della Proposta) tale termine deve corrispondere a 12 mesi ed avere inizio nel momento della registrazione, ossia quando ha inizio la raccolta delle dichiarazioni di sostegno. Secondo il Parlamento, invece, il termine dovrebbe essere sempre di un anno, ma calcolato a partire dal terzo mese successivo alla decisione di ammissibilità. Ancora più esteso il termine proposto dal CESE, che suggerisce un limite di 18 mesi. Il Consiglio questa volta propende per la posizione sostenuta dal PE e non dalla Commissione.

La differenza tra l'opzione avanzata dall'Assemblea di Strasburgo e quella dell'esecutivo europeo non è di poco conto. Seguendo la soluzione avanzata dalla Commissione l'effettivo lasso tempo a disposizione dei proponenti potrebbe essere molto più breve di un anno. In base alla Proposta (art. 4), la registrazione è precedente alla pronuncia di ammissibilità e, quindi, potrebbe accadere che siano passati diversi mesi prima del raggiungimento della soglia delle 300.000 firme (oppure 100.000 o 50.000 come suggeriscono il Consiglio e il CESE) necessarie per ottenere una pronuncia di ammissibilità. A questo intervallo di tempo, poi, vanno sommati gli ulteriori due mesi di cui la Commissione dispone dal momento in cui riceve l'istanza (art. 8, par. 2 della Proposta), per decidere sull'ammissibilità. Tale tempistica potrebbe far sì che i promotori abbiano solo pochi mesi in cui concentrare i loro sforzi per raggiungere il milione di firme a sostegno di un'iniziativa ritenuta ammissibile.

In base alla soluzione prospettata dal Parlamento e sostenuta dal Consiglio, invece, dopo il giudizio di ammissibilità, i promotori disporrebbero sempre di un intero anno per la campagna di raccolta adesioni. Campagna che presumibil-

mente risulterà difficoltosa visti il numero di firme da raggiungere e la scarsa attenzione che i cittadini hanno in merito alle tematiche europee.

Poco convincente, a nostro avviso, risulta il sistema previsto nella Proposta della Commissione sui criteri di validazione delle dichiarazioni di sostegno (art. 9 della Proposta). A tale riguardo si opta per un sistema flessibile con controllo decentrato. In particolare, si prevede che la raccolta delle adesioni debba avvenire sotto la supervisione di autorità nazionali, ma sulla base di formulari comuni. Le adesioni possono essere presentate sia in forma cartacea che per via elettronica e gli Stati membri sono tenuti ad apprestare adeguati meccanismi di sicurezza e certificazione. Nella Proposta si precisa, però, che le necessarie specifiche tecniche comuni relative alla raccolta elettronica dovranno essere stabilite dalla Commissione con appostiti atti di esecuzione, da emanare entro 12 mesi dall'entrata in vigore del regolamento. Nonostante questa previsione (art. 6, par. 5 della Proposta) – che di fatto posticipa di un anno l'effettiva applicazione del regolamento – la Commissione, nella relazione esplicativa che apre la Proposta, assicura che l'assenza delle specifiche tecniche non impedirà che nel momento dell'entrata in vigore del regolamento si possa dare subito avvio alla raccolta di adesioni<sup>25</sup>.

Altri aspetti sui quali si possono sollevare obiezioni concernono le questioni sulle quali la Commissione prospetta soluzioni alquanto generiche o non si pronuncia affatto. Ciò avviene, anzi tutto, in merito alle dichiarazioni di sostegno presentate da cittadini europei che si trovano in uno Stato membro di cui non hanno la nazionalità. Nella Proposta l'esecutivo europeo non si pronuncia sul punto. Una soluzione al riguardo è avanzata dal CESE, secondo il quale ogni cittadino europeo dovrebbe essere conteggiato nello Stato in cui risiede, a prescindere dalla sua nazionalità. Inoltre, i cittadini dell'Unione che risiedono in un Paese terzo dovrebbero essere conteggiati nello Stato membro di cui hanno la cittadinanza.

Ulteriore punto tralasciato nella Proposta è quello della trasparenza e della diffusione di informazioni sull'esistenza di iniziative a partire dalla loro registrazione. A tale proposito il CDR, in particolare, propone che le istituzioni europee assistano i promotori nella traduzione in tutte le lingue ufficiali dell'Unione europea degli elementi principali di un'iniziativa dichiarata ammissibile. Ciò al fine di rendere possibile la conoscenza della stessa da parte di tutti i cittadini dell'Unione. Sollecitazione che ci sembra decisamente da condividere.

Infine, nella Proposta non è risolto il problema di come si terrà conto di eventuali proposte avanzate dalla Commissione o da altri promotori che risultino simili o coincidenti, anche solo in parte, con un'iniziativa. E questo nonostante l'esecutivo europeo, nel libro verde, ponesse tale questione tra i quesiti sui quali interrogarsi al fine di definire un'adeguata disciplina del diritto di iniziativa.

---

<sup>25</sup> La Commissione al punto 3.5 della Relazione introduttiva afferma: “Poiché ai fini dell'attuazione di questa disposizione sono necessarie particolareggiate specifiche tecniche, si propone che la Commissione stabilisca tali specifiche mediante misure di esecuzione. Nondimeno, si dovrebbe consentire la raccolta per via elettronica sin dall'inizio”.

5. Nella breve analisi svolta sulla Proposta di iniziativa dei cittadini europei presentata dalla Commissione, sono emersi diversi aspetti di cui, a nostro avviso, si dovrà tenere conto nel prosieguo dei lavori legislativi. Non dovrebbero sollevare difficoltà le questioni sulle quali – come si è visto – si riscontra un generale consenso, ossia in merito all’età minima per esprimere adesione ad un’iniziativa e al tetto di dichiarazioni espresse in uno Stato perché questo possa rientrare nel numero minimo di Paesi dai quali provengono le dichiarazioni di sostegno.

Tra i punti sui quali, invece, vi sono prese di posizione contrastanti si segnalano: la definizione del numero minimo, ma “significativo”, di Stati dai quali devono provenire le dichiarazioni di sostegno; il termine della dichiarazione di ammissibilità un’istanza di iniziativa; il termine entro il quale devono essere raccolte le firme di adesione.

Quindi, dovranno essere chiariti gli aspetti relativi al fatto se le modifiche dei Trattati istitutivi rientrino o meno tra i contenuti ammissibili di un’iniziativa e ai criteri di validazione delle dichiarazioni di sostegno.

Infine, sarebbe meglio che nel futuro regolamento ci si occupasse anche delle seguenti questioni: come valutare le dichiarazioni di sostegno presentate da cittadini europei che si trovano in uno Stato membro di cui non hanno la nazionalità; la coesistenza di proposte di iniziativa avanzate dalla Commissione o da altri promotori, che risultano simili o coincidenti con un’iniziativa preesistente; e le modalità di sostegno nella traduzione delle proposte di iniziativa.

Tuttavia, nonostante esistano vari elementi in merito ai quali vi è un contrasto di vedute tra le istituzioni europee e altri che appaiono poco chiari o privi di un’adeguata disciplina, a nostro avviso il giudizio sull’introduzione del diritto di iniziativa dei cittadini europei è fin da ora positivo.

In primo luogo, perché in termini di rilevanza riconosciuta nei Trattati istitutivi, l’iniziativa europea è una novità assoluta nel panorama “costituzionale” europeo ed internazionale; situazione che ne fa un modello da imitare, soprattutto per gli Stati membri che – al pari dell’Unione – hanno l’esigenza di guadagnare un migliore rapporto con i propri cittadini.

Quindi, la disciplina del diritto di iniziativa, come delineata nel Trattato e nei primi atti relativi al futuro regolamento attuativo, risulta nel suo complesso convincente. Principalmente se la si mette a confronto con le discipline generiche e di basso profilo presenti negli ordinamenti degli Stati membri, in particolare in quello italiano. L’istituto europeo appare infatti dotato di tutti i presupposti che fanno bene sperare per una sua effettiva applicazione. In particolare, al termine della procedura legislativa ordinaria – che nel momento in cui si scrive è ancora allo stadio iniziale – è lecito attendersi che l’iniziativa europea disporrà di regole certe in cui saranno stabiliti: scadenze, precise responsabilità e procedure operative.

Ma soprattutto, a contribuire al successo di questo istituto, vi sono le altre norme e strumenti apprestati dal Trattato per promuovere forme di attiva partecipazione dei cittadini alla vita democratica dell’Unione. A tale riguardo si può notare che il processo stesso che ha preceduto la presentazione della Proposta della Commissione è un evidente esempio di democrazia partecipativa. Come si

è visto, infatti, diversi elementi presenti nella Proposta sono stati prima suggeriti dal PE e poi ulteriormente articolati dalla società civile europea nella fase di consultazione. Ciò a dimostrazione di come sia ingenerosa e poco veritiera la raffigurazione dell'Unione europea quale ente affetto da tecnocrazia, deficit democratico e sordo alle istanze e alle sensibilità dei cittadini.

Sulla buona riuscita dell'iniziativa europea resta tuttavia una pesante incognita, costituita dal doppio *deficit* di conoscenza e informazione che grava sull'Unione. Riusciranno le future iniziative a raggiungere e coinvolgere i cittadini europei, oppure anche questo strumento rimarrà vittima – come le elezioni dirette del PE – dei bassissimi livelli di conoscenza ed informazione presenti nei popoli degli Stati membri?

Sicuramente l'iniziativa va nella direzione giusta; anche essa, tuttavia, per centrare l'obiettivo dovrà essere sostenuta da un convinto supporto fornito dai governi degli Stati membri e dalle principali forze politiche nazionali. Se questi soggetti saranno in grado di cogliere l'occasione propizia dell'introduzione dell'iniziativa europea per dare finalmente vita ad uno spazio politico europeo, questo istituto avrà assolto al suo scopo. Se, invece, l'iniziativa verrà strumentalizzata a fini interni oppure sottovalutata, essa costituirà l'ennesima occasione mancata del processo di integrazione.

## Abstract

### Participative Democracy and the European Citizens' Initiative

Starting from the concept of the participative democracy, the present article underlines how a more active participation of citizens to policy can help the notion of representative democracy, that appears day by day more in crisis. The Lisbon Treaty has the merit to have introduced some instruments of the participative democracy within the European founding Treaties and, among these, the European citizens' initiative represents the most ambitious.

The most part of the article is dedicated to the Proposal of the European Commission on the Regulation of the European Parliament and of the Council on the citizens' initiative, presented on 31st March 2009 and presently under discussion within the new ordinary legislative procedure of the European Union. The Author describes the contents of the most significant parts of the act, as well as the least convincing parts. The article finishes with a general appreciation of the Commission' Proposal for its innovative character, that emerges especially in comparison with the poor attention given by the national constitutions to the participative democracy.



Francesca Martines

# Norme sull'origine dei prodotti e applicazione territoriale dell'Accordo di Associazione con Israele al vaglio della Corte di giustizia

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Politica mediterranea dell'Unione europea. – 3. L'Accordo CE-Israele e l'Accordo CE-OLP e la questione della loro applicazione territoriale. – 4. Le norme sull'origine dei prodotti. – 5. I fatti all'origine della controversia. – 6. L'argomentazione della Corte. – 7. Osservazioni conclusive.

1. La definizione dei limiti territoriali<sup>1</sup> dello Stato di Israele costituisce da più di sessanta anni il cuore del conflitto in Medio Oriente le cui conseguenze in termini umani, politici, economici e di sicurezza internazionale si irradiano ben oltre i confini di questa area tormentata. Per tali motivi la regione si trova al

---

<sup>1</sup> La prima linea di confine tra lo Stato di Israele e lo Stato palestinese fu definita nella risoluzione 181 dell'Assemblea generale dell'ONU del 29 novembre del 1947 secondo le indicazioni del Regno Unito – potenza mandataria. Al termine della guerra scatenata dai Paesi arabi contro Israele, immediatamente dopo la dichiarazione di indipendenza e in concomitanza con il ritiro del Regno Unito, venne tracciata una linea armistiziale (la c.d. linea verde) tra Israele e gli Stati vicini (Siria, Egitto, Libano e Giordania). Ai sensi dell'art. IV, par. 3 dell'Accordo di armistizio tra Egitto ed Israele del 24 febbraio 1948: "it is not the purpose of this Agreement to establish, to recognize, to strengthen, or to weaken or nullify, in any way, any territorial, custodial or other rights, claims or interests which may be asserted by either Party in the area of Palestine (...). The provisions of this Agreement are dictated exclusively by military considerations and are valid only for the period of the Armistice". L'attacco della Giordania durante la guerra dei sei giorni (1967) comportò come risposta di legittima difesa di Israele l'occupazione della Cisgiordania. Al termine del conflitto Israele occupava, oltre la linea verde, la striscia di Gaza, le alture del Golan, la penisola del Sinai. Da questa Israele si ritirò a seguito dell'Accordo di pace del 1979 con l'Egitto che definì i confini tra i due Stati essenzialmente come previsti dall'Accordo armistiziale del 1948.

centro di un'intensa attività diplomatica promossa, tra l'altro, da organizzazioni internazionali a carattere regionale<sup>2</sup> e universale<sup>3</sup>.

Benché esse si siano spesso pronunciate in merito alla legittimità<sup>4</sup> della presenza israeliana nei territori occupati<sup>5</sup> non possono evidentemente intervenire

<sup>2</sup> Per un esame delle posizioni dell'Unione europea in relazione al conflitto in Medio Oriente cfr. E. AOUN, *European Foreign Policy and the Arab-Israeli Dispute: Much Ado About Nothing?*, in *EFA Rev.*, 2003, p. 289 ss.; M. ORTEG (ed.), *The EU and the Crisis in the Middle East*, Paris, 2003. Un elenco dei documenti che esprimono la posizione dell'Unione europea sulla questione è reperibile *on line* sul sito [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>3</sup> Le più rilevanti risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU sulla questione sono citate nelle note di questo commento.

<sup>4</sup> La presenza militare di Israele contravverrebbe con la norma di diritto consuetudinario internazionale che proibisce l'acquisizione territoriale mediante la forza. Gli insediamenti israeliani violerebbero l'art. 49 della IV Convenzione di Ginevra che proibisce allo Stato occupante di procedere alla deportazione o al trasferimento di una parte della sua popolazione civile nel territorio occupato. Si veda quanto discusso dalla Corte internazionale di giustizia nel parere consultivo del 9 luglio 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (in seguito: parere *sul Muro*), reperibile *on line* sul sito [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org), par. 120 ss., e i rilievi svolti in questa nota, *infra*, par. 7. Cfr. inoltre le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 452 del 20 luglio 1979 e 465 del 1° marzo 1980 in cui si chiedeva agli Stati membri dell'ONU di non sostenere il programma di insediamenti israeliano. Secondo la posizione ufficiale di Israele i territori costituiti dalle regioni esterne al confine definito dalla linea verde su cui essa esercita il controllo e che definisce *disputed* non sarebbero *occupati* in quanto, precedentemente alla presenza israeliana, l'Egitto che occupava la Striscia di Gaza, e la Giordania che occupava la Cisgiordania, non vi esercitavano legalmente la sovranità in quanto forze occupanti a seguito della guerra del 1948. "Government of Israel states that neither the 'Green Line' nor the armistice line were confirmed as international boundaries in Security Council resolutions 242 (1967) and 338 (1973), which call upon the parties to negotiate. The legal status of the occupied Palestinian territory remains disputed". Cfr. *Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly Resolution ES-10/13 of 24 November 2003*, Annex I *Summary Legal Position of the Government of Israel*, doc. ES-10/248, punto 5. Nella posizione ufficiale espressa da Israele in relazione al *parere sul Muro* si sosteneva: "Despite having ratified the Fourth Geneva Convention, Israel has not incorporated it into its domestic legislation. Nor does it agree that the Convention is applicable to the occupied Palestinian territory, citing the lack of recognition of the territory as sovereign prior to its annexation by Jordan and Egypt and, therefore, not a territory of a High Contracting Party as required by the Convention". Cfr. *Report of the Secretary-General prepared pursuant to General Assembly resolution ES-10/13*, cit., par. 3. Israele tuttavia ritiene di essere vincolata dalle norme umanitarie della Convenzione. Cfr. quanto rilevato dalla Corte suprema israeliana nel caso *Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel and Commander of the IDF Forces in the West Bank*, H.C.J. 2056/04 30 giugno 2004, in cui, nell'affrontare la questione della legittimità della costruzione di una porzione del muro di separazione, ha fatto menzione di questa argomentazione (punto 23). La sentenza, nella versione inglese, è reperibile *on line* sul sito della Corte [elyon1.court.gov.il](http://elyon1.court.gov.il). Cfr. sulla questione ampiamente in senso critico, G. POISSONNIER, P. OSSELAND, *Les Colonies Israéliennes de Cisjordanie en Droit International*, in *RGDIP*, 2010, p. 63 ss.

<sup>5</sup> Il piano di disimpegno unilaterale di Israele del 2004 prevedeva l'evacuazione della Striscia di Gaza, in modo che "there will be no basis for claiming that the Gaza Strip is occupied territory" (art. 2, par. i.3), e l'evacuazione di alcuni villaggi nel Nord della Cisgiordania. Il piano di disimpegno unilaterale di Israele è fondato sull'assunto che "in any future permanent status arrangement, there will be no Israeli towns and villages in the Gaza Strip. On the other hand, it is clear that in the West Bank, there are areas which will be part of the State of Israel, including cities,

direttamente sulla delimitazione<sup>6</sup> dei confini tra Israele e il futuro Stato palestinese che potranno essere definiti solo mediante un accordo tra Israele e l'ente rappresentativo del popolo palestinese<sup>7</sup>. È evidente, infatti, che il potere di modificare e stabilire confini tra Stati non rientra nelle competenze né del Consiglio di sicurezza né di altre organizzazioni internazionali.

Tuttavia queste ultime possono esercitare indirettamente un'influenza su tale complessa questione quando chiamate a risolvere controversie che appaiono di ordine tecnico e di perciò stesso neutrali, come quelle vertenti sulle norme sull'origine delle merci prodotte negli insediamenti israeliani dei territori occupati come avvenuto nel caso *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*<sup>8</sup>. L'interesse della sentenza che qui si commenta non risiede tanto nella – tutto sommato prevedibile – conclusione negativa cui essa perviene sulla questione fondamentale oggetto del rinvio pregiudiziale, quanto nella scelta operata dalla Corte di giustizia in merito alle norme di diritto internazionale richiamate a fondamento della sua argomentazione; nella connessione tra soluzione diplomatica e soluzione giurisprudenziale della controversia che assume una valenza politica nonostante un atteggiamento di cautela della Corte; nei quesiti che lascia aperti sui futuri rapporti tra l'Unione europea e le Parti coinvolte, soprattutto nella prospettiva di una futura, incerta, ma ovviamente auspicabile, composizione pacifica dei loro rapporti.

---

towns and villages, security areas and installations, and other places of special interests to Israel” (art. I, par. iii). Si specifica inoltre che Israele “will continue to maintain exclusive authority in Gaza air space, and will continue to exercise security activity in the sea off the coast of the Gaza Strip” (art. 3, par. i.1) e che si riserva “its inherent right of self defense, both preventive and reactive, including where necessary the use of force, in respect of threats emanating from the Gaza Strip” (art. 3, par. i.3). Il testo del documento è reperibile *on line* sul sito [www.mfa.gov.il](http://www.mfa.gov.il).

<sup>6</sup> Il punto controverso della famosa risoluzione 242 del Consiglio di sicurezza del 1967 in cui si chiede “peace within secure and recognized boundaries” e ad Israele di ritirarsi “*from territories*”, può essere interpretato come il riconoscimento del Consiglio di sicurezza del diritto per Israele su una parte di questi territori al fine di definire dei confini sicuri e difendibili. Non solo la risoluzione non determina quali siano i confini territoriali di Israele ma nemmeno viene implicitamente asserito che essi siano quelli della linea armistiziale del 1948. Il Trattato di pace concluso tra Israele e la Giordania il 26 ottobre 1994 ha fissato il confine tra i due Stati “con riferimento alla frontiera sotto il mandato (...) come essa è descritta nell’annesso Ia), (...) senza pregiudizio alcuno allo status dei territori posti sotto il controllo del governo militare israeliano nel 1967” (art. 3, paragrafi 1 e 2). Quanto all’annesso I, esso contiene le cartine corrispondenti e aggiunge che per quanto riguarda “il territorio passato sotto il controllo del governo militare israeliano nel 1967”, la linea in tal modo tracciata “costituisce la frontiera amministrativa” con la Giordania. Cfr. il parere *sul Muro*, par. 76. Il testo dell’Accordo citato in questa nota è reperibile *on line* sul sito [www.mideastweb.org](http://www.mideastweb.org).

<sup>7</sup> Nel *Written Statement* presentato alla Corte internazionale di giustizia in relazione al parere *sul Muro*, al par. 3.49 Israele affermava: “An additional issue which the question posed to the Court might engage relates to the status of the Israeli settlements in the West Bank. This is a subject, the resolution of which the two sides have expressly agreed to leave to the permanent status negotiations. This is the scheme of the Roadmap”.

<sup>8</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2010, causa C-386/08 *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*, in seguito: *Brita*, reperibile *on line* sul sito [curia.eu](http://curia.eu). Le conclusioni dell’Avvocato generale Y. Bot sono state presentate il 29 ottobre 2009.

Il presente commento è strutturato come segue. Nel primo paragrafo verrà dato brevemente conto della Politica mediterranea dell'Unione europea che costituisce l'ambito giuridico in cui si incardinano gli accordi conclusi dall'Unione europea con Israele e l'OLP. Si svolgeranno quindi alcune osservazioni su tali accordi e sulla problematica della loro applicazione territoriale anche alla luce delle relazioni commerciali istituite dal Protocollo sulle relazioni economiche tra Israele e l'OLP. Seguiranno alcune osservazioni sulle norme sull'origine delle merci e sulla loro rilevanza per l'integrazione economica e politica. Si delinearanno quindi i fatti all'origine della controversia prima di passare ad analizzare le argomentazioni svolte dalla Corte. Infine sarà condotta una breve analisi delle questioni di diritto internazionale rilevanti per la soluzione della controversia di cui si evidenzieranno i profili più problematici.

2. La politica dell'Unione europea nel Mediterraneo e nel Medio Oriente<sup>9</sup> si è sviluppata per tappe successive a partire dagli anni sessanta. Dopo una prima fase caratterizzata dalla conclusione di accordi commerciali stipulati con vari Paesi del Mediterraneo, la Comunità è passata da un approccio globale nei primi anni settanta<sup>10</sup>, alla Politica mediterranea rinnovata<sup>11</sup>, fino a giungere al Partenariato euro mediterraneo (dichiarazione di Barcellona del 28 novembre 1995)<sup>12</sup>. Quest'ultimo, a fronte di risultati deludenti, è stato oggetto di un tentativo di rilancio – per ora di scarso successo – con l'Unione per il Mediterraneo<sup>13</sup>. I rapporti tra Unione europea e Paesi del Mediterraneo si svolgono anche

<sup>9</sup> Per una recente ed esaustiva analisi della posizione dell'Unione nell'area cfr. U. VILLANI, *Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*, in questa *Rivista*, 2009, p. 551 ss.; riprodotto anche in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 3 ss.

<sup>10</sup> La Politica mediterranea globale si caratterizzava per la conclusione di accordi che prevedevano un accesso preferenziale non reciproco al mercato comunitario dei prodotti industriali e, con alcune limitazioni, dei prodotti agricoli originari da ciascun Paese dell'area mediterranea. Si trattava dei c.d. Paesi del Maghreb (Marocco Tunisia e Algeria) e del Mashrak (Egitto, Giordania, Siria, Libano), ad eccezione della Libia. Israele non era formalmente incluso nella Politica mediterranea globale ma aveva concluso con la Comunità un accordo commerciale non preferenziale. Accordi commerciali legavano inoltre la Comunità europea a Cipro e Malta. Gli accordi contenevano anche disposizioni in materia di cooperazione economica e sociale ed erano integrati da protocolli finanziari di durata quinquennale.

<sup>11</sup> Lanciata nel 1992, prevedeva un'estensione delle aree di cooperazione (ambiente, diritti umani) e un rinnovamento del sostegno finanziario attraverso i programmi MEDA.

<sup>12</sup> La Conferenza di Barcellona si è svolta il 27 e 28 novembre del 1995. La Dichiarazione finale della Conferenza ministeriale euro mediterranea ha specificato che lo scopo del Partenariato è di "fare del bacino mediterraneo una zona di dialogo, di scambi e di cooperazione che garantisca la pace, la stabilità, la prosperità", cfr. [europa.eu](http://europa.eu), reperibile *on line*.

<sup>13</sup> Si tratta di un progetto di iniziativa francese che privilegia un approccio multilaterale incentrato su progetti regionali e trans-regionali per accrescere il potenziale di integrazione e di coesione tra Stati della regione. Cfr. per la presentazione delle iniziative e per l'esempio di alcuni progetti concreti la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Il processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo, COM(2008)319 def. del 20 maggio 2008 ([eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), reperibile *on line*).

nell'ambito della Politica europea di prossimità<sup>14</sup> (*European Neighbourhood Policy* – ENP) volta al rafforzamento delle relazioni con i Paesi che, dopo l'allargamento del 2004, si trovano ai suoi confini sia nell'Europa orientale che, appunto, nell'area mediterranea.

Inseriti in una dimensione multilaterale – sviluppata attorno ai tre pilastri del partenariato politico e di sicurezza, economico e finanziario, sociale umano e culturale – e multidimensionale<sup>15</sup>, i rapporti d'integrazione economica costituiscono il fulcro della politica dell'Unione europea nella regione<sup>16</sup>. Gli obiettivi di stabilità economica, della promozione dello stato di diritto, di un'area di pace e benessere, si dovrebbero infatti realizzare mediante la creazione di un mercato pan europeo aperto e libero che prevede forme di integrazione avanzata<sup>17</sup>. Gli strumenti privilegiati per tale finalità sono gli Accordi euromediterranei e i Piani di azione<sup>18</sup> nella ENP<sup>19</sup>.

Sia il processo di Barcellona che la ENP – pur se fondate sul partenariato economico – hanno tra le fondamentali giustificazioni della loro elaborazione la soluzione del conflitto israelo palestinese<sup>20</sup>.

---

<sup>14</sup> Cfr. la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Politica europea di prossimità. Documento di strategia, COM(2004)373 def. del 12 maggio 2004. La politica di prossimità era stata preannunciata dalla Commissione nel 2003. Cfr. la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo – Europa ampliata – Prossimità: Un nuovo contesto per le relazioni con i nostri vicini orientali e meridionali, COM(2003)104 def. dell'11 marzo 2003 (eur-lex.europa.eu, reperibile *on line*). La politica di vicinato ha suscitato in dottrina grande interesse; si vedano a titolo esemplificativo G. HARPAZ, *Enhanced Relations between the European Union and the State of Israel under the European Neighbourhood Policy: Some Legal and Economic Implications*, in *LIEI*, 2004, p. 275 ss.; R. ALIBONI, *The Geopolitical Implications of the European Neighbourhood Policy*, in *EFA Rev.*, 2005, p. 1 ss.; E. M. REITERER, *From the (French) Mediterranean Union to the (European) Barcelona Process: The 'Union for the Mediterranean' as Part of the European Neighbourhood Policy*, *ivi*, 2009, p. 313 ss.

<sup>15</sup> Riguardante ambiente, gestione delle acque, trasporti, energia, la società dell'informazione, democrazia e diritti umani.

<sup>16</sup> Sulla dimensione economica e finanziaria cfr. l'analisi di J. BRACH, *The Euro-mediterranean Partnership: the Role and Impact of the Economic and Financial Dimension*, in *EFA Rev.*, 2007, p. 555 ss.

<sup>17</sup> Si tratta in particolare del ravvicinamento delle legislazioni, dell'allineamento delle normative degli Stati aderenti all'iniziativa all'*acquis communautaire*, della partecipazione ai programmi e politiche comunitarie, dell'integrazione nel mercato comunitario mediante un rafforzamento dei flussi commerciali, degli investimenti, della liberalizzazione dei servizi, del dialogo politico. L'ENP menziona oltre alla soluzione del conflitto medio orientale, la lotta al terrorismo, xenofobia, razzismo, contro la proliferazione delle armi di distruzione di massa. È inclusa anche la cooperazione giudiziaria e di polizia, la migrazione nonché un insieme di azioni mirate allo sviluppo di una cooperazione sui temi dell'energia, trasporti, ambiente.

<sup>18</sup> I testi dei Piani di azione riguardanti Israele e l'OLP possono essere letti sul sito ec.europa.eu, reperibile *on line*.

<sup>19</sup> Il processo di Barcellona e gli Accordi di associazione e i programmi MEDA e Tacis sono considerati strumentali alla realizzazione della ENP.

<sup>20</sup> Dichiarazione congiunta del *Summit* di Parigi per il Mediterraneo del 13 luglio 2008 (www.eu.2008.fr, reperibile *on line*). Nel par. 7 della Dichiarazione si riafferma il sostegno dei capi di Stato e di governo che partecipano all'iniziativa nei confronti del processo di pace israelo-palesti-

La posizione dell'Unione europea su tale questione si fonda sul riconoscimento del diritto di Israele a vivere in pace entro confini sicuri, sul diritto di autodeterminazione del popolo palestinese, sul principio "due Stati – due popoli", sul rispetto per le risoluzioni del Consiglio di sicurezza e del diritto internazionale<sup>21</sup>, sulla condanna dell'uso della forza.

Il profilo politico della cooperazione consiste soprattutto in dichiarazioni, cooperazione e incitamento al dialogo<sup>22</sup>, e rimane separato e distinto da quello economico. Gli strumenti utilizzati dall'Unione europea, in particolare gli accordi con le prospettive di apertura del mercato comunitario e gli aiuti finanziari<sup>23</sup>, sono concepiti come presupposti per la pace nell'area<sup>24</sup>. Essi dovrebbero costituire uno stimolo per i Paesi partner per adottare una serie di riforme economiche e sociali<sup>25</sup> per realizzare un allineamento ai valori e ai principi definiti

---

nese. Vi sono naturalmente anche una serie di interessi specifici perseguiti dall'Unione europea in relazione alla sicurezza, all'immigrazione, all'approvvigionamento di fonti energetiche ecc.

<sup>21</sup> Cfr. la storica Dichiarazione di Venezia, *Bollettino CEE*, 1980, n. 6, p. 7. Per altri documenti rilevanti si veda la Dichiarazione sul Medio Oriente, allegato V alle Conclusioni del Consiglio europeo di Dublino del 25-26 giugno 1990 [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), reperibile *on line* e la Dichiarazione sulla situazione in Medio Oriente, allegato III alle conclusioni del Consiglio europeo del 14-15 dicembre 2001 ([ec.europa.eu](http://ec.europa.eu), reperibile *on line*). Si veda altresì la comunicazione della Commissione – Cooperazione UE-Palestina oltre il disimpegno – verso una soluzione a due Stati, COM(2005)458 def. del 5 ottobre 2005 ([eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu), reperibile *on line*).

<sup>22</sup> Molti commentatori sottolineano la difficoltà per l'Unione europea di svolgere un ruolo politico significativo per la soluzione del conflitto e mettono in evidenza l'inadeguatezza e la scarsa influenza esercitata dall'Unione. Cfr. E. AOUN, *op. cit.*, p. 289. Per una analisi dei limiti della posizione negoziale dell'Unione cfr. G. HARPAZ, *The Obstacles and Challenges that Lie ahead for a Successful Implementation of the European Neighbourhood Policy as a Social Engineering and Peace-Promotion Instrument*, Working paper 2/04, The Israeli Association for the Study of European Integration, 2004 ([www.biu.ac.il](http://www.biu.ac.il), reperibile *on line*); G. M. STEINBERG, *Kantian Pegs into Hobbesian Holes: Europe's Policy in Arab-Israeli Peace Efforts*, Working Paper 5/04, *ivi*. Cfr. N. TOCCI, *Comparing the EU's Role in Neighbourhood Conflicts*, in M. CREMONA (ed.), *Developments in EU External Relations Law*, Oxford, 2008, p. 216 ss., che sottolinea che gli strumenti politici *soft* possono essere efficaci anche nel contesto israeliano.

<sup>23</sup> Il programma MEDA prevede la sospensione nel caso di violazione dei diritti umani. Gli aiuti sono stati sospesi nel 2006 e la ripresa è stata condizionata al riconoscimento dello Stato di Israele da parte di Hamas all'adesione ad una politica di non violenza e all'accettazione degli accordi esistenti. Sessione del Consiglio affari generali e relazioni esterne, Bruxelles, 10 e 11 aprile 2006, Consiglio dell'Unione europea, comunicato stampa 7939/06 (Presse 95), p. 13, reperibili *on line* sul sito [consilium.europa.eu](http://consilium.europa.eu).

<sup>24</sup> L'Unione chiaramente esporta il modello su cui essa stessa si è definita: integrazione economica come strumento per la realizzazione di finalità di pace e integrazione politica. L'interrelazione tra cooperazione economica e pace è riconosciuta anche dagli stessi attori del conflitto: nel preambolo del *Protocol on Economic Relations* (c.d. Protocollo di Parigi dell'aprile 1994) e incorporato come Annesso V all'*Israel-PLO Interim Agreement on the West Bank and Gaza Strip* concluso nel settembre 1995, si afferma che la cooperazione economica è considerata il cardine delle relazioni con lo scopo di accrescere l'interesse verso la realizzazione di una pace giusta e duratura. Sul Protocollo cfr. *infra*.

<sup>25</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 21 maggio 2003 – Imprimere un nuovo impulso alle azioni dell'UE coi partner mediterranei nel campo dei diritti

dall'Unione. Non sono utilizzati a fini coercitivi e solo indirettamente e limitatamente come strumenti di condizionalità<sup>26</sup>.

Il partenariato economico e finanziario del processo di Barcellona si prefigge la costituzione di una grande area di libero scambio da realizzarsi (entro il 2010) mediante la stipulazione di accordi bilaterali<sup>27</sup> di libero scambio conclusi sia tra l'Unione e ciascuno dei Paesi del Mediterraneo sia tra gli stessi Paesi<sup>28</sup> del Mediterraneo<sup>29</sup> (cooperazione sud-sud).

3. I rapporti dell'Unione europea con Israele<sup>30</sup> risalgono al 1964 quando è stato concluso un Accordo commerciale non preferenziale. Ad esso hanno fatto seguito, il 29 giugno del 1970, un Accordo preferenziale (con limitazioni per certi prodotti industriali e per gli agrumi) e quindi nel 1975 un Accordo di libero scambio<sup>31</sup>. Attualmente le relazioni tra l'Unione europea e Israele sono disciplinate dall'Accordo Euro-Mediterraneo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri da una parte e lo Stato di Israele dall'altra firmato nel 1995 ed entrato in vigore nel 2000<sup>32</sup>. L'Accordo, il cui nucleo

---

umani e della democratizzazione – Documento d'orientamento strategico, COM(2003)294 def. (eur-lex.europa.eu, reperibile *on line*).

<sup>26</sup> La condizionalità nell'Unione si definisce *ex post*, qualora i benefici derivanti dall'accordo o dalle azioni unilaterali adottati a favore di un Paese terzo (come gli strumenti finanziari) possono essere sospesi a seguito di violazioni di diritti fondamentali (clausole diritti dell'uomo negli accordi) e *ex ante* quando i benefici sono condizionati all'adozione di certi comportamenti come ad esempio l'adozione e applicazione di convenzioni internazionali a tutela dei diritti umani, ambiente o condizioni di lavoro come accade nel quadro del sistema delle preferenze generalizzate.

<sup>27</sup> La novità più significativa degli accordi di associazione è l'introduzione della reciprocità di concessioni al posto del trattamento preferenziale unilaterale previsto nei precedenti accordi di cooperazione – un *revirement* che connota la nuova politica commerciale dell'Unione con i Paesi in via di sviluppo.

<sup>28</sup> La Turchia, candidata all'adesione, è l'unico Paese con cui si è istituita una unione doganale invece che una zona di libero scambio.

<sup>29</sup> L'Accordo di Agadir (entrato in vigore il 6 luglio 2007) istituisce una zona di libero scambio tra la Tunisia, il Marocco, l'Egitto e la Giordania. Il testo dell'Accordo è reperibile *on line* sul sito [www.bilaterals.org](http://www.bilaterals.org). L'Accordo prevede l'eliminazione completa dei dazi doganali e delle tasse di effetto equivalente per la circolazione dei prodotti industriali e agricoli. Il valore aggiunto dell'Accordo di Agadir rispetto agli accordi bilaterali di libero scambio già in vigore tra le Parti contraenti consisterebbe nell'adozione delle norme sull'origine euro mediterranea che permettono il cumulo dell'origine (su cui cfr. *infra*).

<sup>30</sup> G. HARPAZ, *A Proposed Model for Enhanced EU-Israeli Relations: Prevailing Legal Arrangements and Prospective Juridical Challenges*, in *JWT*, 2006, p. 1115 ss.; ID., *Mind the Gap: Narrowing the Legitimacy Gap in the EU-Israeli Relations*, in *EFA Rev.*, 2008, p. 117.

<sup>31</sup> Quest'ultimo – pur se inquadrato nell'ambito delle relazioni con i Paesi del Mediterraneo e del Medio Oriente – non prevedeva, a differenza degli accordi conclusi con i Paesi del Maghreb e Mashrak, un trattamento preferenziale non reciproco. La reciprocità delle concessioni tariffarie applicata agli scambi con Israele trovava la sua ragion d'essere nell'elevato livello di sviluppo economico di Israele come esplicitamente riconosciuto dal Consiglio europeo di Essen del 9 e 10 dicembre 1994 tenutosi alla vigilia della conclusione dell'accordo di libero scambio. Le conclusioni della presidenza sono reperibili *on line* sul sito [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>32</sup> Il testo dell'Accordo è riportato in *GUCE* L 147, 22 giugno 2000, p. 3.

centrale è l'istituzione di una zona di libero scambio (ZLS), approfondisce le precedenti relazioni prevedendo la cooperazione in settori quali la libertà di stabilimento, la libera circolazione dei servizi, libera circolazione di capitali, la concorrenza; prevede il dialogo politico al fine di promuovere la pace e la sicurezza e la cooperazione regionale.

La portata territoriale dell'Accordo di associazione CE-Israele del 1995 – questione attorno alla quale si svolge la controversia nel caso *Brita* – non è definita nell'Accordo. L'art. 83 fa riferimento al “territorio dello Stato di Israele” senza ulteriori specificazioni<sup>33</sup>. Sarebbe evidentemente stato possibile per le Parti determinarne il significato<sup>34</sup> utilizzando gli strumenti previsti dal diritto internazionale (come una riserva interpretativa o una dichiarazione allegata). La scelta di riferirsi genericamente al territorio di Israele lascia quindi volontariamente impregiudicata la questione con il chiaro intento di evitare di interferire sulla definizione di uno degli aspetti più controversi e delicati di un conflitto che si qualifica per il suo carattere eminentemente territoriale. Perseguendo una politica di ricerca di equilibrio la Comunità ha concluso nel 1997<sup>35</sup> un Accordo

<sup>33</sup> L'Accordo provvisorio applicabile tra le Parti prima dell'entrata in vigore dell'Accordo di Associazione precisava all'art. 4, par. 3 del Protocollo 4 che il termine copriva anche le acque territoriali di Israele.

<sup>34</sup> Ad esempio nel protocollo allegato all'Accordo relativo alle norme sull'origine si specifica che l'espressione *Comunità* utilizzata all'art. 2 esclude i territori di Ceuta e Melilla, cfr. art. 35.

<sup>35</sup> Prima della stipulazione dell'Accordo i prodotti originari dalla Striscia di Gaza e dalla Cisgiordania godevano di un trattamento preferenziale all'importazione nel territorio comunitario ai sensi del regolamento 3363/86 del Consiglio, del 27 ottobre 1986, concernente il regime tariffario applicabile alle importazioni nella Comunità di prodotti originari dei territori occupati. Ai sensi del regolamento 809/88 della Commissione, del 14 marzo 1988, relativo alla definizione della nozione di “prodotti originari” e ai metodi di cooperazione amministrativa da applicare alle importazioni nella Comunità di prodotti dei territori occupati, in *GUCE* L 86, 30 marzo 1988, p. 1, i certificati erano rilasciati dalla camera di commercio dei territori occupati. Cfr. E. PAASIVIRITA, *Eu Trading with Israel and Palestine: Parallel Legal Framework and Triangular Issues*, in *EFA Rev.*, 1999, p. 305, spec. p. 318, sottolinea le difficoltà per le autorità palestinesi di applicare l'accordo anche a motivo della scarsa operatività dell'amministrazione doganale. Secondo la prassi seguita prima della stipulazione dell'Accordo CE-OLP, i prodotti degli insediamenti beneficiavano del trattamento preferenziale all'importazione nel mercato comunitario. Cfr. C. HAUSWALDT, *Problems under the EC-Israel Association Agreement: The Export of Goods Produced in the West Bank and the Gaza Strip under the EC-Israel Association Agreement*, in *EJIL*, 2003, p. 591 ss. Il regolamento (CEE) n. 2774/88 della Commissione, del 7 settembre 1988, che modifica il regolamento (CEE) n. 809/88 relativo alla definizione della nozione di prodotti originari e ai mercati di cooperazione amministrativa, da applicare alle importazioni nella Comunità di prodotti dei territori occupati, *GUCE* L 249, 8 settembre 1988, p. 51, stabilisce all'art. 2 che “(...) i prodotti originari dei territori occupati, ai sensi del presente regolamento, sono ammessi all'importazione nella Comunità, al beneficio delle preferenze tariffarie di cui all'articolo 1 dietro presentazione del certificato di circolazione delle merci ECU. 1 rilasciato dalle camere di commercio dei territori occupati o del formulario EUR. 2, sempre che tali organismi coadiuvino la Comunità permettendo alle autorità doganali degli Stati membri di verificare l'autenticità del documento o l'esattezza delle informazioni relative all'effettiva origine dei prodotti in questione. 3. La Commissione trasmette alle autorità doganali degli Stati membri l'elenco delle camere di commercio di cui al paragrafo 2 nonché i campioni dei timbri utilizzati da tali enti”.

interinale di associazione<sup>36</sup> relativo agli scambi e alla cooperazione con l'Organizzazione per la liberazione della Palestina<sup>37</sup> (OLP) a beneficio dell'Autorità palestinese (AP) della Cisgiordania e della Striscia di Gaza, dall'altra<sup>38</sup>. L'Accordo prevede l'istituzione (entro il 2001) di una zona di libero scambio per cui le merci originarie da quei territori<sup>39</sup> che beneficiano di un trattamento in franchigia doganale all'esportazione nel mercato dell'Unione<sup>40</sup>.

L'art. 73 dell'Accordo con l'OLP dispone: "il presente accordo si applica, da una parte, ai territori in cui si applica il trattato che istituisce la Comunità europea, alle condizioni in esso indicate e, dall'altra, al territorio della Cisgiordania e della Striscia di Gaza".

La Cisgiordania e la Striscia di Gaza costituiscono quindi, ai sensi dell'Accordo, un territorio doganale unico e distinto rispetto a quello di Israele. In realtà la questione dei rapporti tra i territori occupati e Israele dal punto di vista del diritto commerciale internazionale, se valutata alla luce degli accordi israelo-palestinesi<sup>41</sup>, si presenta più complessa.

---

<sup>36</sup> La Comunità si è impegnata a partire dagli anni settanta nei confronti dei palestinesi mediante azioni di sostegno finanziario che hanno conosciuto una crescita importante dopo l'inizio del processo di pace iniziato con gli accordi di Oslo. Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 29 settembre 1993, Sostegno della Comunità al processo di pace in Medio Oriente, COM(93)458 def., eur-lex.europa.eu disponibile *on line*. Dopo la seconda Intifada gli aiuti si sono diretti soprattutto ad alleviare le condizioni umanitarie. Commissione europea, IP/06/959, 7 luglio 2006, in europa.eu.

<sup>37</sup> L'OLP è l'ente che rappresenta il popolo palestinese nelle relazioni internazionali e ha concluso l'Accordo con la CE a beneficio dell'Autorità palestinese che esercita competenze su alcune parti dei territori occupati. L'art. IX, par. 5 dell'Accordo israelo-palestinese (Oslo II) stabilisce che l'OLP può concludere accordi economici e relativi ai piani regionali di sviluppo. La CE e l'OLP considerano quindi che l'Accordo interinale CE-OLP sia conforme all'Accordo economico e all'Accordo Provvisorio tra Israele e l'OLP che viene anche richiamato nel preambolo dell'Accordo interinale OLP-Israele.

<sup>38</sup> L'Accordo di associazione è seguito all'Accordo di pace tra Israele e l'OLP e l'istituzione della Autorità palestinese nel 1996. L'Autorità palestinese è stata coinvolta anche nella politica di prossimità. Il Piano d'azione è stato redatto nel 2005. Durante il processo di pace l'imperativo della politica dell'UE era quello di evitare azioni che potessero turbare il processo.

<sup>39</sup> Nel regolamento 3363/86 del Consiglio, del 27 ottobre 1986, concernente il regime tariffario applicabile alle importazioni nella Comunità di prodotti originari dei territori occupati, *GUCE* L 306, 1° gennaio 1986, p. 103, si specificava che i territori occupati fossero da intendersi come quelli situati ad est del Giordano e la Striscia di Gaza. Cfr. anche il regolamento (CEE) n. 809/88 della Commissione, del 14 marzo 1988, relativo alla definizione della nozione di "prodotti originari" e ai metodi di cooperazione amministrativa da applicare alle importazioni nella Comunità di prodotti dei territori occupati (*GUCE* L 86, 30 marzo 1988, p. 1), contiene una analoga specificazione nella nota 2 delle Note esplicative.

<sup>40</sup> Il regime applicato ai prodotti originari dalla Comunità importati in Cisgiordania e Gaza varia a seconda della tipologia delle merci. Alcuni prodotti possono essere soggetti a dazi e oneri di effetto equivalente non superiori a quelli applicati all'entrata in vigore dell'Accordo, per altri è prevista la franchigia doganale. Sono abolite le quote e le misure di effetto equivalente all'importazione ed esportazione tra le due Parti contraenti.

<sup>41</sup> Anche se gli accordi sono di fatto sospesi le disposizioni in essi contenute possono fornire utili spunti per l'analisi che qui si sta svolgendo.

La disciplina delle relazioni economiche tra Israele e l'OLP è contenuta nel Protocollo di Parigi, inserito come allegato V dell'*Interim Agreement on the West Bank and Gaza Strip* firmato a Washington nel settembre del 1995. Il Protocollo istituisce una forma di integrazione economica tra le Parti contraenti assimilabile ad una unione doganale<sup>42</sup> anche se con elementi propri di un'area di libero scambio. Infatti, da una parte, il regime di libera circolazione delle merci tra OLP e Israele (art. VIII, par. 1 e art. IX, par. 1) e un regime doganale comune allineato su quello israeliano (art. III, par. 5, lett. a)<sup>43</sup> definiscono i rapporti tra le parti secondo il modello di una unione doganale. Dall'altra, l'Accordo richiama il modello di una ZLS poiché autorizza l'AP a mantenere un regime tariffario autonomo e una politica doganale con limiti quantitativi per certi prodotti specificatamente elencati originari dai Paesi arabi (art. III, par. 2, lett. a) e riconosce, per le merci diverse da quelle elencate, la competenza dell'AP ad esportare prodotti agricoli (art. VIII, par. 12) ed industriali (art. IX, par. 6) senza restrizioni "on the basis of certificates of origin issued by the Palestinian Authority".

La combinazione di elementi propri di un'unione doganale e di una zona di libero scambio è un compromesso tra le posizioni negoziali di Israele e dell'OLP. La prima propendeva per la formalizzazione di un'unione doganale che non richiede la definizione di confini tra le Parti contraenti; poiché, viceversa, i confini economici devono essere tracciati in una zona di libero scambio questa seconda soluzione era auspicata dai negoziatori palestinesi<sup>44</sup>.

Indubbiamente comunque il Protocollo di Parigi – riconoscendo la possibilità per l'AP di emanare norme sull'origine – implicitamente accetta l'esistenza di una entità che esercita competenze su di un'area doganale definita e separata.

La corrispondenza delle relazioni economiche tra OLP e Israele ad uno dei due modelli di integrazione commerciale – unione doganale o zona di libero scambio – rimane aperta e può avere conseguenze importanti nei rapporti instaurati con l'Unione europea nell'ambito della politica mediterranea. Ad esempio ci si può chiedere come sia compatibile una zona di libero scambio tra Israele e l'OLP con una politica di importazione e dazi comuni (cfr. l'art. III, par. 2, lett. a, del Protocollo di Parigi). Inoltre, se Israele e l'OLP costituiscono una unione doganale, la questione dei certificati di origine può presentarsi in termini differenti e l'Accordo stipulato dall'OLP con la Comunità potrebbe assumere profili di incompatibilità con l'Accordo OLP-Israele.

<sup>42</sup> A. ARNON, J. WEINBLATT, *Sovereignty and Economic Development: the Case of Israel and Palestine*, in *Economic Journal*, 2001, p. 291.

<sup>43</sup> Ad eccezione di alcuni prodotti (art. III, par. 2, lett. a) per i quali l'AP è responsabile "Israeli rates of customs, purchase tax, levies, excises and other charges, prevailing at the date of signing of the Agreement, as changed from time to time, shall serve as the minimum basis for the Palestinian Authority" (corsivo aggiunto).

<sup>44</sup> Sul punto cfr. O. GROSS, *Mending Walls: The Economic Aspects of Israeli-Palestinian Peace*, in *American University International Law Review*, 1999-2000, p. 1539 ss.; D. COBHAM, *Economic Aspects of the Israeli-Palestinian Conflict: An Introduction*, in *Economic Journal*, 2001, p. 249 ss.; N. KANAFANI, *Trade: A Catalyst for Peace?*, *ivi*, p. 276 ss.

4. In una zona di libero scambio l'eliminazione degli ostacoli agli scambi è riservata solo ai prodotti degli Stati membri. Per questo motivo è fondamentale individuare i criteri in base ai quali si stabilisce che un bene è prodotto nel Paese che beneficia della preferenza<sup>45</sup>. Questa funzione è affidata alle norme sull'origine. La loro definizione<sup>46</sup> non è una mera scelta tecnica<sup>47</sup> e neutrale. Essa può dipendere infatti dagli obiettivi che gli Stati intendono perseguire mediante le politiche commerciali o gli strumenti autonomi (come i Sistemi di preferenze generalizzate) che presuppongono l'individuazione dell'origine del bene. Le norme sull'origine potrebbero essere modulate in maniera restrittiva per colpire soprattutto i prodotti competitivi e ridurre così, di fatto, l'impatto, nel mercato del Paese di importazione, delle preferenze accordate<sup>48</sup>. Viceversa norme sull'origine più generose possono ampliare la portata del trattamento preferenziale. Si comprende quindi perché gli operatori privati pongano grande attenzione alla formulazione delle regole sull'origine quando scelgono dove investire e dove collocare le diverse fasi della produzione. Le norme sull'origine costituiscono pertanto veri e propri strumenti di politica commerciale in grado di influire in maniera assai incisiva sulla situazione economica degli attori coinvolti.

Le norme sull'origine considerano di regola ogni operazione posta in essere al di fuori di quel territorio come estranea al processo di conferimento dell'origine. Ne consegue che eventuali parti e componenti importate ed utilizzate per la produzione del bene sono considerate come non-originarie e contano "contro l'origine". Costituisce un'importante eccezione a questo principio il meccanismo del cumulo. Questo meccanismo comporta che i territori delle Parti contraenti di un accordo di libero scambio siano considerati come un unico territorio

---

<sup>45</sup> Determinare l'origine di una merce costituisce un'operazione relativamente semplice quando un bene è interamente prodotto all'interno di un Paese ma può diventare estremamente complessa quando il bene della cui origine si discute è il risultato, come avviene di regola nell'economia moderna, di un processo produttivo differenziato e frammentato in diverse fasi che si svolgono in Paesi diversi e/o quando per produrre un bene in un unico Paese sono utilizzate componenti che sono originarie di altri Stati. Nella prassi gli Stati utilizzano diversi criteri, da soli o combinati tra loro, per determinare l'origine di un prodotto.

<sup>46</sup> Benché i criteri utilizzati siano diversi, la *ratio* che sottende ognuno di essi è che ogni prodotto per essere considerato originario deve contenere una certa quantità di contributo locale, deve cioè esserci in un prodotto l'apporto sostanziale dell'economia del Paese. Di regola una merce è considerata originaria dal Paese nel quale è stata completamente prodotta o ha subito l'ultima sostanziale trasformazione.

<sup>47</sup> Le norme sull'origine devono essere sufficientemente rigorose per evitare sviamenti di traffico commerciale. D'altra parte norme troppo restrittive potrebbero scoraggiare da parte del Paese che beneficia della preferenza (e che deve soddisfare le norme sull'origine) l'utilizzo di componenti o materiali originari da un Paese terzo ma con alto contenuto tecnico o/e disponibili a prezzi molto convenienti. Nella prassi di molti Stati le norme sull'origine preferenziali tendono quindi ad essere più restrittive di quelle non preferenziali. (cfr. osservazioni della Corte di giustizia CE nella sentenza dell'8 ottobre 1986, causa 385/85, *S. R Industries c. Administration des douanes*, Raccolta, p. I-2929, che giustifica norme più restrittive applicabili al sistema delle preferenze generalizzate).

<sup>48</sup> K. A. CHASE, *Protecting Free Trade: The Political Economy of Rules of Origin*, in IO, 2008, p. 507 ss.

ai fini del conferimento dell'origine. Quindi ognuna delle Parti contraenti di una ZLS può utilizzare prodotti originari dell'altra Parte come se fossero originari del suo territorio. Tale sistema (cumulo bilaterale) è previsto e applicato dall'Unione europea nella maggior parte dei suoi accordi di libero scambio. Ancora più incisivo per lo sviluppo degli scambi e soprattutto per le ricadute positive sulla liberalizzazione commerciale e sull'integrazione tra Parti contraenti, è il cumulo diagonale. Esso permette a tre o più Stati che hanno concluso tra di loro accordi di libero scambio e che applicano le stesse norme sull'origine, di fondere i diversi accordi in quanto ogni Stato parte al sistema di cumulo può utilizzare beni originari degli altri Stati parte del sistema come se fossero originari del suo territorio e quindi beneficiare del trattamento preferenziale. L'Unione europea applica un sistema di cumulo diagonale nell'area mediterranea (cumulo paneuromediterraneo dell'origine). La decisione di istituire il meccanismo è stata adottata nel quadro del Partenariato euro mediterraneo, nella riunione di Toledo del marzo 2002 dai ministri del Commercio euromediterranei. In base a tale sistema i Paesi dell'area mediterranea possono cumulare l'origine dei loro prodotti a condizione di aver stipulato tra di loro un accordo di libero scambio che comprende identiche norme sull'origine (secondo un Protocollo pan euro mediterraneo di origine). Se uno Stato non è legato da un accordo di libero scambio con gli altri Paesi è escluso dal beneficio del meccanismo del cumulo come accade per Israele<sup>49</sup>. Un interessante sistema, che potrebbe fornire spunti di soluzione promettente per le future relazioni tra Israele e l'OLP – è quello istituito dalle *Qualifying Industrial Zones* stabilite in Giordania ed Egitto<sup>50</sup>. Esse permettono l'esportazione in franchigia dei prodotti egiziani e giordani negli USA anche se contengono componenti israeliane. Si tratta, quindi, di un meccanismo pensato per influire positivamente sulle relazioni economiche e quindi politiche tra gli Stati coinvolti. Esso presuppone comunque l'instaurazione di relazioni pacifiche tra i membri.

La determinazione dell'origine si fonda su di un criterio territoriale: il prodotto si considera originario dello Stato che esercita la sovranità sul territorio in cui avviene il processo produttivo che risponde ai parametri stabiliti per beneficiare del trattamento previsto da un accordo di libero scambio. Irrilevante è invece la nazionalità del produttore. Se il presupposto – esercizio della sovranità sul territorio o su parte di esso – è contestato o dubbio, lo Stato di importazione

<sup>49</sup> Cfr. la nota della Commissione sull'applicazione del cumulo diagonale, in *GUUE C 220*, 13 settembre 2006, p. 5. Si veda il piano d'azione con Israele nel quadro della politica di vicinato in cui si fa riferimento come obiettivo all'inserimento di Israele nel sistema di cumulo paneuromediterraneo. Il piano è scaricabile dal sito [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu) disponibile *on line*. Meccanismi di cumulo tra Israele e Palestina non sono possibili in quanto l'AP non vi consente. Cfr. L. ZEMER, S. PARDO, *The Qualified Zones in Transition: Navigating the Dynamics of the Euro-Israeli Customs Dispute*, in *EFA Rev.*, 2003, p. 51 ss. Gli autori propongono in questo articolo l'istituzione di una *Qualified Zone in Transition* come soluzione del problema dell'origine dei prodotti della Cisgiordania.

<sup>50</sup> Cfr. M. HIRSH, *Rules of Origin as Trade or Foreign Policy Instruments – The European Union Policy on Products Manufactured in the Settlements in the West Bank and the Gaza Strip*, in *For-dham ILJ*, 2002, p. 572 ss.

potrebbe non accettare o ritenere validi i certificati rilasciati dalle autorità doganali dello Stato esportatore. Così è successo, ad esempio, nel caso dei prodotti esportati dal territorio di Cipro Nord con certificati di origine rilasciati dall'autorità della Repubblica Turca di Cipro Nord (RTCN) non riconosciuta dall'Unione europea<sup>51</sup>.

Inoltre la Corte osservava che la competenza a decidere in merito alla divisione dell'isola spettasse unicamente al governo cipriota. Faceva così intendere che la soluzione suggerita dalla Commissione poteva presentarsi come una illecita ingerenza. La Corte quindi riconosce giustamente l'impatto politico delle politiche comunitarie commerciali.

5. Nel caso *Brita* il rinvio pregiudiziale è stato operato dal Finanzgericht di Amburgo chiamato a pronunciarsi sulla controversia tra la società Brita e l'ufficio doganale centrale di Amburgo. Quest'ultimo aveva revocato la concessione della preferenza tariffaria stabilita dall'Accordo euro mediterraneo CE-Israele e proceduto al recupero posteriore dei dazi all'importazione di apparecchi per la preparazione di acqua frizzante e sciroppi prodotti dalla società Soda-Club avente sede in un insediamento israeliano in Cisgiordania<sup>52</sup>. Le merci erano state importate con certificati di origine rilasciati dalle autorità doganali israeliane che ne certificavano l'origine israeliana<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 5 luglio 1994, causa C-432/92, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte S.P. Anastasiou (Pissouri) ltd. e altri*, Raccolta, p. I-3087, in seguito: *Anastasiou*. La questione di fondo in quel caso era se il riconoscimento della validità dei certificati di origine comportasse un riconoscimento *de facto* di quell'ente. Nel negare tale conseguenza la Commissione e il Regno Unito argomentavano che l'applicazione dell'Accordo di associazione CE-Cipro si estendesse a tutto il territorio dell'isola cipriota e che per evitare di penalizzare e discriminare i cittadini che si trovassero ad operare a Cipro Nord rispetto ai cittadini di Cipro Sud dovessero essere riconosciuti i certificati di origine anche se rilasciati da autorità doganali appartenenti ad un governo non riconosciuto. La Corte ha invece ritenuto che il funzionamento dell'Accordo presupponesse una collaborazione e un rapporto di fiducia con le autorità competenti, collaborazione che non poteva sussistere con le autorità di un governo non riconosciuto. Pertanto la High Court, giudice del rinvio nel caso *Anastasiou*, ha interpretato le conclusioni della Corte di giustizia come una impossibilità "as a matter of law" di non collaborare in quanto tale collaborazione avrebbe comportato un riconoscimento di fatto della Repubblica turca di Cipro nord. Sul punto cfr. S. TALMON, *The Cyprus Question Before the Court of Justice*, in *EJIL*, 2001, p. 727 ss., spec. p.743 e nota 75. L'autore critica la conclusione della Corte sottolineando come nella prassi le autorità degli Stati collaborano con governi non riconosciuti. La stessa Unione europea riconosce i certificati di origine di Taiwan pur non riconoscendola come entità statale. Su questo punto cfr. in particolare p. 747.

<sup>52</sup> L'impresa si trova a Mishor Adumim (Edomim) una zona industriale tra Gerusalemme e Gerico. Questo insediamento si trova nella c.d. Area C che ai sensi dell'Accordo *ad interim* sulla Cisgiordania e la Striscia di Gaza rimane (temporaneamente) sotto controllo israeliano.

<sup>53</sup> Prima di procedere al recupero dei dazi le autorità doganali tedesche avevano proceduto ad un controllo a posteriori dei certificati di origine per verificare se le merci in questione fossero prodotte negli insediamenti israeliani. A seguito di tale controllo, le autorità doganali israeliane notificavano in un primo momento che le merci originavano da un'area "soggetta alla competenza

La questione al centro della controversia si era già posta dopo la conclusione dell'Accordo interinale con l'OLP che prevede, come si è visto, l'istituzione di una zona di libero scambio e quindi un regime di importazione in franchigia doganale per i prodotti originari dai territori della Striscia di Gaza e della Cisgiordania.

La politica ufficiale delle dogane israeliane era di rilasciare certificati di origine dello Stato di Israele per prodotti completamente manufatturati o sostanzialmente trasformati negli insediamenti. Poiché questa prassi contrastava con l'interpretazione sostenuta dall'Unione sulla portata territoriale dell'Accordo CE-Israele, la Commissione aveva segnalato agli esportatori mediante un avviso pubblicato sulla Gazzetta ufficiale<sup>54</sup> – che le esportazioni dei prodotti provenienti dalla Cisgiordania, la striscia di Gaza, le alture del Golan e Gerusalemme est potevano dare origine ad un debito con le dogane. Secondo la Comunità infatti, i prodotti originari dai territori occupati da Israele dal 1967 non avevano diritto al trattamento preferenziale previsto dall'Accordo di associazione tra la CE e Israele.

Rimaneva aperta la questione di quali fossero i prodotti originari dagli insediamenti. A tale fine la Commissione aveva stilato, ad uso delle autorità doganali degli Stati membri, un elenco di beni che si ritenevano manufatturati negli insediamenti. Una soluzione di compromesso era stata raggiunta nel 2004 nell'ambito del Comitato di cooperazione doganale CE-Israele. In quella sede era stato definito un Accordo tecnico che stabiliva che dal febbraio 2005<sup>55</sup> i certificati di origine (Eur1) rilasciati dalle autorità israeliane avrebbero riportato l'indicazione del codice postale della località dove aveva avuto luogo la produzione conferente origine<sup>56</sup>. Si noti che il certificato di origine non doveva specificare se la località di produzione del bene si trovasse o meno all'interno degli insediamenti. Per ovviare alle eventuali difficoltà che ne potevano derivare, una lista di codici postali era stata fornita da Israele alla Commissione e alle autorità doganali degli Stati membri.

L'Accordo tecnico del 2004 rappresentava un compromesso importante che permetteva ad Israele di non dover riconoscere che i prodotti esportati dai territori (e specificatamente dagli insediamenti) non avessero diritto a qualificarsi per il trattamento preferenziale, consentendole contemporaneamente di mantenere (questione simbolica ma non per questo meno importante) il nome Israele sui certificati di origine. Inoltre, come acutamente osservato, si riconosceva il potere di Israele di certificare la provenienza dei prodotti dagli insediamenti così

---

doganale di Israele<sup>57</sup> ma non davano seguito ad una successiva ulteriore richiesta volta ad accertare l'esatta origine delle merci.

<sup>54</sup> Il testo dell'avviso è riportato in *GUCE* C 328, 21 novembre 2001, p. 6.

<sup>55</sup> Il conseguente avviso agli importatori è pubblicato in *GUUE* C 20, 25 gennaio 2005, p. 2.

<sup>56</sup> *Ibidem*. Cfr. G. HARPAZ, *The Dispute over the Treatment of Products Exported to the European Union from the Golan Heights, East Jerusalem, the West Bank and the Gaza Strip-The Limits of Power and the Limits of the Law*, in *JWT*, 2004, p. 1049 ss.

parificandoli, nella propria prospettiva, a zone appartenenti al proprio territorio<sup>57</sup>.

Dall'altra, l'Unione era giunta ad una soluzione che escludeva dal trattamento preferenziale i prodotti provenienti dai territori senza tuttavia dover formalmente ed esplicitamente definire l'ambito di applicazione territoriale dell'Accordo. Le autorità doganali di ogni Stato membro potevano quindi, sulla base della lista fornita dalla Commissione, semplicemente rifiutare il trattamento preferenziale senza dover chiedere una verifica alle autorità doganali israeliane come previsto<sup>58</sup> nel Protocollo sulle norme sull'origine<sup>59</sup>.

Sotto il profilo del diritto dei trattati tale compromesso si può qualificare come un accordo ulteriore intervenuto tra le Parti riguardante l'interpretazione del trattato o l'applicazione delle sue disposizioni come strumento per l'interpretazione dei trattati ai sensi dell'art. 31, par. 3, lett. a) della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, considerata riproduttiva del diritto consuetudinario. Non ci potrebbe quindi essere opposizione da parte del governo israeliano nel caso in cui le dogane di uno Stato membro rifiutino l'applicazione del trattamento preferenziale ad una merce originaria nei territori fondata sulla verifica della esatta origine delle merci individuata mediante l'applicazione dell'Accordo tecnico.

**6.** La Corte accorpa le questioni sollevate dal giudice remittente definendo quattro ordini di problemi. Il primo, e più rilevate, è se possa essere rifiutato ai prodotti originari dalla Cisgiordania il trattamento preferenziale previsto dall'Accordo CE-Israele. Il secondo è se le autorità doganali dello Stato importatore possano comunque concedere la franchigia doganale in presenza di un certificato che attesti formalmente l'origine israeliana dei prodotti ma qualora risulti, senza alcun dubbio, che le merci sono originarie dalla Cisgiordania (questione che dovrebbe essere accertata con altri mezzi di prova). Tale soluzione sarebbe giustificata secondo il giudice remittente dalla circostanza che sia l'Accordo CE-Israele che l'Accordo CE-OLP prevedono lo stesso trattamento prefe-

---

<sup>57</sup> U. VILLANI, *op. cit.*, p. 556.

<sup>58</sup> La verifica della prova di origine avviene mediante una procedura in base alla quale le autorità doganali del Paese importatore ritrasmettono il certificato d'origine alle autorità doganali dello Stato esportatore se hanno fondati dubbi sull'autenticità del documento e sulle informazioni ivi riportate. Le autorità doganali dello Stato esportatore sono le uniche competenti a procedere a tale verifica (cfr. Protocollo 4 dell'Accordo CE-Israele). Se le autorità doganali di Israele non dovessero rispondere, o non dovessero farlo in maniera esaustiva, alle richieste delle autorità doganali di uno Stato membro, i prodotti sarebbero esclusi dal trattamento preferenziale. Sul punto cfr. l'interrogazione scritta dell'onorevole Morgantini del 19 aprile 2001 sulla regolare applicazione dell'Accordo CE-Israele, P-1300/01, *GUCE C* 350, 11 dicembre 2001, p. 115.

<sup>59</sup> Si era avanzata l'ipotesi che la località geografica e il codice postale indicanti un luogo sito all'interno dei confini riconosciuti di Israele in realtà si potessero riferire non al luogo in cui il bene era coltivato o la merce prodotta ma alla località in cui si trovava l'ufficio centrale o il centro di distribuzione del bene. Dibattito svoltosi nell'House of Commons il 27 gennaio 2010, *Column* 313 WH ([www.ukparliament.com](http://www.ukparliament.com), reperibile *on line*).

renziale all'importazione dei prodotti nell'Unione. Il terzo quesito è se le autorità doganali dello Stato importatore siano vincolate dalla prova di origine presentata dalle autorità dello Stato esportatore. L'ultima questione verte sull'esistenza di un obbligo di sottoporre le controversie sull'origine al Comitato di cooperazione doganale istituito dall'Accordo CE-Israele prima che lo Stato importatore possa adottare misure unilaterali quali appunto la sospensione del trattamento preferenziale.

Per rispondere alla prima questione la Corte richiama la norma di diritto internazionale per cui un trattato non crea obblighi né diritti per uno Stato terzo senza il suo consenso, contenuta nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Poiché l'art. 34 è considerato riproduttivo del diritto consuetudinario, come tale è applicabile anche agli accordi stipulati tra organizzazioni internazionali e Stati<sup>60</sup>. Secondo la Corte è alla luce di tale principio che deve essere interpretato l'art. 83 dell'Accordo CE-Israele. Essa ricorda che l'OLP ha concluso un Accordo di libero scambio con la CE e che ai sensi dell'art. 73 di tale Accordo questo si applica al territorio della Cisgiordania e della Striscia di Gaza. Ambedue gli Accordi inoltre riconoscono una competenza esclusiva alle autorità doganali dello Stato esportatore – nella rispettiva sfera di giurisdizione territoriale – per il rilascio dei certificati Eur1 o dell'autorizzazione agli esportatori stabiliti sul territorio “*soggetti alla loro amministrazione*” (punto 51, corsivo aggiunto). La Corte quindi afferma: “Pertanto, interpretare l'art. 83 dell'accordo di associazione CE-Israele nel senso che le autorità israeliane sarebbero investite di competenze doganali riguardo ai prodotti originari della Cisgiordania si risolverebbe nell'imporre alle autorità doganali palestinesi l'obbligo di non esercitare le competenze loro attribuite dalle menzionate disposizioni CE-OLP. Una siffatta interpretazione che avrebbe l'effetto di creare un obbligo per un soggetto senza il suo consenso, si porrebbe in contrasto con il principio di diritto internazionale generale *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (...). Ne consegue che l'art. 83 dell'accordo di associazione CE-Israele dev'essere interpretato nel senso che i prodotti originari della Cisgiordania non ricadono nella sfera di applicazione territoriale del detto accordo e non possono beneficiare del regime preferenziale dal medesimo istituito” (punti 52-53).

In relazione al secondo punto sollevato dal giudice *a quo* la Corte respinge nettamente l'ipotesi del concorso di qualificazioni in quanto tale soluzione richiederebbe di accertare l'origine dei prodotti mediante mezzi di prova diversi dai certificati di origine. Si finirebbe così per negare la necessità di ottenere una valida prova di origine per poter beneficiare del trattamento preferenziale (punto 56).

Per rispondere alla terza questione la Corte opera una distinzione tra questioni relative propriamente all'origine delle merci, per le quali il sistema si fonda sull'accettazione da parte delle autorità di importazione delle valutazioni e controlli esercitati dalle autorità doganali dello Stato esportatore, e la questione

<sup>60</sup> Cfr. sentenza *Brita*, punti 40-43.

oggetto della causa principale. In questo caso il controllo doveva accertare se il luogo di origine rientrasse nella sfera di applicazione territoriale dell'Accordo CE-Israele. La Corte quindi afferma (punto 64) "l'Unione esclude infatti i prodotti ottenuti nelle località collocate sotto amministrazione israeliana successivamente al 1967 dal beneficio del trattamento preferenziale". Richiama quindi le disposizioni del Protocollo sull'origine che autorizzano le autorità doganali dello Stato di esportazione a negare il trattamento di franchigia qualora non ricevano dagli uffici doganali dello Stato di esportazione sufficienti informazioni per la determinazione dell'effettiva origine dei prodotti. In questo caso le prime non sono vincolate dalle affermazioni delle seconde.

La Corte, citando queste disposizioni, non pare fare alcuna differenza quanto all'oggetto del controllo. L'Avvocato generale aveva argomentato che, poiché la controversia tra autorità doganali verteva sull'ambito di applicazione dell'Accordo, le autorità dello Stato di importazione non erano vincolate dal controllo effettuato dalle autorità israeliane. Questa conclusione dell'Avvocato generale non si fondava sul carattere incompleto delle informazioni fornite dalle dogane israeliane ma sulla circostanza che la questione in realtà riguardava l'interpretazione dell'art. 83 dell'Accordo CE-Israele e non le norme sull'origine in senso proprio. La Corte, invece, citando l'art. 32, par. 6 del Protocollo, sembra ritenere che le autorità doganali dello Stato di importazione non siano vincolate dal controllo operato da Israele a causa della incompletezza delle informazioni fornite da quest'ultimo.

La diversa posizione della Corte rispetto a quanto sostenuto dall'Avvocato generale non è irrilevante per la definizione della controversia. Infatti ci si chiede che cosa accadrebbe se, per ipotesi, le autorità dello Stato esportatore confermassero che il prodotto è originario. Secondo la soluzione avanzata dall'Avvocato generale le autorità doganali dello Stato importatore non sarebbero vincolate comunque, in caso di persistenza di dubbio, alle indicazioni delle autorità dello Stato esportatore, dato che la questione non verte propriamente sull'origine dei prodotti. Secondo il ragionamento seguito dalla Corte, invece, le informazioni complete – e non verificabili – vincolerebbero le autorità doganali all'applicazione del trattamento preferenziale indipendentemente dalla loro correttezza o conformità all'Accordo<sup>61</sup>.

Infine, per rispondere all'ultimo quesito in merito all'obbligo di adire il Comitato di cooperazione, la Corte segue lo stesso ragionamento svolto dall'Avvocato generale: il Comitato di cooperazione è un organismo tecnico competente a conoscere delle controversie relative al settore doganale, poiché la questione oggetto della causa principale verte sull'interpretazione dell'Accordo e non su quella del Protocollo, non è necessario che le autorità doganali adiscano il Comitato di cooperazione doganale

---

<sup>61</sup> Ad esempio potrebbe trattarsi del caso in cui i codici postali indichino non il luogo di produzione delle merci (insediamenti) ma la sede della impresa produttrice (Israele). Cfr. il dibattito alla House of Commons in cui questa prassi era stata menzionata. In questo caso si potrebbe evidentemente configurare una violazione dell'Accordo.

7. Come si è avuto modo di osservare nell'introduzione, la controversia all'origine del rinvio pregiudiziale nel caso *Brita* deriva dalle difficoltà di risolvere un problema solo apparentemente tecnico. In realtà viene portata all'attenzione della Corte – circostanza da alcuni probabilmente temuta, da altri forse auspicata – una questione che assume delicati risvolti politici sulla quale le Parti avevano cercato di addivenire ad una soluzione in via negoziale e diplomatica ma sempre nel quadro dei rapporti commerciali definiti dall'Accordo CE-Israele.

Una prima considerazione che si può fare viene sollecitata dalla comparazione tra le due soluzioni, quella raggiunta mediante l'Accordo tecnico del 2004 (quindi successivamente all'inizio della controversia che ha dato origine al rinvio pregiudiziale) e quella fornita dalla Corte nel caso commentato.

Per quanto riguarda gli effetti, deriva dalla sentenza l'obbligo per il giudice remittente di decidere secondo l'interpretazione della Corte e quindi la controversia sarà risolta a favore dell'ufficio doganale tedesco. La ditta Brita dovrà quindi provvedere al pagamento dei dazi arretrati.

Qualora le autorità doganali di qualsiasi Stato importatore non si ritenessero soddisfatte delle informazioni fornite dalle autorità doganali israeliane o qualora verificassero che i prodotti importati con certificati israeliani sono originari dagli insediamenti nei territori (ad esempio grazie all'indicazione del codice postale obbligatoriamente indicato nei certificati) queste saranno autorizzate a non applicare il trattamento in franchigia doganale.

La sentenza non pare aggiungere elementi nuovi rispetto alla situazione come definita dall'Accordo tecnico del 2004 anche se contribuisce a chiarire quale debba essere il comportamento delle autorità doganali degli Stati importatori, eliminando pertanto alcune incertezze e rafforzando l'uniformità di interpretazione dell'Accordo. Si tratta di un profilo non sottovalutabile soprattutto a fronte di una prassi non univoca seguita per lungo tempo dalle autorità doganali degli Stati membri.

Si ritiene invece che il "luogo" in cui viene risolta la controversia modifichi la portata degli effetti della soluzione che viene data nel merito. La scelta di elaborare l'Accordo del 2004 nel quadro del comitato di cooperazione doganale aveva lo scopo evidente di classificare la controversia come tecnica (non a caso questo è l'attributo utilizzato per definire l'Accordo) depotenziandola dei profili politici più delicati. La soluzione della questione da parte di un organo di grande visibilità e prestigio come la Corte di giustizia non può che operare nella direzione opposta. Anche gli strumenti che danno pubblicità alla soluzione sono incomparabilmente diversi: non è possibile infatti ritenere che un avviso agli importatori pubblicato sulla serie C della Gazzetta ufficiale abbia lo stesso rilievo mediatico e simbolico di una sentenza della Corte di giustizia.

Sembra comunque trasparire un atteggiamento di cautela se non addirittura di *self-restraint* della Corte<sup>62</sup>, che appare nella scelta dell'argomentazione giuri-

<sup>62</sup> Si noti che nessuno degli Stati membri ha ritenuto opportuno presentare delle osservazioni.

dica e nella circostanza che essa non segue l'Avvocato generale su alcuni punti delicati<sup>63</sup> pur giungendo a conclusioni identiche nel merito.

Nell'evidente intento di trattare la questione depotenziandola dagli elementi controversi più delicati, la Corte stabilisce la portata territoriale dell'Accordo CE-Israele come conseguenza della norma del diritto dei trattati sui limiti di applicabilità, per uno Stato, degli obblighi discendenti da un accordo di cui esso non è Parte contraente.

Il ragionamento seguito dalla Corte (sopra riportato per sintesi) solleva tuttavia alcune perplessità. Non è chiaro perché riconoscere alle autorità israeliane competenze doganali per i prodotti originari della Cisgiordania si configurerebbe come un obbligo per le autorità palestinesi di astenersi da una attività che è prevista dall'Accordo CE-OLP. In realtà se l'Unione riconoscesse la validità dei certificati rilasciati dall'autorità israeliana per i prodotti originari da Cisgiordania e Striscia di Gaza violerebbe l'Accordo CE-OLP, che si applica, come deduciamo dalla lettera dello stesso, ai territori della Striscia di Gaza e della Cisgiordania.

Il punto è che la Corte nel passaggio citato non distingue tra prodotti originari della Cisgiordania e quelli originari dagli insediamenti israeliani che si trovano in quest'area.

Tale distinzione appare però in un passaggio successivo, quello in cui la Corte risponde alla domanda del giudice del rinvio che chiede se le autorità doganali dello Stato di importazione siano vincolate alla prova dell'origine fornita dalle autorità doganali dello Stato di esportazione. La Corte riconoscendo, come si è visto, che l'oggetto del controllo non è in questo caso il rispetto dei criteri conferenti origine alle merci ma la verifica del luogo dove era avvenuto il processo di fabbricazione afferma: "l'Unione esclude infatti i prodotti ottenuti nelle località collocate sotto amministrazione israeliana successivamente al 1967 dal beneficio del trattamento preferenziale definito nell'Accordo" (punto 64).

Se i prodotti originari in Cisgiordania non rientrano nella sfera di applicazione dell'Accordo CE-Israele dovrebbero, secondo il ragionamento svolto poco sopra, necessariamente rientrare nella sfera di applicazione dell'Accordo CE-OLP; questo varrebbe anche per i prodotti originari nei territori "soggetti ad amministrazione israeliana" (cioè negli insediamenti). L'Avvocato generale era stato esplicito nell'affermare che le merci certificate di origine israeliana, ma originarie dei territori occupati e più precisamente in Cisgiordania, "non possono beneficiare né del regime preferenziale in forza dell'Accordo CE-Israele né di quello instaurato dall'Accordo CE-OLP" (punto 139 delle conclusioni).

Quindi dalla sentenza della Corte sembra possa concludersi che le merci originarie negli insediamenti potrebbero essere esportate con certificati di origine palestinesi. Così però non può essere. Prima di tutto una soluzione del genere difficilmente potrebbe essere accolta dalle Parti in causa. Ma soprattutto

---

<sup>63</sup> Ad esempio nel richiamo alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza al punto 111 o all'affermazione esplicita contenuta al punto 112 delle sopra citate conclusioni dell'Avvocato generale: "La Corte può solo dichiarare che i territori della Cisgiordania e di Gaza non fanno parte dello Stato di Israele".

vi si oppone un dato formale. Gli insediamenti israeliani si trovano nell'Area C che, secondo l'Accordo Oslo II (sopra citato), è soggetta – almeno per ora – al controllo israeliano; le autorità doganali palestinesi non sarebbero in grado di esercitare le verifiche eventualmente richieste dagli Stati di importazione. Se le autorità doganali dello Stato di importazione sono vincolate dalla prova di origine presentata dalle autorità doganali dello Stato di esportazione (come afferma la Corte al punto 59) è perché sono queste ultime che possono operare gli accertamenti necessari (le autorità doganali dello Stato di importazione non possono recarsi sul territorio dello Stato di esportazione per procedere a eventuali verifiche). Per ottemperare a tale funzione è quindi necessario che tali autorità siano in grado di esercitare il controllo, in altri termini, che i produttori operino in un ambito territoriale soggetto all'amministrazione dell'ente che esporta le merci.

La distinzione operata dalla Corte tra sfere di applicazione territoriale ha un'altra conseguenza. Non solo esclude che le merci degli insediamenti possano essere importate nell'Unione come merci di origine israeliana, ma esclude altresì anche che le merci di origine palestinese possano avvalersi delle autorità doganali israeliane per l'emanazione dei certificati attestanti l'origine dei loro prodotti. Tuttavia, se il mancato riconoscimento dei certificati di origine israeliana per le merci degli insediamenti costituisce una sorta di sanzione per Israele (pur senza che ciò sia detto esplicitamente), la mancata accettazione di certificati Eur1, rilasciati da autorità doganali israeliane certificanti origine palestinese dei prodotti esportati, potrebbe tradursi in una penalizzazione per le esportazioni palestinesi. È vero che, come argomenta l'Avvocato generale, l'Accordo israelo-palestinese conferisce responsabilità alle autorità palestinesi nella sfera doganale e che esistono organismi competenti per il rilascio dei certificati di origine, ma vi è altresì una prassi risalente di esportazione dei prodotti palestinesi tramite le autorità doganali israeliane resa necessaria dalla scarsa operatività degli organismi doganali palestinesi. Negare tale possibilità di esportazione, per quanto coerente con l'argomentazione della Corte, si pone in contrasto con l'obiettivo perseguito dall'Accordo CE-OLP che mira, secondo un modello tradizionale *trade and development*, a contribuire, mediante l'intensificazione degli scambi commerciali, allo sviluppo economico dei Paesi (territori in questo caso) economicamente più arretrati. Infatti, nel caso in cui gli esportatori palestinesi in Cisgiordania non siano in grado di avvalersi delle autorità doganali dell'Autorità palestinese, non potendo esportare con certificati rilasciati dalle dogane israeliane, non potrebbero avvalersi dei benefici previsti dall'Accordo.

La soluzione potrebbe consistere nell'utilizzare le autorità doganali israeliane per il rilascio di certificati di origine palestinese che beneficerebbero del trattamento preferenziale dell'Accordo concluso con l'OLP. Si tratterebbe di una situazione assimilabile a quella contemplata nel diritto internazionale per cui uno Stato (Israele) presta i suoi organi ad un altro Stato o soggetto internazionale<sup>64</sup>. La soluzione sarebbe simile ma non identica a quella prevista dal giudice

<sup>64</sup> Cfr. per alcuni esempi il commento all'art. 6 del Progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati. J. CRAWFORD, *The International Law Commissions's Articles on State Responsibility. Intro-*

*a quo*: non si tratterebbe infatti di esportare prodotti di origine palestinese che, coperti da certificati israeliani, si qualificherebbero come originari di Israele beneficiando del trattamento preferenziale CE-Israele. Tale circostanza indubbiamente priverebbe l'Accordo CE-OLP del suo effetto utile come rilevato dall'Avvocato generale al punto 125 delle sue conclusioni. L'ipotesi qui avanzata si differenzerebbe dal concorso di qualificazione perché l'Accordo applicabile alle esportazioni palestinesi sarebbe ovviamente quello concluso con l'OLP. È evidente che in questa ipotesi i certificati sarebbero rilasciati da autorità doganali diverse da quelle previste dall'Accordo ma ciò avverrebbe, appunto, nel quadro dell'Accordo CE-OLP e nei limiti temporali in cui le istituzioni doganali palestinesi non fossero in grado di funzionare e avessero, evidentemente, prestato il loro consenso alla soluzione sopra tratteggiata.

La Corte delinea una soluzione più monolitica: essa fa coincidere la sfera territoriale di applicazione dell'Accordo con Israele con il territorio dello Stato di Israele ufficialmente riconosciuto, ovvero quello situato all'interno della linea verde. L'Accordo di libero scambio CE-OLP coprirebbe quindi la Striscia di Gaza e la Cisgiordania indipendentemente dalla situazione di controllo di fatto esercitata da Israele su alcune porzioni di quel territorio e riconosciute anche negli Accordi di Oslo e nell'*Interim Agreement*<sup>65</sup>. In altri termini, la Corte pare respingere la tesi che si possa operare una distinzione tra confini doganali e confini politici che, in teoria, ci pare sostenibile (l'Unione stessa costituisce un unico territorio doganale all'interno del quale sono ben definiti i confini politici).

Dalla sentenza si trae inoltre l'impressione che la Corte abbia inteso adottare una posizione che si fonda sul riconoscimento di due entità distinte (per Israele ovviamente non ci sono dubbi in merito alla soggettività, mentre forti dubbi esistono in merito alla seconda) e che riconosce implicitamente carattere di stualità all'"ente palestinese". Voler mantenere distinta l'azione delle autorità doganali palestinesi da quella delle autorità doganali israeliane equivale a distinguere tra due soggetti autonomi. Riconoscere come validi i certificati di origine rilasciati da un ente doganale come espressione di una autorità riconducibile ad

---

*duction, Text and Commentaries*, Cambridge, 2002, p. 103.

<sup>65</sup> L'Accordo stabiliva che la competenza territoriale del Consiglio palestinese dovesse estendersi alla Striscia di Gaza tranne per le installazioni militari e gli insediamenti indicati nella mappa 2 allegata e ad eccezione dell'area C "which, except for the issues that will be negotiated in the permanent status negotiations, will be *gradually transferred* to Palestinian jurisdiction in three phases, each to take place after an interval of six months, to be completed 18 months after the inauguration of the Council. At this time, the jurisdiction of the Council will cover West Bank and Gaza Strip territory, except for the issues that will be negotiated in the permanent status negotiations" (corsivo aggiunto). L'art. XVII.4.a e b precisava che "Israel, through its military government, has the authority over areas that are not under the territorial jurisdiction of the Council, powers and responsibilities not transferred to the Council and Israelis. (a) To this end, the Israeli military government shall retain the necessary legislative, judicial and executive powers and responsibilities, in accordance with international law. This provision shall not derogate from Israel's applicable legislation over Israelis in *personam*" (XVII.4.b).

uno Stato equivale a riconoscere l'autorità dello Stato o dell'ente sul territorio su cui quel potere si esercita e che ne costituisce l'ambito spaziale di riferimento.

Vi potrebbe essere anche un altro motivo che spiega questa posizione della Corte. L'Unione si è impegnata nel processo di *State building*, per la creazione e il rafforzamento di istituzioni anche nel settore doganale e commerciale<sup>66</sup>. Potrebbe sembrare contraddittorio con tale impegno disconoscere, anche se in una questione limitata, il ruolo delle autorità doganali palestinesi<sup>67</sup>.

Forse per questo motivo e per la delicatezza della questione, a maggior ragione in una fase così complessa e difficile delle relazioni e della situazione in Medio Oriente, la Corte ha scelto di fondare il suo ragionamento su una serie di considerazioni che evitano il più possibile un riferimento alla illegittimità dell'occupazione israeliana nei territori della Cisgiordania e della politica degli insediamenti.

Ci si può chiedere infine se l'Unione europea sarebbe comunque obbligata, ai sensi del diritto internazionale generale, a non riconoscere i certificati di origine rilasciati dalle autorità israeliane in relazione ai beni originari negli insediamenti. Potrebbe venire in rilievo a tale proposito l'obbligo consuetudinario<sup>68</sup> di non riconoscere acquisizioni territoriali realizzate mediante l'uso della forza<sup>69</sup> e di negare gli effetti extraterritoriali agli atti di governo emanati in territorio illegittimamente acquistato. Se si ritiene che l'obbligo di non riconoscimento voglia evitare che l'effetto dell'illecito abbia ricadute fuori dal territorio dello Stato, il non riconoscimento dei certificati di origine israeliani avrebbe appunto tale conseguenza.

Ancora più problematico apparirebbe l'eventuale richiamo all'art. 1 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949<sup>70</sup> in relazione alla violazione che sarebbe perpetrata da Israele dell'art. 49, par. 6 della IV Convenzione di Ginevra<sup>71</sup> ai sensi del quale: "La Potenza occupante non potrà procedere alla deportazione o al trasferimento di una parte della propria popolazione civile nel territorio da essa occupato".

<sup>66</sup> Era stata prevista l'istituzione di un'agenzia competente per questioni doganali. Cfr. *State Building for Peace in the Middle East: an EU Action Strategy* (documento S378/2007, [www.consilium.europa.eu](http://www.consilium.europa.eu), reperibile *on line*).

<sup>67</sup> Considerazione che lascia intravedere l'Avvocato generale nel punto 138 delle sue conclusioni.

<sup>68</sup> Sulla portata consuetudinaria dell'obbligo di non riconoscere situazioni illegittime cfr. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, VI ed., p. 203; A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2006, II ed., p. 377.

<sup>69</sup> S. TALMON, *The Duty Not to 'Recognize as Lawful' a Situation Created by the Illegal Use of Force or Other Serious Breaches of a Jus Cogens Obligation: An Obligation without Real Substance?*, in C. TOMUSCHAT, J. M. THOUVENIN (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order. Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Leiden, 2005, p. 99 ss.; K. KAWASAKI, *A Brief Note on the Legal Effects of Jus Cogens in International Law*, in *Hitotsubashi Journal of Law and Politics*, 2006, p. 27 ss.

<sup>70</sup> Ai sensi dell'articolo: "Le Alte Parti contraenti s'impegnano a rispettare ed a far rispettare la presente Convenzione in ogni circostanza".

<sup>71</sup> Convenzione di Ginevra sul trattamento delle persone civili in tempo di guerra. Si veda sul punto G. POISSONNIER, P. OSSELAND, *op. cit.*, spec. p. 73 ss.

La Corte internazionale di giustizia si è soffermata sulla portata della norma e sul suo contenuto nella sentenza *Nicaragua c. Stati Uniti*<sup>72</sup> e, più recentemente, nel parere *sul Muro*<sup>73</sup>. In quest'ultimo, nell'esaminare le conseguenze giuridiche dell'illecito costituito dalla costruzione del muro per gli Stati terzi, la Corte ha qualificato come obblighi *erga omnes* il diritto all'autodeterminazione e il diritto umanitario<sup>74</sup> (par. 155). Essa ha fatto discendere dalla natura di queste norme un obbligo per gli Stati di non riconoscere la situazione illecita derivante dalla costruzione del muro e di non prestare aiuto o assistenza al mantenimento della situazione venutasi così a creare<sup>75</sup>. In relazione al diritto umanitario la Corte ha altresì affermato (par. 159) che “tutti gli Stati parti della Convenzione di Ginevra relativa alla protezione dei civili in tempo di guerra, del 12 agosto 1949, sono obbligati, nel rispetto della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale, a far rispettare il diritto internazionale umanitario incorporato in questa Convenzione da parte di Israele”. La Corte internazionale di giustizia sembra dunque confermare l'interpretazione dell'art. 1 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra come norma che pone un obbligo in capo agli Stati anche se il contenuto concreto rimane indeterminato. È proprio tale indeterminatezza che fa

---

<sup>72</sup> Corte internazionale di giustizia, sentenza del 27 giugno 1986, *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*. In questa pronuncia la Corte internazionale di giustizia, oltre a riconoscere carattere consuetudinario all'art. 1 comune, ne definiva il contenuto riferendosi ad un obbligo per gli Stati di astenersi da una certa condotta: “(...) not to encourage persons or groups (...) to act in violation of the provisions of article 3 common to the four Geneva Conventions (...)” (par. 220).

<sup>73</sup> Il significato attribuito a tale disposizione in origine consisteva nell'obbligo per gli Stati di adoperarsi affinché la popolazione civile rispettasse le norme della Convenzione. Cfr. F. KALSHOVEN, *The Undertaking to Respect and Ensure Respect in All Circumstances: From Tiny Seed to Ripening Fruit*, in *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, p. 3 ss., citato nella *separate opinion* del giudice Kooijmans annesso al parere *sul Muro*. Come noto, la portata della norma internazionale pattizia può discostarsi nella sua applicazione successiva da quella che era l'intenzione originaria delle Parti. Cfr. anche *Commentary to Geneva Convention IV Relative to The Protection of Civilian Persons in Time of War, Article 3*. Cfr. L. CONDORELLI, L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Quelques remarques à propos de l'obligation des États de “respecter et faire respecter” le droit international humanitaire “en toutes circonstances”*, in C. SWINARSKY (ed.), *Studies and Essays on International Humanitarian Law and Red Cross Principles in Honor of Jean Pictet*, The Hague, 1984, p. 17. In senso critico cfr. C. FOCARELLI, *Common Article 1 of the 1949 Geneva Conventions: A Soap Bubble?*, in *EJIL*, 2010, p. 125 ss.

<sup>74</sup> In realtà nel paragrafo successivo la Corte – richiamano un passaggio del parere *sull'illiceità dell'uso e della minaccia dell'uso delle armi nucleari* – fa riferimento ad “un gran numero di regole del diritto umanitario” – e quindi non di tutte. Dato comunque che la Corte nel parere *sul Muro* si è soffermata anche sull'art. 49 della IV Convenzione di Ginevra possiamo considerare che esso sia incluso nella categoria delle norme di diritto umanitario che essa ritiene pongano obblighi *erga omnes*. Cfr. in particolare il par. 157 del parere *sul Muro*.

<sup>75</sup> Benché queste note non permettano un commento più approfondito sono condivisibili le perplessità di chi ha criticato questo passaggio della Corte sia per la poca chiarezza, sia perché la Corte sembra applicare senza citarlo l'art. 41 del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati, il quale prende però in considerazione le conseguenze delle violazioni gravi di norme imperative, sia perché la Corte non chiarisce il contenuto concreto dell'obbligo. Si vedano le opinioni separate dei giudice Higgins e Kooijman nel parere *sul Muro*.

ritenere che tale norma non potrebbe giustificare la decisione di non applicare l'accordo di libero scambio agli insediamenti israeliani.

Appare anche azzardata la tesi<sup>76</sup> che i prodotti originari dai territori collocati nella parte israeliana del muro *de facto* annessi da Israele non debbano godere del trattamento preferenziale. Dato che la questione si porrebbe nel quadro dell'Accordo di associazione, il non riconoscimento dell'origine violerebbe un obbligo pattizio che l'Unione ha assunto (assieme ai suoi Stati membri<sup>77</sup>) nei confronti di Israele qualora il rifiuto di applicazione dell'Accordo di associazione riguardasse prodotti originari dai territori della parte israeliana del muro e soggetti a sovranità di quel Paese. Il diritto internazionale sulla responsabilità non pare autorizzi uno Stato terzo ad adottare misure illecite<sup>78</sup> in caso di violazioni di obblighi *erga omnes* (secondo la qualificazione operata dalla Corte internazionale di giustizia nel parere *sul Muro*). Ai sensi dell'art. 54 del Progetto di articoli sulla responsabilità "ogni Stato che può invocare la responsabilità di un altro Stato ai sensi dell'art. 48, par. 1 può adottare tutte le misure *lecite* contro un altro Stato per assicurare la cessazione della violazione e la riparazione nell'interesse dello Stato leso o dei beneficiari dell'obbligo violato" (corsivo aggiunto). Quindi si escluderebbe la legittimità da parte dell'Unione di misure di embargo commerciale per i prodotti manifatturati o coltivati nei territori soggetti alla sovranità israeliana. Una decisione adottata dalle istituzioni dell'Unione che si configurasse come una restrizione al commercio dei prodotti di Israele<sup>79</sup> sarebbe una violazione dell'Accordo non giustificata.

Per concludere possiamo affermare che la controversia sottolinea una realtà che – per quanto banalmente evidente – tende ad essere ridotta nei suoi termini ovvero l'interrelazione tra i rapporti commerciali e la politica estera e di sicurezza comune. Questo rapporto viene concepito, anche nel caso della politica mediterranea, in termini di strumentalità dei rapporti commerciali ed economici agli obiettivi di pace nell'area. La visione è forse semplicistica e la realtà assai più complessa. Il riconoscimento di tale complessità è molto ben evidenziato da

<sup>76</sup> Cfr. S. TALMON, *op. cit.*, il quale farebbe però derivare tale obbligo dalla violazione di norme di *jus cogens*.

<sup>77</sup> Si rammenti che l'Accordo con Israele è un accordo misto, ma le disposizioni commerciali rientrano nell'ambito delle competenze esclusive dell'Unione europea.

<sup>78</sup> Cfr. N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2004, II ed., p. 301, che ritiene ammissibili contromisure da parte di Stati non immediatamente lesi quando uno Stato ha violato obblighi *erga omnes*.

<sup>79</sup> Secondo il sito Euobserver (euobserver.com, reperibile *on line*), 21 ambasciate degli Stati membri aventi sede a Ramallah hanno redatto un rapporto interno nel novembre del 2009 sollecitando l'Unione a esercitare delle forme di pressione presso i produttori degli insediamenti adottando una serie di misure come minisanzioni. Sotto la rubrica "Recommendations to reinforce the EU policy on East Jerusalem" si includono misure per "ensure that products manufactured in East Jerusalem are not exported to the EU under the EU-Israel Association Agreement" e per "provide guidance on origin labelling for settlement products to major EU retailers". Quest'ultima affermazione si riferisce alla campagna di boicottaggio dei prodotti israeliani (di origine dei territori ma non solo) posta in essere da diverse catene di supermercati in Europa.

questa sentenza e dalle sue possibili conseguenze per le relazioni economiche e politiche in Medio Oriente. In questo caso infatti la mancata soluzione politica limita fortemente la possibilità per gli Accordi con Israele e con l'OLP di operare nella maniera più efficace per realizzare gli obiettivi di sviluppo economico. Questo è illustrato chiaramente sia dalla difficoltà per le autorità doganali palestinesi di rilasciare i certificati di origine sia dalla impossibilità di fatto di realizzare il cumulo dell'origine tra Israele e la Cisgiordania e Gaza e tra Israele e molti dei Paesi arabi dell'area che partecipano alla costruzione della grande area di libero scambio nel mediterraneo. L'evoluzione della controversia mostra infine che la scelta di depotenziare – mediante una soluzione apparentemente tecnica – i profili più spinosi della questione per evitare di inserire ulteriori elementi di tensione in una situazione già altamente esplosiva può condurre quasi paradossalmente gli Stati ad adottare delle posizioni comuni proprio in un'area di crisi in cui spesso l'Unione è accusata di non essere in grado di parlare “ad una sola voce”.

## Abstract

### Rules of Origin and Territorial Application of the Association Agreement between the EU and Israel

In the case discussed in this comment (Case C-386/08 *Firma Brita GmbH c. Hauptzollamt Hamburg-Hafen*) the Court of Justice rules that goods originating in the Israeli settlements located in (West Bank) occupied territories cannot be considered of Israeli origin and therefore cannot be eligible for preferential customs treatment under the EC-Israel Association agreement. The reasoning of the Court – which clarifies some issues related to the application of rules of origin – is not totally convincing when the Court applies the international law rules on the effect of treaties on third countries to settle the question of the territorial scope of the EC-Israel Association Agreement, the actual question of the case. The distinction between the territorial spheres of competence of the two agreements made by the Court correctly excludes the application of preferential treatment to goods produced in the Israeli settlements under the EC-OLP association agreement but seems to exclude as well exports of Palestinian products into the EU through certificates of origin issued by Israeli authorities which control the occupied territories. This conclusion could be considered a sanction for Israel (although this is not verbalised by the Court which is clearly aware of the consequences of its judgment in a very delicate international context) but could result in a severe penalization for Palestinian exports.



# Evoluzione dell'articolo 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e oggetto del lavoro. – 2. Il *ne bis in idem* in ambito penale europeo. – 3. Dubbi sull'esistenza di un principio generale del *ne bis in idem*. – 4. La giurisprudenza sul principio del *ne bis in idem*. – 5. Casi pratici in merito all'art. 54 della Convenzione di Schengen. – 6. Le ultime decisioni della Corte di giustizia. – 7. I rapporti con la giurisprudenza comunitaria sul giudicato. – 8. Conclusioni.

1. Gli ultimi anni sono stati caratterizzati dall'incremento di un vivace dibattito sulla configurabilità di un “diritto penale europeo”, con particolare richiamo non solo alla distinzione tra competenze del primo e terzo pilastro, ma soprattutto all'esistenza di un sistema di diritto penale europeo in senso stretto<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> La bibliografia sui rapporti tra diritto comunitario e diritto penale è amplissima; v. per tutti G. GRASSO, *Comunità europea e diritto penale*, Milano, 1989 e J. PRADEL, G. CORTENS, *Droit penal européen*, Paris, 2002. Con la riforma operata a Lisbona la distinzione tra le competenze del primo e del terzo pilastro decade proprio a causa della abolizione della struttura a pilastri, attribuendo così all'Unione la personalità giuridica. Con la abolizione dei pilastri si determina l'estensione della giurisdizione della Corte anche a materie (cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale) per le quali esistevano numerosi limiti e deroghe precedentemente indicati dall'art. 35 TUE. Gli interventi più significativi sono previsti a partire dall'adozione degli atti a maggioranza qualificata, per la cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 82 ss. TFUE) fondata sul principio del riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie includendo il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.

Bisogna tener a mente come prima del Trattato di Lisbona, in mancanza di strumenti sanzionatori penali comunitari, la tutela degli interessi dell'Unione avveniva, oltre che attraverso il ricorso a strumenti di diritto interno, anche mediante la predisposizione di sanzioni amministrative comunitarie (per un esame della problematica, nella dottrina penalistica, E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994, p. 209 ss.). Oggi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust (art. 86 TFUE). Del resto la capacità del diritto comunitario di incidere anche sul diritto penale degli Stati membri è stata da tempo sancita dalla stessa giurisprudenza comunitaria, secondo cui, anche se la legislazione penale e le norme di procedura penale sono in linea di

Nell'ambito di questa problematica si colloca, per l'intensità della discussione suscitata<sup>2</sup>, la questione del *ne bis in idem* oggetto del presente lavoro. Si tratta di un principio che si configura specialmente come strumento di promozione del ravvicinamento delle legislazioni penali tra i vari Stati, con l'intento di un rafforzamento dei rapporti di cooperazione nell'ambito del metodo intergovernativo<sup>3</sup>. Esso trova fondamento in due principi fondamentali di ogni sistema giuridico: la certezza del diritto, che si sostanzia nell'autorità della *res judicata*, e l'equità, espressione della tutela giurisdizionale dell'individuo contro lo *ius puniendi*, che impedisce il cumulo delle sanzioni<sup>4</sup>.

Di fronte alla crescente internazionalizzazione della criminalità, sempre più transfrontaliera, la disciplina della giurisdizione penale riguarda situazioni in cui vari Stati membri sono competenti ad esercitare l'azione penale per lo stesso caso. Oltre a ciò, attualmente, le possibilità che si verifichino svariati procedimenti sullo stesso caso, o conflitti "positivi" di giurisdizione, sono molto più elevate in quanto la capacità di molte giurisdizioni nazionali in materia penale si

---

principio riservate alla competenza degli Stati membri, risulta che il diritto comunitario pone dei limiti a tale competenza. Le norme considerate non potevano infatti limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario. In questo senso cfr. sentenze della Corte di giustizia dell'11 novembre 1987, causa 203/80, *Procedimento penale a carico di Guerrino Casati*, *Raccolta*, p. 2595 ss.; del 25 febbraio 1988, causa 299/86, *Procedimento penale a carico di Rainer Drexel*, *ivi*, p. 121; del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Ian William Cowan Tresor Public*, *ivi*, p. 195 ss.; del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Dieter Kraus c. Land Baden Wuettemberg*, *ivi*, p. I-1663 ss.; del 29 febbraio 1996, causa C-193/94, *Procedimenti penali a carico di Sofia Skanavi e Konstantin Chryssanthakopoulos*, *ivi*, p. I-929 ss.; del 2 novembre 1998, causa C-274/96, *Procedimento penale a carico di Horst Otto Nickel e Ulric Franz*, *ivi*, p. I-7637 ss.

<sup>2</sup> Si veda tra gli altri S. FARINELLI, *Sull'applicazione del principio ne bis in idem tra gli Stati membri della Comunità europea*, in *RDI*, 1991, p. 878 ss.; F. J. DONAIRE VILLA, *Transacción penal y principio "ne bis in idem" en el espacio de libertad, seguridad y justicia: la interpretación del artículo 54 del Convenio de Schengen. (Comentario a la primera Sentencia prejudicial del TJCE ex art. 35 del TUE, de 11 de febrero de 2003, Asuntos Acumulados C-187/01 y C-385/01, Gözütok/Brügge)*, in *REDE*, 2003, p. 571 ss.; A. WEYEMBERGH, *Le principe "ne bis in idem": pierre d'achoppement de l'espace pénal européen?*, in *CDE*, 2004, p. 337; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The Development of ne bis in idem into a Transnational Fundamental Right in EU Law: Comments on Recent Developments*, in *ELR*, 2006, p. 565; A. KLEES, *Der Grundsatz ne bis in idem und seine Auswirkungen auf die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im European Competition Network (ECN)*, in *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2006, p. 1222 ss.; A. VAN HOEK, *Multi-level governance in enforcement and adjudication*, Antwerpen, 2006; U. SOLTÉSZ, J. MARQUIER, *Hält "doppelt bestraft" wirklich besser?: der ne bis in idem-Grundsatz im Europäischen Netzwerk der Kartellbehörden*, in *EuZW*, 2006, pp. 102-107; M. PETR, *The "ne bis in idem" Principle in Competition Law*, in *ECLR*, 2008, p. 392.

<sup>3</sup> La locuzione latina *ne bis in idem*, tradotta letteralmente, significa "non due volte per la medesima cosa". Si tratta di un brocardo che esprime un principio del diritto, presente nella generalità degli ordinamenti, in forza del quale un giudice non può esprimersi due volte sulla stessa azione, se si è già formata la cosa giudicata. In campo penale comporta che un accusato non può essere giudicato due volte per lo stesso reato.

<sup>4</sup> Cfr. sul punto M. CARTA, *Gli obblighi di cooperazione giudiziaria degli Stati con le giurisdizioni penali internazionali e la tutela dei diritti dell'uomo*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Cooperazione giudiziaria in materia penale e diritti dell'uomo*, Torino, 2004, p. 292 ss.

è significativamente estesa negli ultimi anni. La molteplicità dei procedimenti nuoce ai diritti e agli interessi dei singoli con il pericolo della duplicazione dei processi penali. In uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia evoluto<sup>5</sup> è necessario evitare tali conseguenze svantaggiose, ostacolando l'instaurazione di molteplici procedimenti sugli stessi fatti storici. Il limite giuridico è rappresentato proprio dal principio del *ne bis in idem*. Tale principio non previene i conflitti di giurisdizione quando diversi procedimenti sono in corso in due o più Stati membri; esso può entrare in gioco solo impedendo l'esercizio dell'azione penale per la seconda volta sullo stesso caso, allorché il procedimento in uno Stato membro si sia concluso con una decisione che ne impedisca l'apertura di uno nuovo (*res judicata*). Come se non bastasse, senza un meccanismo che assegni le cause ad una idonea giurisdizione mentre il procedimento è in corso, il principio del *ne bis in idem* può provocare risultati impreveduti o persino discutibili: tanto è vero che dare la preferenza a qualsiasi autorità giurisdizionale che si trovi in condizione di emettere per prima una decisione definitiva, equivarrebbe ad applicare il principio "chi prima arriva prima alloggia". La scelta della competenza giurisdizionale al momento viene lasciata al caso<sup>6</sup>, e per questo il *ne bis in idem* è ancora un principio non precisamente integrato nel sistema giuridico internazionale ed europeo. A niente è servito in proposito il libro verde presentato dalla Commissione nel dicembre del 2005, laddove la stessa al fine di risolvere il problema dei conflitti di giurisdizione prevedeva la possibile creazione di un meccanismo che agevolasse la scelta della giurisdizione più adeguata nei procedimenti penali, anche per una possibile revisione delle norme riguardanti il *ne bis in idem*<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Con la riforma operata a Lisbona il settore che riscontra maggiori modifiche è proprio lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (titolo V, art. 67 ss. TFUE). I vari aspetti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono stati più volte approfonditi in dottrina: v. R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 227 ss.; P. J. KUIJPER, *The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects*, in *CML Rev.*, 2004, p. 609 ss.; S. DOUGLAS-SCOTT, *The Rule of Law in the European Union: Putting the Security into the "Area of Freedom, Security and Justice"*, in *ELR*, 2004, p. 219 ss.; N. WALKER, *Europe's Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2004; G. AMATO, E. PACIOTTI (a cura di), *Verso l'Europa dei diritti: lo spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, Bologna, 2005; J. W. DE ZWAAN, F. GOUDAPPEL, *Freedom, Security and Justice in the European Union: Implementation of the Hague Programme*, The Hague, 2006; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, II ed.; G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione di diritto*, in questa *Rivista*, 2007, p. 335 ss.; G. GAJA, *Caratteri del diritto dell'Unione europea concernenti il secondo e terzo pilastro*, in P. FOIS, R. CLERICI (a cura di), *Caratteri del diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007.

<sup>6</sup> V. L. SALAZAR, *Il principio del ne bis in idem all'attenzione della Corte di Lussemburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 906 ss.

<sup>7</sup> Libro verde della Commissione, del 23 dicembre 2005, sui conflitti di giurisdizione e il principio del *ne bis in idem* nei procedimenti penali, COM(2005)696 def., in cui la Commissione propone di istituire attraverso una decisione quadro, un meccanismo per assegnare le cause ad una adeguata giurisdizione. Infatti essa sostiene che se si concentrassero i procedimenti in un unico giudizio non si porrebbe la questione del *ne bis in idem*. Inoltre tale meccanismo integrerebbe il

La struttura di questo lavoro si articola in diversi punti. In primo luogo verranno riassunte le caratteristiche essenziali del *ne bis in idem* nell'ordinamento dell'Unione europea, e si verificherà l'esistenza di un principio generale di diritto dell'Unione che vieti di sottoporre ad un nuovo giudizio colui che sia già stato processato per gli stessi fatti dai giudici di un altro Stato<sup>8</sup>. Successivamente si discuterà sulla possibile assimilazione del *ne bis in idem* al "giudicato", pur evidenziando nella copiosa giurisprudenza una certa ritrosia degli Stati membri ad una delimitazione eccessiva dell'ambito applicativo del *ne bis in idem*. Si accerterà, infatti, che né la pratica della Corte, né l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel quadro dei trattati multilaterali in materia penale del Consiglio d'Europa hanno portato ad uno standard comune del *ne bis in idem* in Europa.

**2.** La necessità di una affermazione del principio del *ne bis in idem* in ambito propriamente penale europeo comincia a comparire solamente dal 1984, quando il Parlamento europeo emana una risoluzione sull'applicazione del principio del *ne bis in idem* nella Comunità europea in materia penale<sup>9</sup>. In questo atto gli Stati membri vengono invitati a ratificare le varie Convenzioni del Consiglio d'Europa che prevedono il principio in esame e ad invalidare tutte quelle norme interne in contrasto con lo stesso<sup>10</sup>. Infatti, gli Stati che adottano norme che limitano l'efficacia preclusiva del giudicato alle sole sentenze penali nazionali e non introducono regole idonee ad estendere l'operatività del *ne bis in idem* anche ai giudicati stranieri, incorrerebbero in una violazione del principio di leale cooperazione previsto dall'art. 10 TCE (ora art. 4, par. 3 NTUE)<sup>11</sup>. Seguendo

---

principio del riconoscimento reciproco, in base al quale una decisione giudiziaria presa in uno Stato membro viene riconosciuta e, ove necessario, eseguita in altri Stati membri.

<sup>8</sup> V. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, 2000.

<sup>9</sup> V. risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 1984 sull'applicazione nella Comunità europea del principio del *ne bis in idem* in materia penale, in *GUCE* C 104, 16 aprile 1984, p. 133 ss.

<sup>10</sup> Le Convenzioni richiamate sono la Convenzione europea di estradizione firmata a Parigi il 13 dicembre 1957, che sancisce il *ne bis in idem* all'art. 9, quella sulla validità internazionale dei giudizi repressivi adottata all'Aja il 28 maggio 1970, entrata in vigore il 26 luglio 1974, che disciplina il principio all'art. 53, e quella sul trasferimento dei procedimenti penali, del 15 maggio 1972, entrata in vigore il 30 marzo 1978, che si occupa dello stesso agli articoli 35-37. Il Parlamento europeo sottolinea, inoltre, come sia singolare che tale principio non figurì tra i diritti riconosciuti e tutelati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Come si è visto, invece, l'art. 4 del VII Protocollo integrativo della Convenzione sancisce l'operatività del *ne bis in idem* solo sul piano nazionale. Per un'analisi delle Convenzioni del Consiglio d'Europa v. G. FERRANTI, *La cooperazione giudiziaria in materia penale nelle convenzioni del Consiglio d'Europa e nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2008.

<sup>11</sup> L'art. 10 TCE imponeva agli Stati di astenersi da qualsiasi misura che rischiasse di compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato, oggi sostituito dall'art. 4, par. 3 NTUE che recita che secondo "il principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati" e "gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione". Infine "gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi

l'orientamento del Parlamento europeo, gli Stati membri della Comunità conclusero quindi una Convenzione relativa all'applicazione del *ne bis in idem*, firmata a Bruxelles il 25 maggio 1987 e ratificata oltre che dall'Italia, soltanto da Danimarca, Francia, Paesi Bassi e Portogallo e in vigore esclusivamente nei loro reciproci rapporti<sup>12</sup>. Questa fu solo la prima di ben cinque Convenzioni stipulate dagli Stati membri dell'Unione che sono state un sicuro passo avanti verso la creazione di uno Spazio giudiziario europeo<sup>13</sup>.

Il principio appariva inoltre come l'oggetto di una Convenzione Politica Europea (CPE) che costituiva, prima della nascita dell'Unione, il quadro intergovernativo all'interno del quale gli Stati membri delle Comunità europee avevano già sviluppato forme di cooperazione anche in materia giudiziaria<sup>14</sup>.

---

di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione". In letteratura v. V. COSTANTINENCO, *L'art. 5 CEE de la bonne foi, à la loyauté communautaire*, in *Du droit international au droit de l'intégration*, 1987, p. 80 ss.; O. DUE, *Article 5 du Traité CEE: une disposition de caractère fédéral?*, in *Collected courses of the Academy of European Law*, II, 1991; M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des états membres de la Communauté*, Paris, 1994; C. NIZZO, *L'art. 5 del Trattato CE e la clausola generale di buona fede nell'integrazione europea*, in *DUE*, 1997, p. 120 ss.; R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, p. 61 ss.; S. MANGIAMELI, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, Milano, 2001; ID., *La clausola di omogeneità nel Trattato dell'Unione europea e nella Costituzione europea*, in S. MANGIAMELI (a cura di) *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Milano, 2006; F. CARUSO, *Il principio di leale cooperazione: cardine del processo di integrazione europea*, in G. ROLLA (a cura di), *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Torino, 2003.

<sup>12</sup> Convenzione ratificata dall'Italia con legge del 16 ottobre 1989 n. 350, in *GURI*, n. 253, 28 ottobre 1989. In dottrina v. G. LIBRANDO, *La cooperazione giudiziaria nell'ambito della CEE: sette anni di attività (1984-1990)*, in *DCSI*, 1990, p. 7 ss.; S. M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo: le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, Torino, 2000.

<sup>13</sup> Oltre a questa Convenzione, il cui modello deve considerarsi la Convenzione europea sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970, nel quadro di una cooperazione intergovernativa, gli Stati membri della Comunità hanno stipulato, nel corso del Consiglio europeo del maggio del 1987, in cui hanno concluso anche la Convenzione qui oggetto di analisi, l'Accordo relativo all'applicazione tra gli Stati membri delle Comunità europee della Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento delle persone condannate firmata a Strasburgo il 21 marzo 1983, tuttora in vigore (ordine di esecuzione contenuto nella l. 21 gennaio 1988 n. 565, in *GURI*, n. 12, 16 gennaio 1989); l'Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasferimento delle domande di estradizione, firmato a San Sebastian il 26 maggio 1989, tuttora in vigore (ordine esecuzione nella l. 23 dicembre 1992 n. 522, *GURI*, suppl. ord. n. 6, 5 gennaio 1993); l'Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sul trasferimento dei procedimenti penali, firmato a Roma il 6 novembre 1990, non ratificato né reso esecutivo in Italia (per il testo dell'Accordo, modellato sulla Convenzione europea del 1972 sulle trasmissioni delle procedure penali cfr. M. PISANI, F. MOSCONI, *Codice delle Convenzioni europee di estradizione*, Milano, 1996, p. 718 ss.); la Convenzione tra gli Stati membri delle Comunità europee sull'esecuzione delle condanne penali straniere, firmata a Bruxelles il 13 novembre 1991, non ratificata, né resa esecutiva in Italia (per il testo, avente a modello la Convenzione sulla validità internazionale dei giudizi repressivi del 1970 e quella sul trasferimento delle persone condannate del 1983 cfr. *ibidem*, p. 724 ss.).

<sup>14</sup> Sulla CPE e per un'interessante ricostruzione del primo periodo di sviluppo della cooperazione tra gli Stati membri dell'UE v. R. DE GOUTTES, *Variations sur l'espace judiciaire pénal européen*,

Esso viene infine sancito esplicitamente dalla Convenzione applicativa dell'Accordo di Schengen (articoli 54-58) (di seguito CAAS), che supera quella di Bruxelles, nel senso che la CAAS è ormai entrata a far parte dell'*acquis* comunitario (in forza del Protocollo sottoscritto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997), e le formulazioni del principio in oggetto, contenute rispettivamente nelle norme pattizie (di cui all'art. 1 della Convenzione di Bruxelles, ed all'art. 54 ss. della CAAS), appaiono perfettamente sovrapponibili nel loro contenuto normativo e nella relativa veste lessicale, per cui si ritiene che la Convenzione di Bruxelles sia stata di fatto superata da quella di Schengen<sup>15</sup>. Prima che la CAAS entrasse a far parte dell'*acquis* dell'Unione, era stata peraltro già avvertita la necessità di inserire il principio del *ne bis in idem* anche all'interno di alcuni strumenti convenzionali conclusi nel nuovo quadro di cooperazione dell'UE. Tali in particolare la Convenzione del 26 luglio 1995 relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee (art. 7) e la Convenzione del 26 maggio 1997 relativa alla lotta contro la corruzione nella quale siano coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'UE (art. 10). Entrambe le citate disposizioni prevedono, analogamente a quanto già facevano la Convenzione del 1987 e quella di Schengen, la possibilità per gli Stati membri di effettuare una dichiarazione limitativa della applicazione del principio in alcuni casi ben determinati<sup>16</sup>.

Schengen rappresenta ormai il punto di riferimento per la tutela del principio nell'Unione europea. L'art. 54 della CAAS prevede testualmente che “una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva in una Parte contraente non può essere sottoposta a procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente, a condizione che, in caso di condanna la pena sia stata eseguita o sia effettivamente in corso di esecuzione attualmente o, secondo la legge dello

in *Rec. Dalloz Sirey*, 1990, p. 245 ss.

<sup>15</sup> Nei rapporti tra gli Stati membri della Comunità europea il primo strumento normativo finalizzato alla graduale eliminazione delle frontiere interne alla libera circolazione e al rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne è stato la Convenzione del 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen (del 1985), in particolare il suo titolo II, ovvero dagli articoli 2-38 (tale Convenzione è stata resa esecutiva in Italia con l. 30 settembre 1993, n. 388, in *GURI*, suppl. ord. n. 232, 2 ottobre 1993). Dal momento che l'Accordo del 1985 e la Convenzione del 1990 hanno vincolato in determinati settori, e per determinati lassi temporali, solo alcuni e non tutti gli Stati membri della Comunità e dell'Unione europea, a proposito del sistema di integrazione da essi instaurato si è parlato in dottrina di “cooperazione rafforzata” *ante litteram*: in tal senso cfr. A. TIZZANO, *Profili generali del trattato di Amsterdam*, in *DUE*, 1998, p. 267 ss.; H. BRIBOSIA, *Liberté, sécurité et justice: l'imbroglio di un nouvel espace*, in *RMUE*, 1998, p. 27 ss.; R. ADAM, *op. cit.*; A. PREDIERI, *Il Trattato di Amsterdam e frattali*, in *DUE*, 1999, p. 132 ss.; L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 271.

<sup>16</sup> Uno Stato membro può dichiararsi non vincolato all'applicazione del principio: a) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti sul suo territorio in tutto o in parte; b) quando i fatti oggetto della sentenza straniera costituiscono un illecito contro la sicurezza o contro altri interessi egualmente essenziali di quello Stato membro; c) quando i fatti oggetto della sentenza straniera sono stati commessi da un pubblico ufficiale di quello Stato membro in violazione dei doveri del suo ufficio.

Stato contraente di condanna, non possa essere eseguita”. Esso, quindi, sancisce l'efficacia del *ne bis in idem* in relazione alle sentenze definitive, senza dare ulteriori specificazioni. E proprio al fine di garantire che la decisione penale definitiva resa in uno Stato membro non sia rimessa in discussione negli altri Stati, venne emanato un Programma di misure per l'attuazione del reciproco riconoscimento delle decisioni penali che prevedeva una modifica degli articoli 54 ss. della CAAS con lo scopo di modificare le deroghe all'operatività del *ne bis in idem*<sup>17</sup>. Anche il Trattato di Amsterdam ha provveduto ad unificare le diverse applicazioni del principio del *ne bis in idem* integrando le disposizioni di Schengen nel terzo pilastro dell'Unione in quanto le disposizioni dei trattati internazionali che disciplinavano il principio risultavano troppo diverse e la loro applicazione negli Stati membri variava in maniera troppo sensibile<sup>18</sup>.

3. Occorre a questo punto interrogarsi sulla questione dell'esistenza o meno di un principio generale sul *ne bis in idem*, ovvero se questo principio, tipico del diritto penale, possa essere classificato come principio generale del diritto dell'Unione. In dottrina non vi è alcuna indicazione specifica in questo senso. Ci sono tuttavia alcuni autori<sup>19</sup> che inseriscono nella categoria dei principi generali sia il principio della “certezza del diritto” che quello della “cosa giudicata” che in realtà altro non sono che due pilastri tipici del *ne bis in idem*. Esso infatti trova fondamento proprio nel principio della certezza del diritto, che si sostanzia nell'autorità della *res iudicata*, e nello stesso tempo anche nel principio di equità, espressione della tutela giurisdizionale dell'individuo contro lo *ius puniendi*<sup>20</sup> che impedisce il cumulo delle sanzioni.

Ma se volessimo obbligatoriamente individuare le prove dell'esistenza di un principio generale sul *ne bis in idem* bisognerebbe rivolgere la nostra attenzione alla numerosa giurisprudenza in cui la Corte di giustizia ha elevato al rango di principi generali del diritto dell'Unione regole non scritte ma generalmente accettare che sanciscono e difendono i diritti fondamentali dell'uomo. Fra gli esempi più evidenti si possono ricordare la sentenza *Stauder*<sup>21</sup> e la sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>22</sup> in cui la Corte afferma che “la tutela dei

---

<sup>17</sup> Cfr. Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, in *GUCE* C 12, 15 gennaio 2001, p. 10 ss.

<sup>18</sup> Sul terzo pilastro dell'Unione dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Amsterdam v. R. ADAM, *op. cit.*; P. BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 805 ss.; D. FLORE, *Une justice pénale européenne après Amsterdam*, in *J. trib.*, 1999, p. 121 ss.

<sup>19</sup> Cfr. F. TORIELLO, *op. cit.*, p. 50; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 239.

<sup>20</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Jarabo Colomer del 20 ottobre 2005, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, *Raccolta*, p. I-2333, punto 19 ss., v. sul punto anche M. CARTA, *op. cit.*

<sup>21</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 novembre 1969, causa 29/69, *Stauder*, *Raccolta*, p. 419 ss.

<sup>22</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft GmbH*, *Raccolta*, p. 1125 ss.

diritti fondamentali costituisce (...) parte integrante dei principi giuridici generali di cui la Corte garantisce l'osservanza", "la salvaguardia di questi diritti pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri va garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità". Nella sentenza *Nold*<sup>23</sup>, infine, la Corte di giustizia ha riassunto la sua impostazione affermando che "i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza". Questo orientamento, confermato anche successivamente, comporta che i principi generali dedotti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri costituiscono "diritto" che la Corte di giustizia deve applicare, in base all'art. 230 TCE (ora art. 263 TFUE), al pari di qualsiasi norma giuridica esplicitamente stabilita dai Trattati. In seguito al consolidarsi di tale giurisprudenza anche il NTUE ha previsto una disposizione destinata a stabilire quale debba essere la posizione dell'UE nei confronti dei "diritti fondamentali". Essa è l'art. 6, par. 3, della versione attualmente vigente del Trattato in cui si recita: "I diritti fondamentali (...) risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Inoltre un ulteriore rafforzamento della presenza dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione è dato dalla previsione di adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 6, par. 2, nonché Protocollo n. 8)<sup>24</sup>.

4. Se si volge lo sguardo, ora, al tema dell'applicazione che la giurisprudenza della Corte ha svolto su particolari norme del terzo pilastro<sup>25</sup> ed in particolare su quelle che prevedono il *ne bis in idem*, ci si avvede che da molti anni ormai la

<sup>23</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 maggio 1974, causa 4/73, *Nold*, *Raccolta*, p. 491 ss.

<sup>24</sup> Grazie a questa *clausola di abilitazione* viene superato il problema dell'assenza di fondamento giuridico ritenuto a ragione dalla Corte di giustizia (parere 2/94) ostacolo insormontabile al fine di tale adesione. Gli Stati in questo modo sono evidentemente vincolati nel dare attuazione al diritto dell'UE e anche alla Convenzione, dando ulteriore forza alla considerazione per cui i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali hanno profonde radici nel passato dell'Europa e ne definiscono in maniera determinante il futuro. Si viene così a determinare una parziale sovrapposizione tra i Trattati e la Convenzione europea, con la ulteriore necessità di una coerenza dei due ordini normativi e dei rispettivi sistemi di tutela giurisdizionale, essendo gli Stati vincolati da entrambe nel dare attuazione al diritto dell'Unione. D'altronde il progressivo affiancarsi dell'azione dell'UE, in un campo che era stato una prerogativa sul piano continentale del Consiglio d'Europa, è ulteriormente evidenziato dalla recente istituzione dell'Agenzia dell'Unione per i diritti fondamentali (regolamento (CE) n. 168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007, *GUUE* L 53, 22 febbraio 2007, p. 1 ss.). Trattasi di un ente avente lo scopo di fornire nell'attuazione del diritto dell'Unione, assistenza e consulenza in materia di diritti fondamentali.

<sup>25</sup> Prima di entrare nel merito della soluzione offerta dalla Corte sui quesiti pregiudiziali dei giudici nazionali, occorre riassumere brevemente il quadro giuridico sul quale riposa la sua competenza a fornire risposta agli stessi. Dal 1° maggio 1999, data di entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'*acquis* di Schengen appare integrato nell'UE in virtù di un apposito Protocollo allo stesso Trattato. Sulla base di questo Protocollo il Consiglio ha adottato due decisioni (decisione 1999/435/CE del Consiglio, del 20 maggio 1999, che definisce l'*acquis* di Schengen ai fini della determinazione, in conformità del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, della base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costitui-

Corte affronta la questione dell'esistenza di un principio del *ne bis in idem* in materia penale anche se in linea astratta solo indirettamente<sup>26</sup>.

Il principio del *ne bis in idem* venne applicato, infatti, per la prima volta nella causa *Gutmann*<sup>27</sup>, che verteva sullo svolgimento di due procedimenti disciplinari a carico di un dipendente per i medesimi fatti, che però riguardava una fattispecie in cui la duplice azione repressiva si verificava all'interno di un unico sistema giuridico. Solo nelle successive cause *Wilhelm*<sup>28</sup> e *Boehringer*<sup>29</sup> si

---

scono l'*acquis*, GUCE L 176, 10 luglio 1999, p. 1 ss. e decisione 1999/436/CE del Consiglio, del 20 maggio 1999, che determina, in conformità delle pertinenti disposizioni del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea, la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen) che, rispettivamente, chiariscono l'*acquis* e stabiliscono la base giuridica pertinente per ciascuna delle disposizioni che lo costituiscono. È solo in virtù delle già citate decisioni che la Corte ha acquisito la competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale anche sull'interpretazione delle norme della Convenzione. In esse si trova per la prima volta il sistema dell'*opting in*, ossia la possibilità di chiedere rinvii pregiudiziali alla Corte solo da parte dei giudici degli Stati che avessero espressamente dichiarato di accettare la competenza della stessa in materia. In sostanza veniva riconosciuta alla Corte competenza a pronunciarsi, su richiesta dei giudici nazionali, sulla validità e l'interpretazione delle decisioni quadro, delle decisioni, e delle misure di applicazione delle convenzioni adottate in base al Titolo VI, nonché sull'interpretazione delle stesse (art. 35, par. 1 TUE). Con la riforma di Lisbona e la conseguente abolizione dei pilastri, si determina l'estensione della giurisdizione della Corte anche a materie (cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale) per le quali esistevano numerose limitazioni e deroghe.

Infatti a parte il periodo transitorio di cinque anni per le misure già di terzo pilastro adottate prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato, ed esclusi i meccanismi di *opting out* per il Regno Unito, Irlanda e Danimarca, la Corte di giustizia eserciterà una giurisdizione su tutti gli atti adottati nella materia della cooperazione giudiziaria ed avrà altresì giurisdizione, dopo il periodo transitorio di cinque anni, sulle procedure di infrazione eventualmente promosse contro gli Stati membri per la ritardata o non corretta applicazione delle misure in materia.

In dottrina, v. C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in RDE, 1998, p. 41 ss.; G. L. TOSATO, *Atti giuridici vincolanti e competenze della Corte comunitaria nell'ambito del "terzo pilastro"*, in *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2000, p. 331 ss.; I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il Terzo Pilastro dell'Unione europea*, in CI, 2000, p. 477 ss.; L. GAROFALO, *Sulla competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia secondo l'art. 68 del Trattato CE*, in DUE, 2000, p. 805 ss.; A. ADINOLFI, *Commento all'art. 68 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 317; ID., *New Modalities for the Preliminary References Procedure: The Amsterdam Treaty and the Conventions among Member States*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, The Hague, 2001, p. 57 ss.

<sup>26</sup> La Corte di giustizia aveva avuto già occasione di confrontarsi con il problema dell'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto comunitario: sentenze della Corte di giustizia del 5 maggio 1966, cause riunite 18 e 35/65, *Gutmann c. Commissione CEEA*, *Raccolta*, p. 141 ss.; del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Wall Wilhelm e a.*, *ivi*, p. 1 ss. e del 14 dicembre 1972, causa 7/72, *Boehringer II*, *ivi*, p. 1281 ss.; in dottrina sulla giurisprudenza sul principio del *ne bis in idem* nella cooperazione Schengen v. A. WEYEMBERGH, *op. cit.*; M. WASMEIER, N. THWAITES, *op. cit.*

<sup>27</sup> Sentenza *Gutmann*, *cit.*

<sup>28</sup> Sentenza *Wilhelm*, *cit.*

<sup>29</sup> Sentenza *Boehringer*, *cit.*

affrontò la questione relativa all'efficacia di questo principio quando l'azione repressiva ha luogo in due ordinamenti diversi. Non sono rare infatti le fattispecie soggette all'applicazione tanto del diritto comunitario quanto di quello vigente negli ordinamenti degli Stati membri. Paradigmatica, in tal senso, è rimasta la vicenda giudiziaria aperta con la nota sentenza della Corte di Giustizia del 1989 sullo scandalo del mais greco<sup>30</sup> e chiusa con la altrettanto nota pronunzia della Corte stessa del 1992 sulla produzione della carne ovina<sup>31</sup>. Nella prima pronunzia si era inizialmente affermato il "principio dell'obbligo di allineamento" di ciascuna legislazione penale nazionale a quella degli altri Stati membri per il raggiungimento di "standard minimi di tutela" (anche penale) degli interessi finanziari comunitari implicante l'adozione di misure sanzionatorie "effettive, proporzionate ed intimidatorie", cui fece seguito la seconda decisione, in cui la Corte ha ammesso la possibilità di introdurre anche sanzioni punitivo-amministrative di diretta fonte comunitaria per la tutela dei beni sovranazionali, affermando peraltro la possibilità del cumulo tra sanzioni punitivo-amministrative comunitarie e sanzioni penali statali. La possibilità, nel caso di specie, del cumulo tra sanzioni sovranazionali e statali era ammessa dall'organo giurisdizionale europeo e negata dalla Germania, proprio in virtù della teorica violazione del *ne bis idem*, per sostanziale irrogazione di sanzioni statali e comunitarie, queste ultime di reale natura penale, per uno stesso fatto illecito. Le sanzioni comunitarie di tipo amministrativo, infatti, venivano considerate a tutti gli effetti di natura penale per carico di afflittività, attraverso un'"autentica truffa delle etichette" e non poteva ritenersi rassicurante l'applicazione di un'asserito "principio di proporzione" per legittimare tale prassi.

Un settore emblematico per la possibile applicazione del cumulo tra sanzioni europee e nazionali è quello della concorrenza<sup>32</sup> in quanto, secondo la Corte di giustizia, il diritto dell'Unione e il diritto nazionale in materia di intese valutano le stesse sotto aspetti diversi. L'art. 105 TFUE considera infatti le intese sotto il profilo degli ostacoli che ne possono conseguire per il commercio tra gli Stati membri, mentre le legislazioni nazionali, ispirandosi a considerazioni proprie a ciascuno Stato, considerano le intese in un ambito più ristretto. Coerentemente con tale approccio, la Corte di giustizia ha ammesso la possibilità che un'intesa venga esaminata contemporaneamente in base al diritto nazionale e alla luce

<sup>30</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, causa C-68/88, *Commissione c. Grecia*, *Raccolta*, p. I-2965 s.

<sup>31</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 27 ottobre 1992, causa C-240/90, *Repubblica Federale Tedesca c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-5383 ss.

<sup>32</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 7 gennaio 2004, cause riunite C-204, 205, 211, 213, 217 e 219/00 P, *Cemento*, *Raccolta*, p. I-123; in materia di concorrenza va anche ricordata la recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 febbraio 2009, nel caso n. 14939/03, *Sergey c. Russia*, in cui riprendendo la giurisprudenza della Corte di giustizia si sottolinea che i procedimenti amministrativi devono essere assimilati ai fini del *ne bis in idem* ai procedimenti di natura penale. Per cui se il procedimento amministrativo avviato nei confronti del ricorrente è sostanzialmente identico a quello per cui era stato condannato con sentenza definitiva si applica il *ne bis in idem*.

dell'ordinamento dell'Unione, ed ha altresì ammesso, aspetto ancora più importante, che tale duplice esame possa portare, nello specifico settore della concorrenza, a sanzionare due volte uno stesso soggetto per i medesimi fatti.

Più di recente, invece, facendo riferimento al solo art. 54 CAAS come immediata fonte giuridica, la Corte di giustizia ha avuto occasione di pronunciarsi più volte, in particolare, svelando quali siano le decisioni idonee a determinare l'effetto preclusivo connesso al principio. In sostanza i giudici dell'Unione hanno dato un essenziale contributo all'evoluzione della materia, indicando quali siano gli atti idonei a ostacolare l'apertura di un secondo procedimento penale. La giurisprudenza della Corte ha fornito un'interpretazione ampliata del principio di cui all'art. 54 estendendolo infatti anche alle *decisions extra-judiciaires*, ossia a quelle "transazioni" che pongono fine ad un procedimento e che avvengono senza l'intervento dell'autorità giudiziaria<sup>33</sup>.

5. La prima sentenza in cui la Corte giudica un atto rientrante nella filosofia Schengen<sup>34</sup> nonché la prima sentenza emessa a titolo pregiudiziale ai sensi dell'art. 35, par. 1 TUE, è quella resa l'11 febbraio 2003 e che riguarda i casi *Gözütok e Brügge*. La Corte è stata chiamata a decidere se il principio del *ne bis in idem*, come formulato dall'art. 54 CAAS, si applichi anche al caso di un procedimento chiuso definitivamente in uno Stato a seguito del versamento da parte dell'imputato di una determinata somma di denaro stabilita dal pubblico ministero in applicazione di una procedura di estinzione dell'azione penale. In questo caso infatti, il procedimento termina a seguito della decisione adottata dal pubblico ministero parte del procedimento e senza una sentenza emessa da un Tribunale. La Corte di giustizia seguendo di pari passo le argomentazioni dell'Avvocato generale ritiene il principio del *ne bis in idem* come un principio

---

<sup>33</sup> Su tale problematica, con riferimento particolare al *transactie-system* previsto dalle legislazioni belga e olandese quale meccanismo di composizione della questione pendente che si concreta nell'intervento del pubblico ministero che propone all'imputato una sorta di transazione, solitamente nella forma di pagamento di una somma di denaro, la cui accettazione, seguita dall'esecuzione della sanzione inflitta, comporta l'interruzione dell'esercizio dell'azione penale cfr. C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *The International Non Bis In Idem Principle: Resolving Some of Unanswered Questions*, in *ICLQ*, 1999, p. 799 ss., dove gli autori concludono in senso contrario all'applicabilità del *ne bis in idem* anche alle decisioni conclusive del *transactie-system*, in quanto ritenute non configurabili quali sentenze a norma dell'art. 54 della Convenzione Schengen.

<sup>34</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 febbraio 2003, cause riunite C-187 e 385/01, *Gözütok e Brügge*, *Raccolta*, p. I-1345. Sulla sentenza v. E. SELVAGGI, *La procedura giudiziaria che estingue l'azione penale esclude il nuovo giudizio di un altro Stato europeo*, in *Guida al diritto*, 2003, p. 106 ss.; nonché A. CIAMPI, *La nozione europea di persona giudicata con sentenza definitiva e le condanne patteggiate*, in *Int'l Lis*, 2003, p. 115 ss.; M. FLETCHER, *Some Developments to the Ne Bis in Idem Principle in the European Union: Criminal proceeding Against Huseyn Gozutok and Klaus Brugge*, in *Modern Law Review*, 2003, p. 769 ss.; A. CALIGIURI, *L'applicazione del principio del ne bis in idem nel diritto comunitario a margine della sentenza Gözütok e Brügge*, in *RDIPP*, 2003, p. 867 ss.; ed ancora J. VERVAELE, *Joined Cases C-187/01 and C-385/01, Criminal Proceedings against Huseyin Gözütok and Klaus Brügge, Judgement of the Court of Justice of 11 February 2003, Full Court*, in *CML Rev.*, 2004, p. 795 ss.;

avente un proprio effetto, indipendente da questioni di procedura o di forma, come l'approvazione da parte di un giudice, per cui in mancanza di un'espressa indicazione contraria nell'art. 54, il principio del *ne bis in idem* deve essere considerato applicabile di per sé. Relativamente all'argomentazione del Governo belga di possibile pregiudizio dei diritti delle vittime, la Corte di giustizia segue il parere dell'Avvocato generale, sottolineando che il diritto della vittima di intraprendere azioni civili non è precluso dall'applicazione del principio del *ne bis in idem*, in quanto lo stesso ha l'unico effetto di evitare che una persona giudicata con sentenza definitiva in uno Stato membro, possa essere sottoposta a nuovi procedimenti penali per i medesimi fatti in un altro Stato membro.

Secondo la Corte quindi, per i suddetti motivi, il *ne bis in idem* previsto all'art. 54 della CAAS, impedisce di sottoporre un individuo a procedimento penale in uno Stato membro per lo stesso reato per il quale l'azione penale è stata chiusa definitivamente in un altro Stato membro benché ciò sia avvenuto secondo una procedura che non contempla l'intervento del giudice. D'altra parte, osserva ancora la Corte<sup>35</sup>, il principio del *ne bis in idem* "implica necessariamente che esista una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale e che ciascuno di essi accetti l'applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse". È questa un'affermazione di carattere rilevante anche alla luce dell'art. 50 della Carta dei diritti (che pure la Corte non era tenuta formalmente a considerare), il quale codifica il principio del *ne bis in idem* in riferimento a "una sentenza penale definitiva conformemente alla legge". Il fatto che per la Corte sia importante solo il risultato della pena per l'individuo, e non la qualificazione del comportamento che lo Stato membro abbia adottato, comporta un livello di fiducia reciproca fra gli Stati ancora più elevato di quanto induca a ritenere il testo della decisione quadro che determina la base giuridica per ciascuna delle disposizioni o decisioni che costituiscono l'*acquis* di Schengen<sup>36</sup>. Secondo la Corte, infatti, condizione necessaria perché si abbia "giudicato" è che la decisione di estinguere l'azione penale venga emessa da una autorità investita dall'amministrazione della giustizia penale nell'ordinamento giuridico nazionale interessato, indipendentemente dall'intervento del giudice.

È proprio sul carattere punitivo della transazione e non tanto sul carattere giudiziale della decisione, che la Corte pone l'accento, equiparando il provvedimento che chiude il procedimento di natura transattiva ad una sentenza di condanna. Di contro negli ordinamenti di molti Stati membri, il provvedimento che dichiara estinta l'azione penale comporta sicuramente la rinuncia dell'imputato a far valere le proprie difese, ma non necessariamente l'ammissione di colpevolezza<sup>37</sup>. Questo fa sì che le decisioni nazionali, comprese le decisioni penali,

<sup>35</sup> Punto 33 della sentenza in esame.

<sup>36</sup> Decisione del Consiglio, 20 maggio 1999, cit.

<sup>37</sup> V. A. CIAMPI, *op. cit.*

possono avere effetto in tutta l'Europa unita in una nuova impostazione di territorialità europea. Questo è ciò che rende il processo di integrazione europea così diverso dalla duplice sovranità degli Stati Uniti d'America, dove una duplice incriminazione costituzionale non impedisce una doppia azione penale in diversi Stati. Se un individuo viola la "pace e dignità" di due poteri sovrani non rispettando le leggi di ambedue, negli Stati Uniti ha commesso due distinti reati<sup>38</sup> con due differenti valori da proteggere. Nell'UE invece abbiamo un unico spazio di libertà, sicurezza e giustizia e un ordinamento giuridico integrato in cui piena efficacia deve essere data ai principi fondamentali.

Al fine di trasformare in strumenti operativi i canoni della Corte nei casi *Gözütok* e *Brügge*, la Grecia ha presentato una proposta di decisione quadro sul principio del *ne bis in idem*<sup>39</sup> con la finalità di stabilire norme giuridiche comuni al fine di garantire l'uniformità sia nell'interpretazione di tali norme che nella loro attuazione pratica. Tale iniziativa legislativa, rimasta al momento senza seguito, si preoccupa di dare una definizione di "*idem*", prospettando una soluzione in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia europea sopra richiamata. L'art. 1, intitolato "definizioni", prevede infatti che per "*idem*" debba intendersi "un secondo illecito penale derivante esclusivamente dagli stessi fatti o da fatti sostanzialmente identici, indipendentemente dalla sua natura giuridica". La decisione quadro si sostituirebbe agli articoli 54-58 CAAS. La proposta definisce "illeciti penali" (art. 1) gli atti considerati reati ai sensi della legislazione di ciascuno Stato membro oppure illeciti amministrativi o infrazioni punite con una sanzione amministrativa, a condizione che la procedura di ricorso sia di fronte ad un tribunale penale. L'art. 3 prevede una procedura di consultazione e norme giurisdizionali per evitare la doppia azione penale. L'art. 4 prevede inoltre eccezioni al principio del *ne bis in idem* se i fatti a cui fa riferimento la sentenza straniera costituiscono reati contro la sicurezza o altri interessi egualmente essenziali di quello Stato membro o sono stati commessi da un funzionario civile dello Stato membro in violazione delle sue funzioni ufficiali.

<sup>38</sup> V. i casi della Corte Suprema *Heath v. Alabama*, 474 U.S. 82 (1985), *Adams v. Robertson*, 520 U.S. 83, 89, n. 3 (1997), *Webb v. Webb*, 451 U.S. 493, 496 (1981), *New York Central R. Co. v. New York*, 186 U.S. 269, 273 (1902), *Oxley Stave Co. v. Butler County*, 166 U.S. 648, 655 (1897). In dottrina sulla *double jeopardy* si veda J. A. SIEGLER, *Double Jeopardy. The Development of a Legal and Social Policy*, New York, 1969, p. 19; W. R. LA FAVE, J. H. ISRAEL, *Criminal Procedure*, St. Paul, Minn., 1985, p. 899; A. D. CARRIO, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Buenos Aires, 1990, p. 51; A. ASHWORTH, *The Criminal Process. An Evaluative Study*, Oxford, 1994, p. 160; F. J. DE LEON VILLALBA, *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio "ne bis in idem"*, Barcelona, 1998, p. 52 ss.; J. A. SIEGLER, *Double Jeopardy. The History, the Law*, New York, 1998; J. PRADEL, G. CORSTENS, *Droit pénal européen*, Paris, 1999, p. 76.

La dottrina della doppia sovranità permette che un governo federale e un governo di uno Stato, o due governi statali possano entrambi perseguire in ambito penale delitti originati dalla stessa azione.

<sup>39</sup> Iniziativa della repubblica ellenica in vista dell'adozione della decisione quadro del Consiglio sull'applicazione del principio del *ne bis in idem*, in *GUUE* C 100, 26 aprile 2003, p. 24.

L'iniziativa certamente merita di essere accolta, ma la sua portata è relativamente ristretta. In effetti, il fatto di escludere sanzioni punitivo-amministrative che non possono essere impugnabili dinanzi a un tribunale penale è del tutto assurdo, anche alla luce della giurisprudenza della Corte, sebbene esse siano in sintonia con la tradizione tedesca del diritto penale amministrativo (*Ordnungswidrigkeiten* nel *Verwaltungsstrafrecht*). Inoltre, la proposta contiene troppe eccezioni al principio del *ne bis in idem*. Infine, essa non affronta il campo d'applicazione del principio alle persone giuridiche.

La sentenza sui casi *Gözütok* e *Brügge* è solo la prima di una rilevante giurisprudenza della Corte di giustizia nel settore della giustizia penale europea. Infatti, mentre in questo caso essa ha affrontato il problema della validità di quelle decisioni che concludono l'azione penale senza prevedere l'intervento dell'autorità giudiziaria, nel caso successivo essa conferma che non tutte le decisioni che portano ad una sentenza penale di condanna hanno la stessa attitudine a consolidare la situazione giuridica che ne è l'oggetto.

Nella successiva sentenza *Miraglia*<sup>40</sup>, infatti, si chiedeva alla Corte di chiarire un diverso aspetto dell'art. 54 della CAAS. Essa ha dichiarato che "una decisione giudiziaria adottata dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale, per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza svolgimento di alcuna valutazione nel merito, non può costituire una sentenza definitiva che giudica tale persona ai sensi dell'art. 54 della CAAS"<sup>41</sup>. Pertanto, il principio del *ne bis in idem* non risultava applicabile. Il giudice del rinvio ha chiesto a questo punto se il principio in questione sancito dall'art. 54 della CAAS si possa applicare ad una decisione delle autorità giudiziarie di uno Stato membro, che dichiara chiusa una causa, dopo che il pubblico ministero ha deciso di non proseguire l'azione penale, per il solo motivo che è stato avviato un procedimento penale in un altro Stato membro a carico dello stesso imputato e per gli stessi fatti, senza alcuna valutazione nel merito. I giudici di Lussemburgo hanno dichiarato che il principio del *ne bis in idem* non si applica alle decisioni in questione. Infatti, tali decisioni non possono costituire una sentenza definitiva che giudica una persona ai sensi del detto art. 54.

Considerazioni analoghe a quelle contenute nella sentenza *Gözütok* e *Brügge* si trovano nella causa in oggetto anche se la Corte in questo caso è pervenuta alla conclusione opposta. Come nella sentenza *Gözütok* e *Brügge*, la Corte ha dichia-

<sup>40</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 10 marzo 2005, causa C-469/03, *Miraglia*, *Raccolta*, p. I-2009. V. commento di A. CIAMPI, *Sull'ovvia inefficacia della pronuncia di applicazione "preventiva" del principio del ne bis in idem*, in *Int'l Lis.*, 2005, p. 115 ss. Il signor Miraglia accusato di aver portato stupefacenti dai Paesi Bassi a Bologna, dopo aver scontato gli arresti domiciliari in Italia ed essere stato successivamente rimesso in libertà, fu condotto dinanzi all'autorità giudiziaria olandese per i medesimi fatti criminosi, autorità la quale si rifiutò di promuovere azioni penali nei confronti dell'imputato perché per gli stessi fatti era stata già intrapresa un'azione penale in Italia.

<sup>41</sup> Sentenza *Miraglia*, cit., punto 30.

rato che la sua interpretazione era la sola a “far prevalere l’oggetto e lo scopo [dell’art. 54 della CAAS] su aspetti procedurali, che variano del resto secondo gli Stati membri interessati, e a garantire una proficua applicazione di tale articolo”<sup>42</sup>, tuttavia, diversamente da quanto avvenuto nella sentenza *Gözütok e Brügge*, nella sentenza *Miraglia* la Corte ha considerato prevalente l’esigenza di garantire la punizione del reato e ha attribuito minore importanza alla promozione della libera circolazione delle persone. Essa ha espressamente dichiarato che “l’applicazione dell’art. 54 della CAAS ad una decisione di chiudere il procedimento penale come quella di cui alla causa principale sortirebbe l’effetto di rendere più difficile, o di ostacolare, ogni concreta possibilità di sanzionare negli Stati membri interessati il comportamento illecito addebitato all’imputato”<sup>43</sup>. La Corte ha inoltre sottolineato che “la detta decisione di chiudere la causa sarà stata adottata dalle autorità giudiziarie di uno Stato membro senza alcuna valutazione del comportamento illecito addebitato all’imputato”<sup>44</sup> ed ha proseguito rilevando che “l’apertura di un procedimento penale in un altro Stato membro per gli stessi fatti risulterebbe compromessa, quand’anche proprio l’avvio di tale procedimento avesse giustificato la rinuncia all’azione penale da parte del pubblico ministero del primo Stato membro”. Tale conseguenza contrasterebbe palesemente con la finalità stessa delle disposizioni del titolo VI del Trattato sull’Unione europea (ora titolo V del TFUE), quale risulta dall’art. 2, 1° comma, 4° trattino (ora art. 67 TFUE), ossia quella di sviluppare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia nei rispetto dei diritti fondamentali, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima. La decisione di non luogo a procedere viene quindi esclusa dalla nozione di decisione accolta dalla giurisprudenza comunitaria. L’altro rilevante problema affrontato dalla Corte, sempre in relazione all’interpretazione dell’art. 54, riguarda la nozione di *idem factum* inteso in senso materiale o come fatto giuridico<sup>45</sup>.

Nella causa *Van Esbroeck*<sup>46</sup>, infatti, si chiedeva alla Corte di interpretare, tra l’altro, la nozione di “medesimi fatti” di cui all’art. 54 della CAAS. Si poneva la questione preliminare se la nozione di “medesimi fatti” presupponesse la mera identità dei fatti materiali ovvero richiedesse, in aggiunta, che i fatti fossero qualificati come il medesimo reato in entrambi i sistemi penali nazionali. In altre parole, occorre “l’unità dell’interesse giuridico tutelato”, come la Corte aveva dichia-

---

<sup>42</sup> *Ibidem*, punto 32.

<sup>43</sup> *Ibidem*, punto 33.

<sup>44</sup> *Ibidem*, punto 34.

<sup>45</sup> Per un’analisi delle principali questioni che sorgono in proposito a cosa costituisce un *idem*, v. C. VAN DEN WYNGAERT, G. STESENS, *op. cit.*, p. 779.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 2006, causa C-436/04, *Van Esbroeck*, *Raccolta*, p. I-2333. La questione era sorta nell’ambito di procedimenti penali aperti in due diversi Stati membri (Norvegia e Belgio) a carico della stessa persona per i medesimi fatti, ossia il trasporto di sostanze stupefacenti illegali dal Belgio alla Norvegia. L’imputato era stato perseguito in Norvegia per il reato di importazione di sostanze illegali e in Belgio per il reato di esportazione delle stesse sostanze.

rato in relazione alle sanzioni comunitarie per le violazioni del diritto comunitario della concorrenza<sup>47</sup>. La Corte in tale situazione ha scelto di interpretare il principio *ne bis in idem* più estensivamente rispetto a quanto aveva fatto precedentemente in questo settore del diritto comunitario e ha dichiarato che l'applicazione dell'art. 54 della CAAS non presuppone l'"unità dell'interesse giuridico tutelato". Infatti essa sostiene che l'"unico criterio pertinente" ai fini dell'art. 54 della CAAS è quello dell'"identità dei fatti materiali, intesi come esistenza di un insieme di circostanze concrete inscindibilmente collegate tra loro".

Anche in questa sentenza la Corte ha seguito lo stesso ragionamento applicato nella sentenza *Gözütok e Brügge* per giungere a tale conclusione. Innanzitutto, essa si è richiamata al tenore letterale dell'art. 54 della CAAS, che fa riferimento solo alla natura degli atti, senza specificarne la qualificazione giuridica<sup>48</sup>. In secondo luogo, la Corte si è basata sulle considerazioni relative alla "promozione della libera circolazione" e alla "fiducia reciproca" svolte nella sentenza *Gözütok e Brügge*. Essa ha ricordato che nessuna delle disposizioni pertinenti assoggettava l'applicazione del principio di cui all'art. 54 della CAAS alla previa armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali nazionali<sup>49</sup>. Semmai, il principio *ne bis in idem* implica necessariamente che esista una fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale. Pertanto, l'eventualità di qualificazioni giuridiche divergenti dei medesimi fatti in due diversi Stati contraenti non può essere di ostacolo all'applicazione dell'art. 54 della CAAS.

Infine, la Corte ha fatto riferimento allo scopo dell'art. 54 della CAAS, dichiarando che il diritto alla libera circolazione sarebbe efficacemente tutelato soltanto qualora l'autore di un atto sappia che, una volta condannato e scontata la pena, o una volta definitivamente assolto in uno Stato membro, può circolare liberamente all'interno dello spazio Schengen senza dover temere di essere perseguito nuovamente in quanto tale atto integra una distinta infrazione nell'ordinamento giuridico di un altro Stato membro<sup>50</sup>. La Corte ha concluso che, data l'assenza di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, l'applicazione di un "criterio fondato sulla qualificazione giuridica dei fatti o sull'interesse giuridico tutelato sarebbe tale da creare altrettanti ostacoli alla libertà di circolazione nello spazio Schengen quanti sono i sistemi penali esistenti negli Stati contraenti". Le conclusioni della Corte sul punto sono ampiamente condivisibili proprio dove sostiene che la valutazione definitiva dell'identità dei fatti materiali spetta ai giudici nazionali competenti, che debbono accertare se i fatti materiali di cui trattasi costituiscano un insieme di fatti inscindibilmente collegati nel tempo, nello spazio nonché per oggetto. Ne deriva che i fatti punibili consistenti

<sup>47</sup> Nella sentenza, *Cemento*, cit., la Corte ha dichiarato che l'"unità dell'interesse giuridico tutelato" è una delle tre condizioni cui è subordinata l'applicazione del principio del *ne bis in idem* nel diritto comunitario della concorrenza.

<sup>48</sup> Sentenza *Van Eesbroeck*, cit., punto 27.

<sup>49</sup> *Ibidem*, punto 29.

<sup>50</sup> *Ibidem*, punto 34.

nell'esportazione e nell'importazione degli stessi stupefacenti e perseguiti in diversi Stati contraenti nella CAAS devono, in via di principio, essere considerati come "i medesimi fatti" ai sensi del detto art. 54, sebbene la valutazione definitiva in proposito spetti ai giudici nazionali competenti<sup>51</sup>.

Nel caso *Gasparini*, analogo a quello *Van Esbroek*, la Corte ha considerato, invece, il valore del *ne bis in idem* anche quando vi sia un'assoluzione per avvenuta prescrizione del reato<sup>52</sup>. Il rinvio pregiudiziale trae origine da un procedimento penale spagnolo a carico di alcune persone collegate all'impresa spagnola Minerva SA, per aver immesso nel territorio comunitario merce di contrabbando. Il giudice in questo caso ha sottoposto alla Corte la seguente questione: se l'assoluzione di un imputato per un reato, in ragione della prescrizione dello stesso, produca effetti favorevoli per gli imputati di un altro Stato membro qualora i fatti siano identici. Certo, in materia di termini di prescrizione non vi è stata un'armonizzazione delle legislazioni degli Stati contraenti. Tuttavia, nessuna disposizione del titolo VI del Trattato sull'Unione europea, relativo alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, né dell'Accordo di Schengen o della Convenzione di applicazione di quest'ultimo, assoggetta l'applicazione dell'art. 54 all'armonizzazione o, quanto meno, al ravvicinamento delle legislazioni penali degli Stati membri nel settore delle procedure di estinzione dell'azione penale e, più in generale, all'armonizzazione o al ravvicinamento delle legislazioni penali di questi. Infine, la decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, non osta all'applicazione del principio *ne bis in idem* nel caso di un'assoluzione definitiva per prescrizione del reato. L'attuazione della possibilità, prevista all'art. 4, punto 4, della citata decisione quadro, di rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo, in particolare se l'azione penale è caduta in prescrizione secondo la legislazione dello Stato membro di esecuzione e i fatti rientrano nella competenza di tale Stato membro in virtù del suo proprio diritto penale, non è, infatti, subordinata all'esistenza di una sentenza basata sulla prescrizione.

Successivamente nella sentenza *Kraaijenbrink* del 18 luglio 2007<sup>53</sup>, la Corte provvede ad una migliore puntualizzazione del concetto di *idem* e si chiede se bisogna approssimare l'unicità giuridica del fatto all'unicità del disegno criminoso. La Corte in questo caso si interroga sulla circostanza che fatti differenti

<sup>51</sup> Del tutto analoga è la conclusione della Corte nella sentenza *Van Straaten* in cui però la stessa aggiunge che per procedimento definitivo deve intendersi anche quello concluso con un'assoluzione definitiva per insufficienza di prove.

<sup>52</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 28 settembre 2006, causa C-467/04, *Gasparini*, *Raccolta*, p. I-9199, su tale sentenza v. T. RAFARAČI, *Ne bis in idem e conflitti di giurisdizione in materia penale nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'UE*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 621 ss.

<sup>53</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-367/05, *Kraaijenbrink*, *Raccolta*, p. I-6619. La signora Kraaijenbrink cittadina olandese, veniva condannata dal tribunale circoscrizionale di Middelburg, alla pena, sospesa, di sei mesi di reclusione per la ricettazione dei proventi di un traffico di droga. Successivamente il tribunale belga condannava la signora a due anni di reclusione per aver effettuato nel suo Paese operazioni di cambio su importi di denaro derivanti dal traffico di sostanze stupefacenti.

consistenti in particolare, da un lato, nel detenere in uno Stato contraente somme di denaro provenienti da un traffico di stupefacenti e, dall'altro, nel mettere in circolazione in uffici di cambio situati in un altro Stato contraente somme di denaro provenienti anch'esse da un tale traffico, non debbano essere considerati "medesimi fatti" ai sensi dell'art. 54, per il solo fatto che il giudice nazionale competente constata che i detti fatti sono collegati dallo stesso disegno criminoso. Dall'art. 58 della CAAS risulta che gli Stati contraenti hanno il diritto di applicare disposizioni nazionali più ampie concernenti l'effetto *ne bis in idem* inerente alle decisioni giudiziarie straniere. Tuttavia, tale disposizione non autorizza affatto uno Stato contraente ad astenersi dal giudicare un'infrazione collegata agli stupefacenti in violazione degli obblighi ad esso incombenti per il solo motivo che l'imputato è già stato condannato in un altro Stato contraente per altre violazioni motivate dallo stesso disegno criminoso. Per contro, nel diritto nazionale, i giudici competenti dinanzi ai quali pende un secondo procedimento devono tener conto, per la fissazione della pena, delle sanzioni eventualmente già inflitte nel primo procedimento. Come la Corte di giustizia ben chiarisce, la scelta di "stesso fatto", al posto di "stesso reato" dipende dalla frammentaria armonizzazione delle legislazioni dei diversi Paesi membri, controbilanciata dalla reciproca fiducia di ciascuno Stato membro nell'amministrazione della giustizia degli altri Stati, con l'accettazione dei conseguenti effetti, anche se l'applicazione della propria legge condurrebbe a risultati diversi. Ne discende che un criterio diverso basato sul *nomen juris*, avrebbe potuto comportare inaccettabili limitazioni di fatto alla libertà di movimento dei cittadini dell'Unione.

Nel caso *Kretzinger*<sup>54</sup>, oltre a ribadire il significato già definito di *idem factum*, la Corte affronta la questione postale dal *Bundesgerichtshof* asserendo che, ai sensi dell'art. 54, la pena inflitta da un giudice di uno Stato contraente viene considerata "eseguita" allorché l'imputato è stato condannato ad una pena detentiva alla cui esecuzione è stata applicata una sospensione condizionale. Il giudice del rinvio ha sottoposto alla Corte la questione se una pena ai sensi dell'art. 54 CAAS è "stata eseguita" o è effettivamente "in corso di esecuzione", qualora l'imputato venga condannato ad una pena detentiva alla cui esecuzione ai sensi della normativa dello Stato di condanna sia stata applicata la sospensione condizionale. Infatti, una pena detentiva cui è stata applicata la sospensione condizionale, che sanziona il comportamento illecito di un soggetto condannato, deve essere considerata come "effettivamente in corso di esecuzione attualmente" fin dal momento in cui la condanna è divenuta esecutiva e durante il periodo di sospensione. Inoltre, una volta che il periodo di sospensione è scaduto, la pena deve essere considerata come "eseguita" ai sensi di questa stessa disposizione. Di contro, la pena inflitta da un giudice di uno Stato contraente

<sup>54</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-288/05, *Kretzinger*, *Raccolta*, p. I-6441. Il signor Kretzinger trasportava con il suo autocarro sigarette di contrabbando nel Regno Unito attraversando l'Italia e la Germania. Per questa attività veniva condannato in Italia, con sentenza successivamente passata in giudicato. In seguito per la stessa attività venne condannato anche dal giudice tedesco.

non deve essere considerata come “eseguita” o “effettivamente in corso di esecuzione attualmente” quando l'imputato è stato posto brevemente in stato di arresto di polizia e/o di custodia cautelare e quando, secondo il diritto dello Stato di condanna, di tale privazione della libertà si deve tener conto nell'esecuzione successiva della pena detentiva. Infatti, la finalità di una custodia cautelare è molto diversa da quella della condizione di esecuzione prevista all'art. 54. Mentre la finalità della prima è piuttosto preventiva, quella della seconda è di evitare che un soggetto che è stato giudicato con sentenza definitiva in un primo Stato contraente non possa più essere perseguito per i medesimi fatti e resti quindi, alla fine, impunito quando il primo Stato di condanna non ha fatto eseguire la pena inflitta.

6. L'opera analitica, affidata alla Corte di giustizia, riguardo alla definizione della portata del principio del *ne bis in idem* non è che agli inizi. Due recenti sentenze dei giudici di Lussemburgo sono dirette a chiarire ancora una volta il requisito della definitività della sentenza di condanna.

La prima questione pregiudiziale posta all'attenzione della Corte di giustizia dal Tribunale di Ratisbona<sup>55</sup> consiste nello stabilire se, ai sensi dell'art. 54 della CAAS, “una persona che sia stata giudicata con sentenza definitiva da una Parte contraente possa essere sottoposta ad un procedimento penale per i medesimi fatti in un'altra Parte contraente qualora la pena comminata nei suoi confronti non abbia mai potuto essere eseguita secondo la legge dello Stato contraente di condanna”. Il dubbio prospettato dall'autorità giudiziaria tedesca verte in sostanza sul requisito di “sentenza definitiva” della condanna pronunciata in contumacia, tenuto conto dell'impossibilità di dare diretta esecuzione alla pena comminata, stante l'obbligo di celebrare un nuovo processo in caso di cattura del contumace. Come abbiamo visto in precedenza, la Corte già in passato ha più volte affermato che, in applicazione del diritto alla libera circolazione delle persone, l'art. 54 della CAAS assicura l'esercizio di questa libertà fondamentale a coloro che siano stati giudicati con “sentenza definitiva”, senza dover temere di incorrere in altro Stato membro in nuovi procedimenti penali contro di loro per i fatti già giudicati<sup>56</sup>. Essa ha più volte ribadito l'importanza della reciproca fiducia tra gli Stati membri come punto di forza per il rispetto dell'art. 54, e consigliato come soluzione per i casi controversi una più ampia armonizzazione

---

<sup>55</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2008, causa C-297/07, *Bourquain*, Raccolta, p. I-9425. Nel caso di specie, un cittadino tedesco – il signor Bourquain – arruolato nella Legione straniera, era stato giudicato per il reato di omicidio, commesso in una zona di frontiera tra l'Algeria e la Tunisia, e condannato alla pena di morte in contumacia con sentenza pronunciata nel 1961 dal Tribunale militare permanente di Bone (Algeria), che aveva applicato il codice penale francese all'epoca vigente; nel 2002, nonostante la sentenza fosse divenuta irrevocabile dal 1981 e non potesse più essere eseguita in Francia per la prescrizione della pena e l'intervenuta abolizione della pena capitale, la Procura di Ratisbona aveva aperto un'istruttoria a carico del cittadino tedesco per sottoporlo a giudizio in Germania per gli stessi fatti.

<sup>56</sup> Punti 38, 32, 57 e 27, rispettivamente, delle sentenze nelle cause *Gözütok e Brügge*, *Miraglia*, *Van Straaten* e *Gasparini*, cit.

del diritto penale fra gli Stati membri. Inoltre, come sottolinea l'Avvocato generale Colomer, la Corte, nella citata sentenza *Kretzinger* non ha ritenuto necessario esaminare se una sentenza emessa in contumacia debba essere o meno considerata come una decisione con la quale una persona è stata giudicata con sentenza definitiva. Essa tuttavia ha adottato nella sua giurisprudenza una interpretazione estensiva della nozione di sentenza definitiva facendovi rientrare sia i casi di estinzione dell'azione penale nei procedimenti in cui il pubblico ministero dispone l'archiviazione senza l'intervento di un giudice (cause *Gözütok* e *Brügge*), sia le sentenze in cui l'imputato viene assolto in via definitiva per mancanza di prove (*Van Straaten*) o per prescrizione (*Gasparini*). Peraltro, bisogna ricordare come i diversi Stati abbiano una legislazione differente in materia di pronunce giudiziali in contumacia.

Nelle sue conclusioni, Colomer ha ricordato come l'art. 54 non richiede che la sentenza abbia il requisito della definitività quando emessa, quanto piuttosto è necessario che questa condizione sussista nel momento in cui ha inizio il secondo processo. Questo per il signor *Bourquain* è avvenuto nel 2002, anno in cui la decisione del Tribunale militare era già divenuta cosa giudicata secondo il diritto francese. Per di più, va da sé che la presenza dell'imputato nel corso del giudizio permette l'esercizio della difesa e il rispetto del diritto a un giusto processo e convertire questa garanzia per l'imputato in un requisito che ostacoli l'applicazione di altri diritti sarebbe a dir poco paradossale. Ciò infatti si realizzerebbe se si limitasse l'applicazione del principio del *ne bis in idem* alle decisioni che impediscono una revisione a beneficio dell'imputato. Di conseguenza la sentenza di condanna pronunciata in contumacia deve ritenersi definitiva ai sensi dell'art. 54. La Corte seguendo l'impostazione dell'Avvocato generale conclude dichiarando che il suddetto articolo si applica anche ad una pena derivante da una sentenza definitiva che, per le peculiarità processuali del diritto nazionale, non abbia mai potuto essere eseguita secondo la legge dello Stato di condanna per la mancata comparizione al giudizio dell'imputato.

Analogo ragionamento viene seguito dalla Corte nella successiva sentenza *Turansky*<sup>57</sup>. Anche in questo caso la domanda di pronuncia pregiudiziale presentata nell'ambito di un procedimento penale avviato a carico del signor *Turansky*, verte sulla nozione di "sentenza definitiva". Ovvero se, osti all'esercizio dell'azione penale nei confronti della persona sospettata in uno Stato parte, l'intervenuta archiviazione del procedimento penale avviato per lo stesso fatto da un altro Stato parte, dopo che un'autorità di polizia, al termine di un esame nel merito, abbia posto fine al procedimento disponendone la sospensione. Occorreva quindi nuovamente identificare la nozione di "persona giudicata con sentenza definitiva". La Corte a questo proposito ribadisce la considerazione già resa nella sentenza *Gozutok* e *Brugge*<sup>58</sup>, ossia che quando a seguito di un procedi-

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, causa C-491/07, *Turansky*, *Raccolta*, p. I-11039.

<sup>58</sup> *Ibidem*, punto 30.

mento penale, l'azione penale si estingue definitivamente, la persona interessata deve essere considerata "giudicata con sentenza definitiva" ai sensi dell'art. 54 CAAS. Inoltre nella sentenza *Van Straaten*<sup>59</sup>, essa ha dichiarato che l'art. 54 CAAS trova applicazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente che assolva definitivamente un imputato per insufficienza di prove.

È pienamente condivisibile la deduzione della Corte prodotta dalla precedente giurisprudenza laddove per poter essere qualificata come sentenza definitiva, una decisione deve porre fine ad un procedimento penale ed estinguere in via definitiva l'azione corrispondente. Ovviamente per valutare se una decisione è definitiva occorre verificare in via preliminare se, ai sensi del diritto nazionale dello Stato contraente cui appartengono le autorità che hanno adottato tale decisione, essa sia considerata definitiva. Risulta infatti palese che una decisione che, secondo il diritto di uno Stato contraente che ha avviato un procedimento penale, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale, non può infatti, in linea di principio produrre l'effetto di ostacolare l'avvio di un procedimento penale per gli stessi fatti in un altro Stato contraente. Quindi una decisione come quella oggetto della causa, che dispone la sospensione del procedimento penale in una fase antecedente all'incriminazione di una determinata persona, adottata a norma dell'art. 215 del codice di procedura penale slovacco, ai sensi del diritto nazionale non costituisce un ostacolo per nuovi procedimenti per gli stessi fatti nella repubblica slovacca. Ne deriva che la decisione in questione non ponendo definitivamente fine all'azione penale secondo l'ordinamento giuridico nazionale interessato, non può costituire una decisione che consente di ritenere che tale persona sia stata "giudicata con sentenza definitiva" ai sensi dell'art. 54 CAAS. Risulta evidente infatti che l'applicazione di questo articolo ad una decisione di sospensione del procedimento penale in uno Stato contraente, avrebbe l'effetto di ostacolare, in un altro Stato contraente, la possibilità di perseguire ed eventualmente sanzionare una persona per il suo comportamento illecito. Questa conseguenza contrasterebbe come sappiamo con la finalità delle disposizioni del titolo VI del Trattato, come risulta dall'art. 2 TUE (ora art. 3 NTUE)<sup>60</sup>.

Di tutt'altro contenuto è la recentissima sentenza del 29 giugno 2010<sup>61</sup>, dove la Corte si trova ad esaminare la portata del *ne bis in idem* in merito ai procedimenti di violazione del Trattato. La Corte, in passato, ha già avuto modo di occuparsi dell'applicazione del *ne bis in idem* ai procedimenti per inadempimento, ma ha sempre affermato che non si trattava della medesima fattispecie<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, punto 61.

<sup>60</sup> L'art. 3, par. 2, NTUE indica tra gli obiettivi dell'UE quello di assicurare misure appropriate per quanto concerne (...) la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima.

<sup>61</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, causa C-526/08, *Commissione europea c. Granducato di Lussemburgo*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

<sup>62</sup> Sentenze della Corte di giustizia dell'8 novembre 2001, causa C-127/99, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-8305, punti 27 ss.; dell'8 aprile 2008, causa C-337/05, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-2173, punto 25, e del 2 ottobre 2008, causa C-157/06, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-7313,

Tuttavia, essa non ha mai espressamente chiarito se questo principio possa in generale essere applicato a tali procedimenti<sup>63</sup>. Anche in questo caso i giudici di Lussemburgo si rifiutano di affrontare la questione del *ne bis in idem*, adducendo come motivazione la mancanza di identità sotto il profilo di fatto e di diritto tra le due cause citate nella sentenza in oggetto.

La causa riguarda le modalità di trasposizione, da parte del Granducato di Lussemburgo, della direttiva del Consiglio 12 dicembre 1991, 91/676/CEE, relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole<sup>64</sup>. Con il suo ricorso la Commissione europea chiese alla Corte di constatare che, avendo omesso di adottare tutti i provvedimenti legislativi, regolamentari ed amministrativi necessari per conformarsi interamente e correttamente agli articoli 4 e 5 della direttiva 91/676/CEE, il Lussemburgo abbia violato gli obblighi che gli incombono in forza di quest'ultima.

Il Paese in questione sosteneva che il ricorso fosse irricevibile per violazione dell'art. 226 TCE (ora art. 258 TFUE), in quanto esso ledeva il principio dell'autorità di cosa giudicata<sup>65</sup> nonché il principio del *ne bis in idem*. Lo Stato convenuto fece valere che la censura, corrispondeva alla stessa censura sollevata nella causa decisa dalla sentenza dell'8 marzo 2001, causa C-266/00, *Commissione c. Lussemburgo*<sup>66</sup>, per cui la Commissione ove riteneva che esso non avesse preso le misure che l'esecuzione dell'anzidetta sentenza comporta, doveva pro-

---

punto 19. In senso analogo, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 31 maggio 2001, causa C-127/99, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-8305, punto 46, e del 21 ottobre 2004, causa C-212/03, *Commissione c. Francia*, *ivi*, p. I-4213, punto 23, nonché le conclusioni dall'Avvocato generale Mazák del 10 luglio 2007, causa C-337/05, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-2173, punto 32.

<sup>63</sup> La sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2005, causa C-416/02, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, p. I-7487, punto 65, ha lasciato espressamente aperta tale questione.

<sup>64</sup> Direttiva 91/676/CEE del Consiglio, del 12 dicembre 1991, relativa alla protezione delle acque dall'inquinamento provocato dai nitrati provenienti da fonti agricole, *GUUE* L 375, 31 dicembre 1991, p. 1, come modificata dal regolamento (CE) n. 1882 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 settembre 2003, recante adeguamento alla decisione 1999/468/CE del Consiglio delle disposizioni relative ai comitati che assistono la Commissione nell'esercizio delle sue competenze di esecuzione previste negli atti soggetti alla procedura prevista all'articolo 251 del Trattato CE, *GUUE* L 284, 31 ottobre 2003, p. 1.

<sup>65</sup> La cosa giudicata indica la immutabilità del provvedimento del giudice, quando sono stati esperiti tutti i mezzi di impugnazione c.d. ordinari contro di esso, previsti dalla legge, ovvero quando essi non sono più proponibili per il decorso dei termini. Occorre fare una differenziazione tra cosa giudicata formale e materiale. La prima riguarda l'irreversibilità delle sentenze dettate in un processo, e costituisce, per così dire, la preclusione delle impugnazioni, e quindi che la revisione è possibile in un altro processo posteriore, come succede con le sentenze dettate nei processi esecutivi, quando si permette di riaprire un dibattito in un processo di cognizione. La seconda, la cosa giudicata materiale, invece, esclude la possibilità di qualche revisione.

<sup>66</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2001, causa C-266/00, *Commissione c. Lussemburgo*, *Raccolta*, p. I-2073.

cedere a norma dell'art. 228, n. 2, TCE (ora art. 260 TFUE), e non avviare un nuovo procedimento *ex art.* 226 TCE (ora art. 258 TFUE).

La Corte in questo caso sostiene la ricevibilità del ricorso e a proposito del *ne bis in idem*, dichiara che questo non si applica alla presente causa, dal momento che non si tratta qui di un procedimento sanzionatorio di natura amministrativa o penale. A suo avviso, anche a supporre che tale principio possa applicarsi ai ricorsi per inadempimento, i presupposti per la sua applicazione non risultano soddisfatti nel caso di specie, dato che tale applicazione è subordinata ad una triplice condizione, ossia l'identità dei fatti, l'unicità del soggetto trasgressore e l'identità del bene giuridico tutelato. Infatti la questione dell'applicabilità dell'art. 228 TCE (ora art. 260 TFUE) si pone soltanto nell'ipotesi in cui risultasse che gli addebiti sollevati in questa sede siano identici sotto il profilo di fatto e di diritto a quelli formulati nella causa decisa dalla citata sentenza *Commissione c. Lussemburgo*. Quand'anche si volessero assoggettare al principio del *ne bis in idem* le sanzioni volte a garantire l'esecuzione delle sentenze, sarebbe eccessivo a nostro parere applicare tale principio ad ogni sentenza per la cui esecuzione possano essere applicate sanzioni. Infatti, in questo caso, tale principio troverebbe applicazione, ad esempio, anche a tutte le sentenze di natura civilistica che fissano obblighi di fare o di non fare.

Quanto invece al principio dell'autorità di cosa giudicata, si trattava di stabilire se questo principio ostacoli o meno la proposizione, da parte della Commissione, del ricorso a norma dell'art. 226 TCE (ora art. 258 TFUE), tenuto conto della citata sentenza *Commissione c. Lussemburgo*, pronunciata a seguito di un ricorso proposto dalla detta istituzione ai sensi di questo stesso articolo. In varie occasioni la Corte ha ricordato l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali<sup>67</sup>. Risulta dalla giurisprudenza che tale principio è applicabile anche ai procedimenti per inadempimento e che l'autorità di cosa giudicata riguarda unicamente i punti di fatto e di diritto che sono stati effettivamente o necessariamente decisi dalla pronuncia giudiziale di cui trattasi<sup>68</sup>. Ma una volta rilevato che non esiste in sostanza un'identità di fatto e di diritto tra le due cause in questione la Corte sentenza che la Commissione, mediante la presentazione del ricorso in oggetto, non ha violato il principio dell'autorità di cosa giudicata. Infatti, mancando una simile identità tra tali due cause, la questione dell'applicabilità dell'art. 228 TCE (ora art. 260 TFUE) non si pone.

---

<sup>67</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, *Raccolta*, p. I-10239, punto 38; del 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, *ivi*, p. I-2585, punto 20, e del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Fallimento Olimpiclub*, non ancora pubblicata nella *Raccolta*, punto 22.

<sup>68</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 giugno 2008, causa C-462/05, *Commissione c. Portogallo*, *Raccolta*, p. I-4183, punto 23 e giurisprudenza *ivi* citata.

7. Dopo aver esaminato la giurisprudenza sul *ne bis in idem* ci sembra il momento di soffermare la nostra analisi sul valore del “giudicato” in quanto strettamente connesso alla sua funzione di porre fine alle liti, di assicurare la certezza del diritto e di contribuire in tal modo alla pacificazione sociale. L’importanza che l’autorità della cosa giudicata riveste porta da un lato ad escludere la riapertura dei processi ormai conclusi in modo definitivo, dall’altro a chiedersi se il principio del *ne bis in idem* possa essere inteso come un’espressione di questa autorità. Per fare questo occorre soffermarsi sulla giurisprudenza dei giudici comunitari partendo dalla individuazione degli effetti giuridici prodotti in caso di violazione da parte di un giudicato “interno” del diritto comunitario, per poi arrivare a verificare se i giudici in questione hanno assimilato o meno il “giudicato” al *ne bis in idem*.

Ripercorriamo in sintesi il tragitto argomentativo della Corte a cominciare dal 2003 quando nel caso *Köbler*<sup>69</sup>, essa seguendo la sua precedente impostazione<sup>70</sup> affermò che qualora una Corte suprema nazionale emanasse una sentenza in contrasto con il diritto comunitario e sussistano le condizioni affinché questa norma conferisca diritti ai singoli ed esista un nesso causale tra violazione e danno, obbligato al risarcimento è solo ed unicamente lo Stato. Questa fu la prima sentenza in cui la Corte ammise la responsabilità dello Stato per un fatto imputabile ad un organo giurisdizionale. Infatti il principale ostacolo nello stabilire una responsabilità statale in caso di violazione di norme comunitarie derivante da un provvedimento giurisdizionale, era proprio il principio della intangibilità del giudicato, assolutamente incompatibile con il diritto del singolo ad

<sup>69</sup> Sentenza *Köbler*, cit. In dottrina v. L. D’AGOSTINO, *Il nuovo diritto della concorrenza tra il Trattato di Lisbona, norme nazionali per il recupero degli aiuti ed efficacia del giudicato*, in *Sud in europa*, 2008, n. 3.

<sup>70</sup> Già a partire dalle sentenze della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich*, *Raccolta*, p. I-5357 ss. (su cui v. F. CAPELLI, *Un Pungolo per i Paesi inadempienti*, in *DCSI*, 2007, p. 91 ss.) e del 5 marzo 1996, cause riunite C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, *ivi*, p. I-1029 (su cui Id., *L’obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, *ivi*, p. 54 ss.) si affermò il principio della responsabilità della Stato membro, inteso nella sua unità, per violazione del diritto comunitario. Nella sentenza *Francovich* si trattava, in particolare di illecito del legislatore per mancata trasposizione di una direttiva comunitaria in materia di lavoro, che attribuiva specifici diritti in capo ai singoli, non escludendosi, tuttavia, in tale sede, che potesse riscontrarsi egualmente responsabilità allorché la violazione degli obblighi comunitari incombesse sullo Stato nell’esercizio della sua funzione amministrativa o anche giurisdizionale.

In dottrina v. P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario: il caso Gabrielli*, in *RDI*, 1994, p. 617 ss.; A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell’Unione europea*, in *Foro it.*, 1995, c. 13 ss.; G. TESAURO, *Responsabilità des Etats membres pour violation du droit communautaire*, in *RMUE*, 1996, p. 15 ss.; M. FRAGOLA, *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *DCSI*, 1997, p. 669 ss.; U. VILLANI, *Obbligo degli Stati di risarcire i danni per violazione del diritto comunitario da parte di un giudice di ultimo grado*, in *Sud in europa*, 2004, n. 1; A. M. ROMITO, *La tutela del cittadino europeo e la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in F. P. TRAISCI (a cura di), *Il diritto privato europeo dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010, p. 199 ss.

ottenere riparazione<sup>71</sup>. La sentenza *Köbler* fu innovativa in questo senso, perché fu proprio il valore del giudicato a diventare la premessa del diritto del danneggiato. Si afferma così non solo che la responsabilità della Stato possa essere notevolmente attenuata da circostanze legate al caso concreto, ma anche che l'esistenza di un giudicato che lede i diritti dei singoli garantiti dal diritto comunitario non possa ostacolare la responsabilità dello Stato anche se causata da un organo giurisdizionale.

Questo orientamento venne accolto anche successivamente<sup>72</sup> laddove la Corte di giustizia ha ribadito che deve essere affermata la responsabilità dello Stato anche se la violazione di cui trattasi derivi dalla decisione di un organo giurisdizionale di "ultimo grado", sempre che la norma di diritto comunitario violata sia volta ad attribuire diritti ai singoli e sussista un nesso causale tra la violazione e il danno. La giurisprudenza infatti mostra come, pur riaffermando il principio della preminenza del diritto comunitario nei confronti di tutte le istituzioni (anche giurisdizionali) dello Stato, rimettere in discussione una pronuncia giurisdizionale divenuta definitiva costituisce una manifesta violazione del principio della certezza del diritto<sup>73</sup>. Quindi da un lato si evidenzia il rispetto del "giudicato" formatosi nell'ordinamento interno, dall'altro l'esaurimento della funzione riparatoria del danno subito dal singolo, per effetto di un giudicato contrario al diritto comunitario, mediante l'attribuzione di un risarcimento in denaro. Risulta infatti ampiamente condivisibile che il ricorrente di un'azione per responsabilità contro lo Stato ottenga un risarcimento da parte di quest'ultimo ma non necessariamente la messa in discussione della decisione giurisdizionale che ha creato il danno.

Questa considerazione però è in contrasto con l'ultima sentenza della Corte in materia<sup>74</sup>, in cui la stessa afferma che se una disposizione nazionale, come

---

<sup>71</sup> V. R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 376 ss.; in dottrina per un'analisi tra i sistemi processuali nazionali e il diritto dell'Unione si v. G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *DUE*, 2007, p. 747; E. CANNIZZARO, *Sui rapporti tra i sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, *ivi*, 2008, p. 447.

<sup>72</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-14643.

<sup>73</sup> V. sentenza, *Kapferer*, cit., I-2585, laddove si afferma che gli effetti di una sentenza passata in giudicato continuano a prodursi anche nel caso in cui la pronuncia sia stata resa in violazione del diritto comunitario, se le norme procedurali interne non prevedono una revoca della decisione, conseguentemente il giudice nazionale non è tenuto a disapplicare le norme processuali interne che hanno l'obiettivo di assicurare i diritti delle parti e la certezza del diritto nonostante il principio di leale cooperazione nell'esecuzione del diritto comunitario stabilito nel Trattato CE. V. anche sentenza della Corte di giustizia del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, *Raccolta*, p. I-5177 su cui E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 418 ss.; A. M. ROMITO, *Il principio di leale cooperazione ed il limite del giudicato nazionale*, in *Sud in europa*, 2006, n. 2.

<sup>74</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, *Raccolta*, p. I-6199.

quella dell'art. 2909 del c.c. italiano, che sancisce il principio della *res iudicata*, ostacola la corretta applicazione delle norme comunitarie, impedendo il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario, allora essa va disapplicata. Questa pronuncia quindi si scontra con le precedenti in quanto la sentenza passata in giudicato, in un settore come quello degli aiuti di Stato, non è di per sé ostativa all'applicazione del diritto comunitario.

Più di recente la sentenza emessa nella causa *Kempter*<sup>75</sup>, pone nuovamente la questione del valore del diritto comunitario all'interno degli Stati membri, analizzando la sorte delle decisioni amministrative nazionali divenute definitive, la cui statuizione, a seguito di una sentenza comunitaria successiva, risulta essere contraria al diritto comunitario. Questa sentenza si segnala per la sua portata innovativa in quanto statuisce che un organo amministrativo debba riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione pertinente nel frattempo accolta dalla giurisprudenza comunitaria. Anche qui il principio della certezza del diritto viene garantito attraverso la fissazione di termini di ricorso da parte dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro per la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme comunitarie, purché tali termini non siano meno favorevoli rispetto a quelli previsti per analoghi ricorsi di natura interna (principio di equivalenza<sup>76</sup>), e non rendano impossibile o particolarmente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto comunitario (principio di effettività<sup>77</sup>).

L'impostazione della Corte volta a ritenere a volte insuperabile il principio della intangibilità del giudicato, altre volte soggetto a possibili deroghe, non deve distogliere però l'attenzione dallo scopo del nostro esame volto ad individuare nell'opera della stessa una certa identificazione del principio del *ne bis in idem* con la *res iudicata*. Può in sostanza il giudicato essere equiparato al *ne bis in idem*? Nella giurisprudenza sul *ne bis in idem* citata nei paragrafi precedenti non troviamo invero alcuna esplicita affermazione in questo senso. Solo indirettamente, infatti, la Corte assimila l'art. 54 CAAS al "giudicato", infatti al punto 30 della sentenza *Gozutok e Brugge* essa sottolinea che quando a seguito di un procedimento penale, l'azione penale si estingue definitivamente allora la persona interessata deve essere considerata "giudicata con sentenza definitiva". Ancora al punto 61 della sentenza *Van Straaten* essa ha dichiarato che l'art. 54 CAAS trova applicazione ad una decisione dell'autorità giudiziaria di uno Stato contraente che assolva definitivamente un imputato per insufficienza di prove.

<sup>75</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG, Raccolta*, p. I-198. In dottrina P. FENGER, *Review of Final Administrative Decisions Contrary to EU law*, in *EL Reporter*, 2008, p. 150 ss.; A. WARD, *Do Unto Others as You would Have Them do Unto You: Willy Kempter and the Duty to Raise EC Law in National Litigation*, *ivi*, p. 739 ss.

<sup>76</sup> Il principio di equivalenza è un'espressione del principio di parità di trattamento e prevede che situazioni simili non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate ugualmente.

<sup>77</sup> Il principio di effettività prevede che il giudice nazionale verifichi l'impossibilità o la difficoltà per i ricorrenti di esercitare i diritti loro attribuiti da una norma comunitaria.

Nel punto 34 della sentenza *Turansky* la Corte ribadisce che per poter essere qualificata come “sentenza definitiva” ai sensi dell’art. 54 CAAS una decisione deve porre fine ad un procedimento penale ed estinguere in via definitiva l’azione penale.

In questi casi notiamo come il giudice comunitario cerca in tutti i modi di assimilare il *ne bis in idem* alla nozione di *res iudicata* anche se tuttavia non vi sono tracce esplicite in questo senso. Si intende sicuramente da ogni sua affermazione che la regola del *ne bis in idem* rappresenta un diritto fondamentale dei cittadini, oltre ad essere un’esigenza strutturale di ogni sistema giuridico, la cui legittimità si sostanzia nell’autorità della *res iudicata*, ma una sua dichiarazione che equipara il giudicato al *ne bis in idem* non è dato trovarla in tutta la sua giurisprudenza. In conclusione se non sembrano sorgere dubbi quanto all’operatività del principio rispetto a decisioni che estinguono in via definitiva l’azione penale, maggiori difficoltà si pongono qualora volessimo individuare nell’azione della Corte una identificazione del principio in esame con la nozione di “giudicato”.

8. Attualmente permangono ancora differenze sostanziali nella disciplina penale e processuale penale degli ordinamenti interni degli Stati membri: da questo punto di vista si può dire che l’adempimento degli obblighi di allineamento della legislazione da un lato, e la necessità conseguente di una migliore cooperazione giudiziaria nel settore penale all’interno dell’Unione europea dall’altro, sono ancora oggi obiettivi molto lontani dall’essere raggiunti.

In sostanza il *ne bis in idem* presenta profili problematici sia in ambito sostanziale che processuale.

In particolare, in virtù di un’applicazione corretta del *ne bis in idem* sostanziale, allorché l’intero disvalore espresso da un fatto illecito possa essere pienamente contenuto nell’area di applicazione di una sola fattispecie incriminatrice, la comune valutazione sociale porta ad escludere che al medesimo soggetto possa essere addebitato un ulteriore reato, che è espressivo di un *surplus* di sanzione non più legittimato dall’applicazione della norma che prevede la pena più grave. Sicché, in questo caso, il concorso di norme penali, in deroga al regime del concorso di reati, si rivela del tutto apparente, bastando l’utilizzazione della figura di reato che esprime più pienamente il significato di illiceità del fatto commesso.

Il *ne bis in idem* processuale, invece, consiste nel divieto per qualsiasi giudice di pronunciarsi di nuovo, e senza alcun elemento di novità o diversità, su un fatto che ha costituito oggetto di una sentenza divenuta cosa giudicata.

Si può dire che il *ne bis in idem* del primo tipo si presenta in modo più strisciante e risulta, pertanto, di più difficile accertamento, fondandosi su dati sostanziali che possono essere suscettibili di ampia valutazione discrezionale da parte del giudice, mentre il secondo, transitando per la formale (possibile) pronuncia su un certo fatto da giudicare, può essere più facilmente regolato con metodi di preclusione giudiziale quando su quell’illecito è intervenuta la cosa

giudicata: si tratterà di un problema di coordinamento e cooperazione tra giurisdizioni che appartengono allo stesso spazio giudiziario europeo.

Inoltre il problema del *ne bis in idem* si pone non solo tra le diverse sanzioni penali previste per lo stesso fatto da legislazioni penali statali differenti, bensì anche tra sanzioni penali nazionali e sanzioni punitivo-amministrative di fonte comunitaria.

Nel primo caso, è palese la violazione del *ne bis in idem*, in quanto queste forme di sovrapposizione sono causate sovente dallo stesso carattere transfrontaliero degli illeciti, degenerazione che necessita di una potenziata collaborazione tra le autorità giudiziarie dei vari Stati membri. La classica, e forse anche farraginoso, cooperazione tra uno Stato e l'altro in materia penale è stata sostituita da una migliore cooperazione giudiziaria direttamente tra gli attori del sistema giudiziario penale. Tuttavia, il mancato potenziamento di un modello di coordinamento centralizzato nell'esercizio dell'azione penale, almeno rispetto a forme di manifestazione del crimine organizzato e transfrontaliero, conduce a conseguenze negative per le certezze del diritto e le garanzie delle persone sottoposte a procedimento penale. Difetta pure, ed in modo evidente, un servizio di scambio informativo sulla gestione delle *notitiae criminis*, sul susseguente esercizio dell'azione penale e sul formarsi del giudicato penale rispetto a determinati fatti commessi. Inoltre, gli Stati devono accettare vicendevolmente le decisioni giudiziarie, in base al principio del reciproco riconoscimento. Reciproco riconoscimento, per esempio, dei rispettivi mandati di arresto che non solo conduce al più rapido arresto dei soggetti sospettati di reato all'interno dell'UE, ma anche al dovere di applicazione transnazionale dei principi giuridici come il principio del *ne bis in idem*. E questa operazione di applicazione transnazionale della giurisdizione penale presume che il campo d'applicazione territoriale e la concreta attuazione del principio del *ne bis in idem* all'interno dell'UE si basino su uno standard comune. Questo è il solo modo per garantire una protezione equivalente. Eppure sembra che l'obiettivo incontri notevoli resistenze proprio da parte degli Stati membri e dai rispettivi apparati giudiziari. Gli Stati membri devono essere insomma disposti a lasciarsi dietro le loro traluzie, superate opinioni sulla sovranità e accettare una visione di sovranità condivisa in uno spazio giudiziario comune che implichi una, sia pure parziale, sua cessione. I diritti umani transnazionali costituiscono una parte sostanziale di tale spazio giudiziario comune. Tutto ciò, a patto che vengano comunque garantiti i diritti del cittadino ad un giusto processo penale e alla possibilità di esercitare il diritto di difesa in ogni stato e grado del procedimento. Nonostante questo, il legislatore dell'Unione sta trovando enormemente difficile dare forma e sostanza a principi giuridici transnazionali e questo è vero anche nel caso del *ne bis in idem*. Il reciproco riconoscimento delle rispettive decisioni giudiziarie, come nel caso dell'applicazione del mandato di arresto europeo, richiede una protezione comune e equivalente di diritti umani in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. È, questo, uno degli obiettivi in materia penale dell'intero titolo V del TFUE. Standard comuni sullo stato di diritto rappresentano il "minimo dei minimi" per la fiducia reciproca tra Stati membri e per la fiducia reciproca tra i cittadini dell'Unione e così

pure per la legittimazione delle politiche dell'Unione in materia penale. Per questo motivo, è essenziale che tutte le necessarie garanzie giudiziarie siano costruite attraverso i nuovi strumenti di riconoscimento reciproco (garanzia di prove europea, conservazione dei dati, ecc.) e soprattutto tramite l'introduzione di un catalogo di crimini sovranazionali europeo che contenga interessi comuni (ambiente, tratta degli esseri umani, traffico di armi e di stupefacenti, ecc.) europei e nazionali. Sicuro giovamento al consolidamento della gestione della giustizia in materia penale nello spazio giudiziario europeo potrebbe essere dato dalla supervisione di una Procura europea che potrebbe coordinare il lavoro delle procure nazionali che perseguono i diversi crimini.

Invece, nel secondo caso, ossia quello di individuare una corretta applicazione del *ne bis in idem* anche tra sanzioni penali nazionali e sanzioni punitivo-amministrative di fonte comunitaria, il problema diventa più complesso, posto che si tratta di forme di responsabilità che provengono da fonti appartenenti a differenti ordinamenti giuridici. Se si guarda agli orientamenti seguiti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia UE ne emerge che il limite di ammissibilità invalicabile di detta forma di sovrapposizione tra le varie sanzioni è costituito dal rispetto del principio di proporzionalità, anche se questo principio rischia di diventare una sorta di "scatola vuota" se la Corte stessa nella sua azione giurisdizionale non gli dà un significato concreto. Essa infatti dovrebbe spiegare bene il contenuto reale del principio di proporzionalità evitando così di legittimare sanzioni in palese violazione del *ne bis in idem*, in quanto per uno stesso illecito-irregolarità vengono comminate sia sanzioni penali che amministrative che sono previste non solo dal sistema penale italiano ma anche dal sistema dell'Unione nella stessa maniera, avendo così soltanto un sovraccarico di sanzioni senza alcun tipo di vantaggio.

Peraltro, occorre osservare ulteriormente che nel settore della concorrenza nel mercato unico, come più in generale nel settore del diritto dell'economia, il carico di afflittività delle sanzioni amministrativo-punitivo (specialmente le temutissime sanzioni interdittive) può essere agevolmente più significativo delle blande sanzioni penali non direttamente privative della libertà personale, perché di breve durata e suscettibili di sospensione condizionale della pena.

## Abstract

### Development of Article 54 of the Schengen Convention in the European Union

The growing internationalization of crime, more and more cross-border, the discipline of criminal jurisdiction concerns situations in which various member States are competent to perform the prosecution for the same case. In addition to this, currently, it may happen more frequently that several proceedings may occur on the same case, or conflicts "positive" of jurisdiction, because the capacity of many national courts in criminal matters has been significantly increased over the last few years.

The multiplicity of the processes damages the rights and interests of the individual with the danger of duplication of criminal proceedings. In an area of freedom, security and justice evolved is necessary to avoid such consequences disadvantageous, hindering the establishment of many processes on the same events. The legal limit is precisely the principle of *ne bis in idem*.

This principle does not prevent conflicts of jurisdiction when several processes are underway in two or more member States; it may come into play only by preventing the prosecutions for the second time on the same case, when the proceedings in a member State has concluded with a decision that prevents the opening of a new one (*res judicata*). The structure of this work is divided into different points.

In the first place the essential characteristics of *ne bis in idem* principle legislation community are summarized, and it will verify the existence of a general principle of European law that prohibits to submit to a new trial one who has already been processed for the same facts by the courts of another State.

Subsequently, it will focus on the possible assimilation of *ne bis in idem* “considered”, while highlighting the copious decisions by a certain reluctance of the member States to a boundary excessive scope of application *ne bis in idem*. They will ensure that neither the practice of the Court, or the application of the *ne bis in idem* principle in the framework of multilateral treaties in criminal matters of the Council of Europe have led to a common standard of *ne bis in idem* in Europe.



# Memorie



Giuseppe Trisorio Liuzzi

# Il fenomeno emigrazione nel pensiero di Tommaso Siciliani, giurista degli inizi del secolo scorso

In questi ultimi anni il nostro Governo e i partiti che lo sostengono hanno assunto sempre più una posizione di evidente ostilità nei confronti del fenomeno immigrazione. Più volte con il mio Maestro, il prof. Franco Cipriani, improvvisamente scomparso il 27 aprile 2010, lasciando un vuoto incalcolabile, ci siamo confrontati su questo argomento ed entrambi abbiamo sottolineato come fosse assurdo che i nostri governanti si dimenticassero che l'Italia è stato un Paese di emigrazione (si stima che tra il 1876 e il 1976 siano emigrati oltre 24 milioni di italiani) e che pertanto ben altro atteggiamento avrebbe dovuto assumere. Ed è così capitato di ricordare quello che oltre cento anni fa, nel 1909, scriveva Tommaso Siciliani, primo barese (la famiglia era originaria di Noci) ad insegnare Diritto processuale civile nella Facoltà di Giurisprudenza di Bari (dal 1927 al 1946). Devo segnalare che Franco Cipriani ha avuto il merito di raccogliere nel 2006 gli "Scritti di Diritto processuale civile" di Siciliani in un libro edito dalla ESI, libro che mi chiese di recensire per la *Rivista di diritto processuale civile* (2007, p. 470).

Ebbene fra quegli scritti ve ne è uno, dal titolo "La tutela internazionale della emigrazione", oltremodo significativo, perché non solo mostra che già in quei tempi il fenomeno dell'emigrazione era più che sentito, ma soprattutto perché veniva affrontato in termini completamente diversi da come oggi il nostro governo e alcune forze politiche hanno ritenuto di gestirlo.

Certamente non può sottacersi che allora il fenomeno dell'emigrazione veniva visto da parte di chi emigrava e cioè essenzialmente da parte delle genti del meridione di Italia, che si recavano in Paesi nei quali vi erano prospettive di vita e di lavoro migliori, mentre oggi il fenomeno emigrazione viene visto da parte di chi rappresenta per gli emigranti la speranza di una vita migliore. Si tratta tuttavia di un cambio di prospettiva che non può e non deve portare a una differente valutazione del fenomeno e soprattutto ad affermare principi giuridici diversi se non proprio opposti.

Nello scritto Tommaso Siciliani affronta il fenomeno dal punto di vista "della tutela degli emigranti", sottolineando che "la prima e più ardua indagine, che si presenta a chi affronta il tema dell'emigrazione dal punto di vista giuri-

dico, è quella relativa al diritto di emigrare. Tale diritto deriva senza dubbio dal principio di libertà individuale; e tutti gli Stati civili, ad eccezione della Russia, ormai ammettono che il diritto di emigrare è diritto assoluto, che trae origine dalle esigenze stesse della umana natura”.

Siciliani non ha alcuna remora ad affermare che “tutte le leggi contro l’emigrazione sono inique: ciascuno ha il diritto di andare a stabilirsi ove crede di star meglio, ed è star meglio il sussistere con minore difficoltà”.

Se si considera che questi principi venivano affermati cento anni fa, non si può non rimanere sorpresi nel momento in cui si leggono alcune dichiarazioni rese in tempi recenti da ministri e politici. Certamente Siciliani era un liberale, non un sovversivo di sinistra.

Siciliani peraltro riconosceva che “il diritto di emigrare e di immigrare non può ritenersi incondizionato” e che “compete allo Stato un diritto di autonomia nel regolare e restringere la libertà individuale, e quindi anche la libertà di emigrare”. Sottolineava pur tuttavia che il divieto di immigrazione “troppo spinto, (...) diviene sinonimo di egoismo nazionale, e porta non solo ad ostacolare l’affratellamento degli Stati (...) ma ad impedire ancora che gli altri Stati, col lavoro e con la virtù dell’esempio, tendano e pervengano al proprio miglioramento morale ed economico”. In altri termini “è opportuno, anzi necessario, che lo Stato intervenga per dirigere l’emigrazione, non già per vietarla”.

Nel passare poi ad esaminare la posizione dell’emigrante, l’analisi di Siciliani sembra ancor più attuale: “vivono molto sovente in luride capanne, prive di qualsiasi conforto, e in aperta violazione di tutte le regole dell’igiene e della morale”, “per trovare collocamenti, spesso cadono nelle reti di agenzie clandestine, che li sfruttano o l’impegnano in contratti leonini”, “essi sono desiderati, ma non amati: sono le bestie da soma a ogni altra proferite, gli sfruttati che devono concorrere all’incremento dei lucri”; “manca loro una sicura difesa contro gli infortuni sul lavoro”, e così via.

La lettura dello scritto di Tommaso Siciliani è oltremodo attuale. Di fronte ad un fenomeno sempre più crescente e che vede l’aspirazione della gente a recarsi in quei Paesi nei quali vi è la prospettiva di una vita migliore, la risposta dello Stato non può essere quella del “respingimento”, ossia del fermare e rinviare i battelli carichi di persone, se mai in fuga dai Paesi dove vi è la guerra. Né tanto meno quella di finanziare i campi di “accoglienza” dei profughi nei Paesi da dove partono gli emigranti e nei quali i più elementari diritti vengono negati. Il dovere di uno Stato moderno e democratico è quello di prestare accoglienza effettiva agli immigranti, perché emigrare è un diritto assoluto che, per ripetere le parole di Tommaso Siciliani, “deriva senza dubbio dal principio di libertà individuale”.

Tommaso Siciliani

*La tutela internazionale della emigrazione\**

Il problema della tutela degli emigranti, oltre ad essere dei più praticamente importanti, in ispecie oggi, di fronte allo spaventoso espandersi dell'emigrazione, è problema universale e complesso.

La complessità è in immediata dipendenza del fondamento economico e giuridico del fenomeno migratorio. Vero è che l'emigrazione ha la base sua prima in una legge e in una necessità economica, sicché il fenomeno solo in via secondaria rientri nel campo del diritto; ma è vero altresì che, in quanto il fenomeno migratorio importa la libera determinazione di volontà, da parte dell'emigrante, di abbandonare il proprio paese, pur conservando con lo stesso quei vincoli che derivano dalla sua nazionalità, mentre altri ne assume in dipendenza del suo stabilirsi in estraneo territorio, la emigrazione ricade nella sfera d'influenza del diritto, in quanto quest'ultimo è chiamato a regolare ogni forma di attività umana esteriore, allo scopo di contenerla nei limiti del rispetto della giustizia, e del mantenimento dell'ordine.

Il che importa la necessità di un intervento giuridico da parte degli organi, ai quali, per sociale destinazione, tale funzione è affidata, al duplice, eminente scopo di provvedere direttamente e simultaneamente alla tutela del diritto ed alla protezione efficace degli interessi degli emigranti, per il conseguimento delle loro finalità.

Il problema, dicevo, è complesso ed universale. Universale, perché il fenomeno migratorio ai nostri giorni è divenuto internazionale: donde la necessità di un valido concorso da parte di tutti gli Stati nella tutela e difesa degli emigranti, sia coi mezzi accordati dal diritto interno di ognuno di essi, sia col crear norme di diritto internazionale, nella forma attualmente possibile, e col darvi esecuzione.

\* Conferenza letta nel salone della Camera di Commercio il 23 maggio 1909, Bari, Stab. Tipografico «Alighieri», Lella e Casini, 1909.

Complesso, perché la necessità della tutela porta ad affrontare gli argomenti più ardui nella scienza e nella politica, specie per quanto attiene ai limiti della sovranità territoriale, ai limiti fra la sfera d'azione dello Stato e quella d'attività individuale; sia infine perché il problema teorico, nella sua attuazione, è tratto ad imbattersi nelle pratiche esigenze determinate dalle speciali condizioni di ogni paese.

E tanto più il problema appare complesso, quanto maggiormente esso si complica col problema demografico e con quello economico, dalla cui risoluzione può dipendere l'accoglimento di un sistema liberale o del sistema mercantile, che pur entrambi ebbero la loro più alta espressione nelle leggi dell'altamente civile popolo inglese.

Il problema della tutela dell'emigrazione non poteva affacciarsi se non col farsi largo del principio della libertà di emigrare, e cioè col principio del secolo XIX. È da allora soltanto, che alle legislazioni si è imposta la necessità precisa di un regolamento giuridico dell'emigrazione.

La prima e più ardua indagine, che si presenta a chi affronta il tema dell'emigrazione dal punto di vista giuridico, è quella relativa al diritto di emigrare. Tale diritto deriva senza dubbio dal principio di libertà individuale; e tutti gli Stati civili, ad eccezione della Russia, ormai ammettono che il diritto di emigrare è diritto assoluto, che trae origine dalle esigenze stesse della umana natura. Come ben disse G.B. Say, non è affatto più giudizioso ritenere gli uomini prigionieri in un paese, di quello che non lo sia volerveli far nascere. Tutte le leggi contro l'emigrazione sono inique: ciascuno ha il diritto di andare a stabilirsi ove crede di star meglio, ed è star meglio il sussistere con minore difficoltà.

Ma il diritto di emigrare e di immigrare non può ritenersi incondizionato. Una tale concezione traviserebbe l'essenza stessa del diritto di libertà, ed annienterebbe le finalità dello Stato. Se per la pacifica ed armonica coesistenza degli interessi di un popolo, sia come unità etnica e sociale, sia in rapporto ai singoli di cui si compone, è indispensabile l'accordo della maggiore libertà di tutti e di ciascuno; se è necessità sociale che l'interesse del singolo ceda di fronte alle esigenze dell'organismo tutto, non può esservi dubbio che compete allo Stato un diritto di autonomia nel regolare e restringere la libertà individuale, e quindi anche la libertà di emigrare; in tutti i casi nei quali l'ammetterla incondizionatamente può recar pregiudizio all'ordine pubblico, o intralciare lo Stato nel raggiungimento degli scopi suoi.

Lo Stato può muoversi da diversi punti di vista nell'interdire o limitare l'emigrazione, secondo i motivi che a ciò lo consigliano. Potrà vietarla allorché essa potesse impedire il mantenimento efficace e permanente dell'organizzazione politica, e lo sviluppo della sua azione. Il diritto alla propria esistenza s'impone allo Stato come all'individuo, e legittima il divieto d'emigrare

in tutti quei casi, nei quali può restarne compromesso. Potrà quindi lo Stato vietare l'emigrazione a chi intenda recarsi all'estero per ivi meglio complotare contro l'organizzazione politica del suo paese; così come potrà vietarla a chi sia tenuto alla prestazione del servizio militare.

E poiché gli Stati devono intendersi uniti in unica famiglia, allo scopo del perfezionamento e della reciproca coesistenza, deve esser lecito ad ognuno di essi di vietare l'emigrazione, quando la stessa debba servire a rendere possibile il compimento di imprese contrarie ai diritti ed agli interessi di altro Stato, sì da compromettere le buone relazioni internazionali, o da infrangere l'ordine sociale universale e la sicurezza generale.

Su questo principio può ben fondarsi il divieto fatto agli anarchici di emigrare, per recarsi lì ove meglio potranno compiere l'opera loro di distruzione.

Il divieto di emigrare può avere a base ragioni di ordine morale, giuridico, igienico ed economico: e qui lo Stato interverrà come tutore supremo e rappresentante degli interessi sociali del proprio popolo, come nel caso che l'emigrazione possa essere fonte di gravi danni all'agricoltura, alle industrie ed al commercio, alterando perciò le condizioni della vita morale e materiale, e compromettendo la ricchezza pubblica del paese.

È segnatamente su questo terreno che più tenace s'impegna la lotta fra individuo e collettività: è qui che sorgono le indagini più delicate sul diritto di limitare l'emigrazione.

Poiché, mentre da un lato, come inevitabile conseguenza del principio di libertà, si afferma il diritto dell'individuo di cercare all'estero i mezzi di sussistenza e di miglioramento, dall'altro s'impongono imperiosi il diritto ed il dovere dello Stato di impedire la rovina dell'organismo cui è proposto. E questo problema non può risolversi con affermazioni assolute, ma deve ridursi ad un accurato studio di politica interna ed economica.

Correlativo al diritto di emigrare è il diritto di immigrazione.

Emigrazione ed immigrazione sono i due termini di un medesimo rapporto. Varia però la indagine fra i due aspetti del fenomeno, per quanto riflette i limiti da opporsi al diritto di immigrazione. Il divieto di immigrazione si giustifica ancor esso col principio che lo Stato, avendo il diritto alla propria esistenza e conservazione, possa legittimamente vietare la intromissione nel proprio territorio di elementi dannosi e perturbatori. Esso, quindi, potrà per ragioni di necessità di ordine pubblico, fondate su esigenze politiche, o per ragioni di ordine sociale, igieniche ed economiche, e di solito per quelle stesse ragioni per le quali può esser interdetta l'emigrazione, vietare l'immigrazione.

In rapporto alle ragioni economiche, il problema assume un aspetto di notevole complessità ed importanza, specie per quanto si attiene al protezionismo del commercio e della mano d'opera nazionale.

In alcuni paesi, come nella Francia, ben fu rilevato il diritto di espulsione è la spada di Damocle sospesa sempre sul capo degli stranieri; così come negli Stati Uniti d'America la legge escludente o limitante l'immigrazione dei cinesi potea dirsi anche diretta contro gli italiani, trattati colà alla stessa stregua dei cinesi e dei negri.

Che il governo di ogni Stato debba provvedere al benessere dei cittadini, non è da mettersi in dubbio; ma non è poi da spingersi questa filantropia nazionale sino ad estremi, che contrastino con i nuovi legami politici, che stringono tutte le nazioni ed affratellano i popoli.

Lo Stato ha sì il dovere di preoccuparsi della miseria e del danno che può arrecare l'immigrazione di individui fisicamente, moralmente, intellettualmente ed economicamente inferiori ai propri cittadini; di impedire che aumentino le sofferenze di coloro che abitano sul suo territorio; ma troppo spinto, tal dovere diviene sinonimo di egoismo nazionale, e porta non solo ad ostacolare l'affratellamento degli Stati, verso cui si procede a grandi passi, ma ad impedire ancora che gli altri Stati, col lavoro e con la virtù dell'esempio, tendano e pervengano al proprio miglioramento morale ed economico. Né la cura di un governo deve limitarsi alla vita presente di un popolo; ma è necessario che miri alle future generazioni, che dall'immigrazione e dall'aumento della mano d'opera trarranno vantaggio nelle arti, nelle industrie e nel commercio, mercé lo sfruttamento attuale dell'abilità, dell'attitudine e dell'energia delle masse emigranti.

Così lo Stato non deve eccedere nel divieto d'immigrazione a carico dei condannati stranieri. La civiltà esige che non si bolli col marchio dell'infamia colui che, condannato, scontò con lo strazio e con la vergogna la pena inflitta; che non si faccia a costui sorbire lentamente il veleno dell'odio sociale; ma vuole invece che lo si richiami nel consorzio civile, parlandogli il linguaggio della virtù e dell'amore.

Che si sia rigidi con i condannati per i reati comuni, e non per tutti, è legittimo. Ma non deve ritenersi altrettanto in rapporto ai condannati per reati politici, non connessi ai reati comuni, sia per il dubbio – cui maestrevolmente accennò il Carrara – se tali fatti siano o non punibili, sia perché coloro che se ne rendono colpevoli, non cercano altro territorio se non quello più corrispondente ai loro ideali: quello sul quale meglio poter svolgere le proprie tendenze.

Né può ritenersi giustificato, da ultimo, il divieto d'immigrazione a quelle persone che giungessero nel territorio di emigrazione sornite di risorse, od a coloro che vi giungano con un contratto di lavoro conchiuso all'estero. Il primo divieto porta ad escludere quasi tutti gli emigranti, come coloro che a mala pena, e con gravi sacrifici, nell'abbandonare il paese d'origine, potettero fornirsi del costo del viaggio e di pochi spiccioli, che non giungono certo a formare la *scorta* voluta dalla legge del territorio ove dovrebbero recarsi. Non

giova distinguere, a tal riguardo, com'ebbe a proporre (ma la proposta non fu accettata) l'Olivi nella sessione di Copenaghen dell'Istituto di diritto internazionale, nel senso che tal divieto possa apportarsi nel caso di emigranti in massa, e non in quello di individui che giungano alla spicciolata; sia perché si obbligherebbero gli emigranti a ricorrere alla frode, sia perché non vi è ragione di distinguere.

La politica, i rapporti diplomatici fra gli Stati, l'armonia internazionale, nelle sue forme molteplici, sapranno regolare e temperare il diritto di divieto, e stabilire il minimo turbamento sociale, che valga a giustificare l'interdizione dell'emigrazione.

Il principio generale, però, dovrà sempre esser dato dalla libertà di emigrare e di immigrare; la eccezione dai limiti e dal divieto. E nei casi dubbi, allorché vi sarà equilibrio fra i motivi posti a base del diritto e quelli che possano legittimarne il divieto, converrà favorire l'emigrazione e l'immigrazione, perché rappresentano la regola, in conformità dell'umana natura.

E da ultimo, se debbon trionfare i motivi del divieto, a garanzia degli altri Stati, tutori dei diritti dei loro cittadini, è indispensabile che tal divieto venga sanzionato alla stregua delle norme prescritte dal diritto pubblico interno dello Stato che lo emana, che sia debitamente pubblicato, e reso noto, senza ritardo, per via diplomatica, agli Stati interessati, così come si fa ed avviene per il blocco marittimo in tempo di guerra.

Riassumendo su questo punto, e prescindendo da qualsiasi indagine di diritto comparato, per la quale non è qui la sede, può dirsi: è opportuno, anzi necessario, che lo Stato intervenga per dirigere l'emigrazione, non già per vietarla; e che il suo intervento si compia sovra tutto per la protezione degli emigranti, in partenza, durante il viaggio per mare, e più ancora nei luoghi di destinazione. La Svizzera, la quale ha riconosciuto i vantaggi che l'emigrazione produce ai suoi cittadini, ha preso, in quest'ordine d'idee, delle misure che possono venir citate come modello. Ed altrettanto può dirsi, ad un dipresso, del Belgio, dell'Inghilterra, della Germania, dell'Olanda, e persino della Spagna.

Come ben disse l'onorevole Ellena, nell'aureo scritto *sull'emigrazione e le sue leggi*, concedere libertà all'emigrazione non vuol dire togliere allo Stato ogni ingerenza sopra di essa; che anzi è questo uno dei soggetti, in cui l'azione del governo, più che un diritto, diventa un dovere, soprattutto per reprimere gli abusi degli incettatori, per far sì che il trasporto marittimo sia compiuto in modo umano e con patti equi; ponendo in grado coloro che si decidono ad emigrare, di conoscere se sia prudente o meno il partito che abbracciano; ed in particolar modo è ufficio e dovere dello Stato di mantenere e restringere i vincoli che gli emigranti legano alla madre patria, conservandone il carattere ed il sentimento della nazionalità, perché l'emigrato non sia perduto per la sua terra d'origine.

Ed è così che entriamo nella seconda parte del nostro tema: quali sono le misure da accogliersi per la protezione dei diritti e degli interessi degli emigranti e degli immigranti?

L'obbligo dell'intervento dello Stato, sia considerato a sé, sia in relazione con gli altri Stati, in questa sfera, si presenta da un duplice aspetto.

Lo Stato, come organismo politico, ha la missione di salvaguardare i principii essenziali della giustizia e del diritto; come organismo sociale, è tenuto a provvedere a tutte le esigenze della vita, alle quali l'iniziativa privata, abbandonata a sé sola, non sarebbe in grado di soddisfare. Di qui la necessità di una serie di norme, che in parte rientrino nell'ambito del diritto internazionale vero e proprio, sancite nella forma legislativa internazionale oggidì più perfetta, le convenzioni diplomatiche; ed in parte siano inserite, come diritto uniforme, nelle leggi e nei regolamenti dei singoli Stati, pur restando nelle legislazioni particolari la imprescindibile varietà di norme speciali.

Può esser dato a noi, in una rapida e sommaria esposizione, e su un tema di tanta importanza da richiedere lunghe e pazienti indagini, di attendere all'esame delle norme generali a proporsi ed alla valutazione dei processi, che possano sembrare più adatti a soddisfare le esigenze reali della vita, in rapporto al fenomeno migratorio dell'epoca nostra?

Non dirò della condizione pietosa e dello stato di derelizione delle famiglie degli emigrati. La speranza di subiti lucri spinge l'emigrante a disfarsi dei suoi poveri mezzi, lo trascina per plaghe ignote, fors'anche a spezzarvi, inconsapevole, i vincoli più sacri dell'amore e della virtù. Egli parte, ma mentre dal cassero di uno dei grandi carni umani, che trasportano gli emigranti nell'aurea terra promessa, straziato contempla le ultime linee dell'italico suolo, che sempre più svaniscono all'orizzonte, non pensa se al ritorno ritroverà la purezza della casetta sua; o se non anche il misterioso annunzio del disonore subito non gli farà risolcare, con l'inferno nell'anima, le procellose vie dell'oceano, sitibondo di sangue e di vendetta?

Non dirò dello spirito di corruzione, che molte volte, come conseguenza della miseria, getta lo sfacelo nelle famiglie derelitte; non dirò neanche del delitto che assai spesso interviene a celare nel suo manto tenebroso gli effetti dell'abbandono e la ribellione di carni frementi. Non vi è chi non veda, per lo spettacolo che ogni dì ne offrono le nostre aule di giustizia, come tutto ciò sia inevitabile prodotto del fenomeno migratorio.

Dirò soltanto delle condizioni della gran massa dei nostri emigrati all'estero, e specie dell'emigrazione agricola nel mezzogiorno d'America, che seguitano ad essere finanziariamente depresse, e socialmente poco elevate. Nel Brasile, ad esempio, in gran parte occupato dalle *fazende* di caffè, i gravami ipotecari, la crescente scarsità della mano d'opera agricola e la crisi rendono più che mai pietosa la condizione dei coloni. Il colono deve diffidare delle tante promesse, che talora fanno i *fazendeiros* per procurarsi braccia, che la-

vorino le loro piantagioni. Non di rado tali promesse sono in pratica ampiamente sconfessate dalle multe, dall'obbligo del colono di fornirsi di quanto gli abbisogna presso la *venda* padronale, e dall'imposizione di prestazioni d'opera, alle quali il colono non sarebbe tenuto né per contratto, né per consuetudine. Assai spesso i coloni che si licenziano sono tratti contro la loro volontà nelle *fazendas* con i più svariati artifici, e specialmente con ingiustificati ritardi nei pagamenti e con multe esorbitanti; quand'anche non s'incorra nei veri e propri sequestri di persona.

Nel 1907, per soli tre mesi, furono presentati al consolato generale di S. Paolo dei reclami per mercedi non pagate ammontanti alla somma di L. 280.000; ed è a ritenersi, avuto riguardo all'analfabetismo dei coloni, alla rigida disciplina della *fazenda*, alle distanze e alle difficoltà delle comunicazioni, che i detti reclami non riflettano se non una piccola parte delle mercedi non pagate, sicché il colono in *fazenda* trovasi gravemente esposto al pericolo di perdere il frutto del suo lavoro, anche perché, a prescindere dalla diversità delle lingue e dei costumi, le procedure giudiziarie sono costosissime.

Occorrerebbe, pertanto, una completa legislazione sul lavoro, perché si possano ritenere sufficientemente tutelati i diritti dei nostri emigrati, e in particolar modo quelli dei coloni; così come occorrerebbe elevarne lo spirito di socialità, promovendo l'idea della cooperazione, del mutuo soccorso ed istituendo dei ricreatorii.

I coloni specialmente, ed in talune regioni americane in modo spaventevole, sono vittime di infinite malattie, la più diffusa delle quali è il tracoma, che nei climi tropicali porta inesorabilmente alla cecità coloro che ne sono colpiti; e che col suo diffondersi, dato il notevole numero dei rimpatrianti, costituisce un serio pericolo anche per il paese di origine. Per curarsi da questi mali gli emigranti non hanno né ambulatorii, né cliniche chirurgiche, per cui son tratti a profondo malessere ed a sicura miseria.

Essi vivono molto sovente in luride capanne, prive di qualsiasi conforto, ed in aperta violazione di tutte le regole dell'igiene e della morale.

Ed è così che l'emigrante spesso perda anche il senso del decoro, e che in lui si affievolisca il legame di famiglia.

Raccolti in meschinissimi ricoveri di legno, appena coperti di carta di catrame, o in vagoni merci ferroviari adibiti a capanne, in otto o dieci per ogni ambiente riscaldato da stufe asfissianti, e comunque esposti al rigore delle stagioni, perdono il primitivo vigore, e vanno incontro a seri malanni, per poi ritornare nel proprio paese anche privi dell'energia fisica, che è la loro unica ricchezza.

Per trovare collocamento, spesso cadono nelle reti di agenzie clandestine, che li sfruttano o l'impegnano in contratti leonini. Non di rado restano vittime del linciaggio, dovuto prevalentemente alla lotta contro la concorrenza della mano d'opera straniera.

La condizione sociale degli emigrati è quasi sempre penosa. Essi sono desiderati, ma non amati: sono le bestie da soma a ogni altra proferite, gli sfruttati che devono concorrere all'incremento dei lucri.

Manca loro una sicura difesa contro gl'infortuni sul lavoro, che sono numerosi in modo spaventevole, fino al segno che, come fu detto da uno scrittore americano, negli Stati Uniti corre più rischio di morire per morte violenta un impiegato ferroviario che non un assassino.

In molti paesi la legislazione operaia è quasi inesistente; o non è quasi mai applicata, per timore di danneggiare le grandi compagnie che arricchiscono il paese, a favore di gente che abita o tornerà ad abitare in paese straniero.

Né sono sufficientemente garentiti contro le frodi ed i fallimenti delle Banche, con le quali molti poveri emigrati veggono scomparire in un momento solo i risparmi sudati di lunghi anni di lavoro.

Le condizioni morali ed intellettuali degli emigrati non possono neanche esse non preoccupare. Sono frequenti i casi di emigrati che vivono alle spese dei loro connazionali, prestando loro dei piccoli servigi, per i quali esigono compensi esorbitanti. Come osservò l'ing. Coletti in una sua relazione, del lato buono della grande vita americana i nostri emigrati e coloni vedono assai poco: dei lati cattivi vedono anche troppo, e imparano presto a profittarne a danno dei loro connazionali, nuovi al paese e più ignoranti.

Sono frequenti i reati di sangue, per cui ingiustamente gli americani attribuiscono ai nostri connazionali il *record* della criminalità.

A lungo andare, gli emigrati finiscono per dimenticare anche la lingua del paese di origine; ed i genitori poco si curano di far imparare l'italiano ai loro figli, perché, come dicono, l'italiano non porta moneta.

Con la lontananza – l'abbiamo già detto – si diradano i vincoli di famiglia: se molti fanno delle rimesse di danaro, molti altri, dopo pochi anni di America, abbandonano le famiglie nelle miserie, e contraggono perfino nuove nozze. Le autorità locali indagano poco se un individuo, che vuol prender moglie in America, abbia o no un'altra moglie in Italia!

Anche l'alcoolismo prende grande sviluppo fra gli emigrati, e molti spesso spendono, in una serata sola, alla bettola tutti i risparmi di giornate, ed anche di settimane di lavoro.

E quel ch'è peggio, è che gli effetti morali dell'emigrazione non si limitano a coloro che restano in America, ma sono eventualmente introdotti in Italia, con i rimpatriati; e tanto la rilassatezza nei legami di famiglia, che l'alcoolismo, abitudini aliene alla nostra popolazione rurale, cominciano a propagarsi in tutte le provincie di molta emigrazione, così come avviene con le malattie contratte dagli emigrati.

L'emigrato spesso è costretto a pentirsi amaramente di esser partito, ed anela allora il ritorno alla terra che ha abbandonato – dove oggi un'altra Ame-

rica si schiude, – e dove, nell'ansia dell'amore, lo attendono la famigliuola delusa ed i ricordi dell'età più bella.

Questi i mali. Ma quali i rimedi?

Accenneremo soltanto.

È indispensabile, innanzi tutto, che gli Stati garentiscano gli emigranti contro tutti i danni derivanti dall'essere ingannati sulla situazione vera e reale delle cose nel paese d'immigrazione. In tale inganno suol consumarsi una delle forme più brutali di sfruttamento, dalla quale l'emigrante, più che da ogni altra, dev'essere difeso, perché non abbandoni la terra natale, per andare incontro ad una condizione assai peggiore.

È questa una delle forme della tratta dei bianchi, di cui, purtroppo, ancora oggi, e chi sa per quanto tempo ancora, dovrà prender nota la storia della umanità. Gli sciagurati, che l'infame inganno trae su ingrattissimo, estraneo suolo, con l'anima aperta alle più care speranze, giunti al luogo di destinazione, trovansi esposti ad ogni specie di eccessi e di maltrattamenti da parte dei loro padroni o preposti, lungi dalle città, in deserte lande, e quindi nella impossibilità financo di ricorrere alle autorità. Essi, che non hanno conoscenza dei luoghi, degli abitanti, della lingua, dei costumi, sono costretti a prestar comunque l'opera loro, anche alle condizioni più irrisorie, pur di procurarsi quanto di più indispensabile alla vita.

Ad evitare tali nefandezze, gli Stati devono validamente concorrere: sia ostacolando il propagarsi di false informazioni, sia divulgando per proprio conto notizie precise circa i luoghi d'emigrazione, sia infine, e soprattutto, punendo severamente chiunque, direttamente o indirettamente, divulghi notizie false sulle regioni di emigrazione, a scopo interessato.

Dovrebbero altresì gli Stati stabilire, sul proprio territorio ed all'estero, ove più occorresse, un regolare servizio di informazioni, incaricato di fornire le opportune notizie, nell'interesse degli emigranti, ed accessibile gratuitamente a tutti, senza distinzione di nazionalità.

Così come sarà utile, specie negli Stati ove l'emigrazione ha notevole sviluppo, l'istituzione di un ufficio centrale di emigrazione, incaricato di disporre tutte le necessarie misure regolamentari e di controllo, sì da rendere armonica ed unitaria l'azione di tutela nell'interno dello Stato.

Ancora più lo Stato dovrà invigilare sulle persone o società addette ad operazioni di emigrazione a fine di speculazione, ed in ispecie sugli agenti di emigrazione, oggidì diffusi per ogni plaga.

Per buona fortuna, ormai può dirsi che non vi sia più legislazione, la quale ometta di occuparsi di questo argomento importantissimo.

E specie in Italia la necessità di invigilare gli agenti di emigrazione si rilevò ben presto, e così impellente, nonostante la legge del 1888 sull'emigrazione, che si pensò perfino di decretare la abolizione delle agenzie.

È indispensabile che le operazioni di impegno e di trasporto degli emigranti siano assunte con l'autorizzazione del governo del paese nel quale le medesime dovranno compiersi, e che gli agenti si trovino in condizioni di capacità e moralità, ed offrano garanzie, anche economiche, tali da bene affidare della rarità degli abusi.

Deve agli emigranti essere assicurata la piena libertà d'impegnarsi nel contratto di emigrazione. Il contratto occorre che sia redatto in forma scritta, e sottoposto al controllo di determinate autorità che possano valutarne la efficacia e la portata. E perchè questo controllo non riesca in nessun modo gravoso agli emigranti, ed anzi sia dagli stessi desiderato, la formalità dovrà essere assolutamente gratuita.

Dovrà il prezzo del nolo essere stabilito in una somma di danaro, da pagarsi per intero prima della partenza e non mai in una prestazione personale, sotto pena di nullità; e dovrà integralmente essere restituito allorchè per forza maggiore, o circostanze nuove sopraggiunte alla conclusione del contratto, l'emigrante non potrà intraprendere il viaggio.

Né con minore intensità dovrà esplicarsi la vigilanza dello Stato per quanto riflette le condizioni dei mezzi di trasporto, e specie marittimi: sicurezza, igienicità, rapidità, vitto, esigenze morali, onde evitare i molteplici sconci che si verificano nella stivatura della merce umana.

Occorrerà provvedere – per la maggior completezza della tutela – alla risoluzione dei conflitti fra emigranti ed agenti di emigrazione; stabilire, perchè meglio possa spiegarsi l'opera efficace dei consoli ed agenti consolari all'estero, all'arrivo degli emigranti un servizio diretto ed immediato di comunicazioni fra l'ufficio centrale e le autorità marittime del luogo di partenza e gli uffici consolari; dovrebbero i diversi uffici centrali di emigrazione poter comunicare liberamente e direttamente fra loro, senza intralci burocratici o diplomatici.

E di grande utilità riuscirebbe la istituzione di un ufficio internazionale, così come se ne hanno esempi in materia di poste e telegrafi, di ferrovie, di protezione della proprietà letteraria, artistica ed industriale.

Che se, poi, com'è ad augurarsi per la felicità delle umane genti affaticate, potrà pervenirsi ad un periodo di relativa perfezione nel campo delle relazioni giuridiche internazionali, per cui sia dato giungere alla formazione di un diritto uniforme, regolatore della società degli Stati, il problema della tutela dell'emigrazione potrà in buona parte avviarsi alla soluzione.

Fino a quando, però, non si sarà pervenuti a tal grado di evoluzione, occorrerà più che mai provocare ed agevolare la conclusione di trattati particolari fra singoli Stati, almeno come mezzo di transizione.

La legislazione interna degli Stati potrà completare l'opera doverosa.

Ed è gloria per noi – lasciate ch'io dia sfogo a questo profondo, ma le-

gittimo sentimento di orgoglio, – educati come siamo alla nobile tradizione del diritto, vantare una legge, come quella del 31 gennaio 1901, che ben fu detta fra le migliori del mondo.

Grandi passi, invero, si sono fatti con la costituzione del *Commissariato dell'emigrazione*, sorretto dal *Consiglio dell'emigrazione*, con la soppressione degli agenti di emigrazione, sostituendoli con le *rappresentanze di vettori*, con l'esercitare il controllo sui prezzi dei noli fissati dai vettori su le diverse linee e per ciascun piroscavo, con la istituzione della *Commissione permanente di vigilanza sul fondo per l'emigrazione, dei Comitati comunali e mandamentali, degli Ispettorati dell'emigrazione, e delle Commissioni incaricate della visita ai piroscavi*, con le disposizioni relative al rilascio gratuito dei passaporti ai lavoratori, e dei libretti di lavoro ai minori degli anni 15 e maggiori degli anni 9.

Ma perché lo scopo nobilissimo sia raggiunto, ancora molto rimane da fare.

A prescindere dalle difficoltà pratiche di attuazione, ognora inevitabili, e dalle indagini sul fondamento giuridico delle varie disposizioni, che a molte critiche ed appunti ha dato luogo, trovo più che mai giuste le espressioni del Nitti: «Questa legge – egli considera – unica della legislazione italiana, si basa sopra una controprestazione, su un principio di diritto finanziario ignoto quasi alle nostre leggi in materia di servizi pubblici di ordine generale.

Mentre a tutto si provvede con i proventi della imposta, cioè con quelle contribuzioni di carattere generale, date per servizi pubblici indivisibili di utilità generale, per questo servizio, che è destinato alla grande massa dei lavoratori, si volle che ogni emigrante, che s'imbarca per le terre transatlantiche, paghi otto lire per ottenere la protezione dello Stato. Questa imposta speciale di otto lire entra in realtà nel prezzo del nolo. Il vettore, però, paga solo in apparenza; ma per ripercussione è il contadino emigrante che contribuisce. Questo principio non lodevole nel nostro diritto, quantunque altri Stati, come l'Ungheria, abbiano voluto imitarlo, è anche ingiusto. Quando, infatti, si provvede al miglioramento delle razze equine con i proventi delle imposte generali, non è giustificata una imposta speciale per dare sicurezza a povere masse di contadini!».

Inoltre le spese per l'emigrazione gravano sul *fondo dell'emigrazione*. E poiché i tre quarti della emigrazione transatlantica sono dati dall'Italia meridionale, mentre dal settentrione si svolge l'emigrazione temporanea pei paesi europei, così i 2/3 del fondo dell'emigrazione vengono spremuti dal sudore, dalla miseria e dalle sofferenze dei contadini del mezzogiorno, e con tale reddito vien fatto fronte a tutte le spese, anche a favore di quelli che passano e ritornano al di qua delle Alpi, senza nulla soffrire e quasi nulla arrischiare.

E per di più, a carico dei poveri cenci che si imbarcano, provenienti dal-

l'Italia meridionale, viene compiuto un lucroso risparmio. Sono, infatti, oltre 12 milioni che il Commissariato è riuscito ad ammassare dal 1901 ad oggi, sul suo bilancio, risparmiando in media 1 milione e 200 mila lire ogni anno, che secondo lo spirito della legge dovrebbero essere spese a miglioramento ed a beneficio della classe, cui quei milioni appartengono, cioè degli emigranti che si imbarcano per paesi di oltre oceano!

Un cenno ancora su una istituzione altamente sociale ed umanitaria, che la pietà e l'amore han posto a sollievo e tutela degli emigranti. Parlo delle società private di *patronato* degli emigranti.

I patronati sono sorti da qualche anno negli stati europei più interessati al movimento migratorio, privi di qualsiasi carattere ufficiale, ma composti soltanto di uomini di cuore e di buona volontà, che s'occupano gratuitamente della protezione degli interessi morali e materiali degli emigranti. Niun fine di speculazione accompagna la loro attività; essi non servono o meno a favorire l'emigrazione, né si prestano a beneficio di agenti di emigrazione o di società di sfruttatori.

La loro azione consiste nel consigliare, nel proteggere, nell'aiutare sia nel luogo di partenza, sia durante il viaggio per mare, sia nel luogo di arrivo. Quale e quanta sia l'opera e l'utilità dei patronati c'informano le relazioni consolari e degli ispettori viaggianti per l'emigrazione.

Lo Stato ha il dovere e l'interesse di proteggere l'esistenza di fatto di queste società, e di agevolarle nel compimento dell'opera loro.

Ma più di tutto è con la migliore educazione ed istruzione della masse che si potrà garantire e tutelare la emigrazione. La mancanza di educazione rende l'emigrato facile preda degli sfruttatori, inetto alla cooperazione, proclive al delitto, né gli consente di far uso dell'aiuto dei consoli o di seguirne i consigli.

L'emigrato dev'esser messo in grado di aiutar sé stesso; ed a tal fine, a mio avviso, gioverebbe anche vietar di emigrare a chi ancora non ha prestato il servizio militare, il che impedirebbe l'emigrazione ai ragazzi, e metterebbe l'emigrato in miglior condizione di affrontare la lotta per l'esistenza, perché più disciplinato, più svelto, meno rozzo ed ignorante.

Ma se un desiderio, e un voto, mi fosse dato di formulare, quello soltanto è che, con lo sviluppo della civiltà, delle industrie, dei commerci, con l'incremento della ricchezza nazionale, sian migliorate le condizioni delle masse, agevolate le imprese e l'economia della terra nostra, sicché la folla dei capitalisti delle braccia non abbia ognora a subire l'acre desio di più agiata fortuna, e dedicando se stessa al lavoro in patria, ne ottenga quel premio che ad ogni fatica è doverosa mercede.



# Recensioni



Ugo Villani

# Istituzioni di Diritto dell'Unione europea

Bari, Cacucci, 2010, II ed. riveduta e aggiornata, pp. 1-420



Il manuale di Ugo Villani è stato aggiornato in una seconda edizione che inaugura la Collana di questa *Rivista* e costituisce una reale revisione, come si evince dalla prefazione e come si desume da una lettura spedita. Tale revisione, imposta dalle modifiche derivanti dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona avvenuta il 1° dicembre 2009, fa sì, tra l'altro, che il volume risulti ora formato da 9 – anziché da 10 – capitoli: l'eliminazione della ripartizione in tre pilastri ha consentito all'autore di non procedere all'esame delle norme sulla politica estera e la sicurezza comune (PESC) e delle norme sulla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale in un apposito capitolo, ma di trattare di volta in volta le relative discipline in base all'argomento esaminato. Ciò però non ha impedito di evidenziare, sin dalle prime pagine, che, nonostante l'abolizione formale dei pilastri, la disciplina della PESC continua ad essere sottoposta a regole specifiche contrassegnate dal carattere intergovernativo (p. 24).

I pregi da noi riscontrati nella recensione alla prima edizione (pubblicata in questa *Rivista*, 2008, p. 451 ss.) si ritrovano tutti anche in questa: completezza, chiarezza espositiva e carattere aggiornato. Il c.d. diritto materiale, ancorché non trattato, è portato *naturaliter* a conoscenza del lettore, che è posto nella migliore condizione per proseguire lo studio o l'approfondimento di questo o quel settore (per es. libertà fondamentali, politica di concorrenza, cooperazione giudiziaria in materia civile). I brani delle sentenze della Corte di giustizia, accuratamente selezionati e debitamente evidenziati, consentono, secondo l'intento già espresso dall'autore nella Prefazione alla prima edizione, di “presentare il diritto dell'Unione nella sua realtà vivente”.

Le novità derivanti dall'istituzione dell'Unione europea (che “sostituisce e succede alla Comunità europea” ai sensi dell'art. 1, par. 3 TUE) – sono tutte segnalate ed attentamente esaminate nel manuale: per esempio, l'abolizione dell'articolazione in pilastri unitamente al mantenimento di regole ispirate al metodo intergovernativo nella PESC di cui si è già detto, la nuova struttura istituzionale (Presidente dell'Unione europea, Alto Rappresentante dell'Unione per

gli affari esteri e la politica di sicurezza), il carattere obbligatorio della Carta dei diritti fondamentali e l'*opting out* di Regno Unito, Polonia e Repubblica Ceca, la clausola di adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, l'espressa previsione e distinzione delle competenze esclusive, concorrenti e di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri, la possibilità di una revisione dei Trattati tesa a ridurre le competenze dell'Unione nonostante la possibile presenza in quel determinato settore di un *acquis* comunitario.

Ci sembrano particolarmente interessanti le considerazioni di Ugo Villani in ordine alla *vexata quaestio* del *deficit* democratico nell'Unione e del suo eventuale superamento attraverso le novità introdotte dal Trattato di Lisbona: l'autore sostiene, del tutto condivisibilmente, che nonostante il notevole passo avanti costituito dall'aumento dei poteri del Parlamento europeo mediante l'applicazione quasi generale del procedimento di codecisione, un *deficit* democratico continua a sussistere nell'ordinamento dell'Unione soprattutto per la presenza del Consiglio europeo – ora inserito all'interno del quadro istituzionale dell'Unione (art. 13 TUE) – rispetto al quale “non può tacersi (...) che esso ha determinato una erosione dei poteri di tutte le istituzioni europee, ad esso, in fatto, politicamente subordinate” ossia Consiglio e Commissione (p. 139) nonché per la previsione dell'adozione di regolamenti da parte della BCE senza alcun intervento del Parlamento europeo (p. 181) e per l'assenza di un potere di iniziativa del Parlamento europeo o dei singoli deputati nell'adozione di atti dell'Unione (p. 127).

Inoltre, nella trattazione relativa ai rapporti tra Corte di giustizia e Corte costituzionale italiana, meritano di essere segnalate le prese di posizione – opportunamente riportate da Ugo Villani – di quest'ultima in ordine al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia (sentenza del 15 aprile 2008 n. 102 e ordinanza n. 103, depositata nella medesima data, sulla compatibilità con il diritto comunitario delle c.d. tasse sul lusso in Sardegna) e in ordine al rapporto di priorità della pregiudiziale comunitaria sulla questione di legittimità costituzionale (sentenza 13 luglio 2007 n. 284, preceduta dall'ordinanza 28 dicembre 2006 n. 454 e da altre precedenti brevissime affermazioni della Corte per la cui lettura sia consentito rinviare alla nostra recente raccolta *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale ed europea 2000-2009*, III, Napoli, 2010, p. 541 ss. in specie p. 542 e p. 589 alla nota 6).

La seconda edizione riveduta e aggiornata del manuale, nuovamente dedicata al perenne ricordo dell'insegnamento di Francesco Capotorti e Vincenzo Starace, è dunque a disposizione sia degli studenti che si accostano per la prima volta al diritto dell'Unione europea sia degli studiosi e operatori, che pressati dalla necessità di dovere procedere anche essi a un continuo aggiornamento, possono ancora una volta trovare quanto di meglio la dottrina italiana ha saputo esprimere nello studio e nella diffusione di questa materia.

Andrea Cannone

Claudio Zanghì

# Istituzioni di diritto dell'Unione europea

Torino, Giappichelli, 2010, V ed., pp. XXIV-456



Questo Manuale ha il pregio di mettere a disposizione del pubblico italiano e più particolarmente degli studenti una esauriente presentazione sistematica della parte generale del diritto dell'integrazione europea tempestivamente aggiornata agli sviluppi determinatisi con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Esso si caratterizza, innanzitutto, per l'attenzione che dedica alla ricostruzione dei difficili compromessi che sono stati necessari per pervenire alla firma di detto Trattato, alla sua approvazione da parte dei 27 Stati membri e al deposito dei relativi strumenti di ratifica. In tutto il suo svolgimento si preoccupa di evidenziare quanto detti compromessi – frutto di una conciliazione, oltre che tra diverse tradizioni culturali, tra una scelta politica degli Stati membri di fare funzionare un'Unione rilevantemente allargata e il loro desiderio di salvaguardare il più possibile la propria sovranità – trovino puntuale manifestazione in numerose sue specifiche disposizioni. E poi per il fatto che, trattando ciascuno dei temi oggetto del Trattato di Lisbona, non trascura di illustrare il processo storico attraverso il quale si è pervenuti alla sua disciplina, il che certamente offre elementi utili ad una migliore sua comprensione. Questo approccio è specialmente seguito nella presentazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dell'Unione economica e monetaria, della cooperazione rafforzata e del Sistema di Schengen.

Particolarmente curata e approfondita è la parte, contenuta nel capitolo IV, dedicata ai diritti fondamentali dell'Unione. L'esperienza dell'autore in materia di diritti dell'uomo l'ha portato, innanzitutto, ad includere nelle pagine dedicate all'argomento interessanti confronti tra la giurisprudenza ad esso relativa della Corte di giustizia e quella della Corte di Strasburgo e osservazioni sull'incidenza concreta avuta da questa su quella; poi, ad analizzare dettagliatamente la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione per considerare il suo rapporto con la Convenzione; e, infine, ad affrontare i problemi dell'adesione dell'Unione a quest'ultima. A quest'ultimo riguardo l'autore evidenzia specificamente che la “duplicità della giurisdizione” in materia di ricorsi individuali contro atti comunitari di cui si lamenta la contrarietà con i diritti fondamentali potrebbe determinare conflitti interpretativi tra le due Corti; sottolinea però come questi conflitti potranno essere limitati dal fatto che a) l'art. 6 TUE attribuisce alla Carta valore identico ai Trattati e stabilisce che le disposizioni della stessa devono essere interpretate tenendo in

debito conto le “spiegazioni” che l’accompagnano e b) il suo art. 52 precisa che un rilevante numero di tali disposizioni “hanno significato e portata identici” ai corrispondenti articoli della CEDU e un’altra serie di esse hanno significato identico e una “portata più ampia”.

Pure attentamente dettagliata è poi la trattazione, contenuta nel capitolo VI, dedicato alle competenze dell’Unione e alla loro coesistenza con le competenze che restano agli Stati membri. L’autore, tra l’altro, dopo aver messo in evidenza il significato politico del fatto che il Trattato di Lisbona per la prima volta prevede espressamente una procedura per la riduzione delle competenze dell’Unione, fornisce una propria interpretazione del passaggio di competenze degli Stati all’Unione: a suo avviso le competenze dell’Unione possono considerarsi “trasferite” da ciascuno degli Stati membri, nella misura in cui si riferiscono alla stessa materia già disciplinata sul piano statale, ma sono altresì “create” in ragione del fatto che risultano diverse per estensione territoriale (si applicano all’intera Unione e non al singolo Stato) e per valore (gli atti su tali presupposti adottati prevalgono sul diritto nazionale). Egli non prende, invece, posizione sul problema della determinazione dei soggetti legittimati ad agire in giudizio contro l’esercizio di una competenza concorrente comunitaria che possa pretendersi avvenuto in contrasto con il principio di sussidiarietà; si limita ad evidenziare che la Corte di giustizia non potrà esimersi dallo stabilire se l’art. 8 del Protocollo relativo a tale principio, prevedendo espressamente al riguardo una legittimazione degli Stati membri e del Comitato delle regioni (quest’ultimo con riferimento ad atti legislativi per l’adozione dei quali sia richiesta la sua consultazione) a presentare ricorsi secondo le modalità previste dall’art. 263 TFUE, lasci o meno sussistere la legittimazione a esperirli anche agli altri soggetti che pretendessero desumere direttamente da questa disposizione un’identica legittimazione.

Un’ulteriore caratteristica di questo Manuale merita infine di essere segnalata. Esso si differenzia rispetto a tutti quelli apparsi negli ultimi mesi per l’ampia trattazione che dedica alla politica estera e di sicurezza comune. Sempre collocando le novità di Lisbona nel contesto dello sviluppo storico della disciplina della materia, da un lato evidenzia il superamento della precedente distinzione tra il ruolo del Consiglio europeo e quello della cooperazione sistematica fra gli Stati a cui esse danno luogo attribuendo al Consiglio e al Consiglio europeo – e quindi all’Unione – una competenza in tutti i settori della politica estera e di sicurezza comune comprendente pure la definizione progressiva di una politica di difesa comune che può condurre ad una difesa comune; d’altro lato sottolinea il tentativo, realizzato da dette novità, di superare la regola dell’unanimità, tipica della cooperazione intergovernativa propria della tradizione della PESC, attraverso l’istituto dell’astensione costruttiva e l’introduzione a certi effetti di decisioni a maggioranza qualificata.

Per le ragioni di cui sopra questo Manuale sarà particolarmente utile non solo per l’illustrazione degli aspetti istituzionali del diritto dell’Unione europea ma anche per l’analisi che contiene dello sviluppo storico e politico attraverso cui quest’ultima ha raggiunto le sue attuali caratteristiche.

Paolo Mengozzi

Ugo Draetta, Nicoletta Parisi (a cura di)

# Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale

Milano, Giuffrè, 2010, III ed., pp. XXXIII-387



La terza edizione del volume curato da Ugo Draetta e Nicoletta Parisi si presenta profondamente rinnovata rispetto a quelle precedenti. Ciò è a dirsi riguardo ai contenuti, modificati alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e dei numerosi cambiamenti da questo prodotti, sotto il profilo terminologico, della numerazione degli articoli e della disciplina di numerosi settori. Ma il volume risulta modificato anche nella sua struttura, poiché, come rilevano i due curatori nella Prefazione alla nuova edizione, si è voluto "trasfondere nella struttura del volume ciò che emerge dall'architettura voluta dal Trattato di Lisbona". Questa scelta appare invero opportuna, in una prospettiva di coerenza con le scelte operate dagli Stati membri nel momento in cui hanno deciso di modificare i Trattati e in modo da trasmettere ai lettori – studenti, ma non solo – in modo trasparente l'intento di accompagnarli nel comprendere il percorso tracciato dagli Stati membri.

In particolare, la struttura del volume segue assai da vicino l'ordine degli obiettivi che l'Unione europea persegue, posti dall'art. 3 TUE: spazio di libertà sicurezza e giustizia (par. 2); mercato interno (par. 3, 1° comma); politica sociale (par. 3, 2° comma); unione economica e monetaria (par. 4); PESC e PESD (par. 5). Il volume comprende sette capitoli, ognuno dei quali è preceduto da una bibliografia tematica; una bibliografia generale è invece posta all'inizio del volume, mentre in chiusura dello stesso è collocato un corposo elenco dei documenti citati, opportunamente suddiviso in giurisprudenza, atti e altre norme internazionali. Anche opportuna risulta la scelta di legare la Parte speciale sul diritto dell'Unione europea ad una Parte istituzionale, in questo caso quella dello stesso Ugo Draetta, la cui quinta edizione è stata pubblicata nel 2009 dalla Giuffrè.

Il capitolo I del volume è dedicato allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed è scritto da Dino Rinoldi. Si tratta di un settore che racchiude una serie di tematiche, molte delle quali di stringente attualità per l'Unione e i suoi Stati

membri: controlli alle frontiere, asilo e immigrazione, cooperazione in materia civile, cooperazione di polizia e doganale, armonizzazione nel settore del diritto penale e processuale penale. È un settore che, negli ultimi anni, ha conosciuto una forte espansione a livello di Unione europea, come testimonia la circostanza, rilevata da Dino Rinoldi, che nell'art. 3 TUE il mercato interno "cede il passo" allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, a testimoniare una scelta non meramente formale, ma anzi fortemente simbolica. Ed è un settore in cui l'Unione è chiamata a compiere scelte non semplici. Allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è dedicato il titolo V della parte III del TFUE, comprendente gli articoli da 67 a 89 e vi è anche un'ampia produzione normativa di secondo grado, di cui l'autore dà ampiamente conto. Non è possibile soffermarsi sui numerosi aspetti di interesse, ma, anche in prospettiva, risultano assai interessanti le considerazioni dell'autore sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia quale potenziale base sociale per uno spazio costituzionale europeo, in uno con quelle dedicate al ruolo della Corte di giustizia in questo ambito a seguito del venir meno della suddivisione dell'UE in pilastri.

Oggetto del capitolo II sono il mercato interno e la politica commerciale comune. In ragione dell'ampio tema trattato, questo risulta essere il capitolo più lungo dell'opera in commento ed è redatto da Enrica Adobati, Gabriele Capecchi, Nicoletta Parisi, Andrea Santini e Maria Cristina Statella. Rispetto alla seconda edizione, datata 2003, quella che commentiamo contiene un utile aggiornamento ai principali atti normativi di diritto derivato, come ad esempio la direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (di cui si occupa anche Rinoldi nel capitolo I) e, ancor più, la direttiva 2006/123/CE in materia di servizi. Un dato di riferimento costante e spesso utilizzato è la giurisprudenza della Corte di giustizia, che come noto ha fornito un contributo decisivo per la definizione e l'applicazione del diritto dell'Unione europea nei settori oggetto di questo capitolo.

Ricco di riferimenti giurisprudenziali e aggiornato alla normativa più recente è anche il capitolo III, opera di Mauro Megliani, che è dedicato alla politica di concorrenza. Si segnalano, in particolare, l'analisi svolta con riferimento ad atti normativi che riguardano i differenti ambiti di operatività della politica di concorrenza dell'Unione europea: il regolamento (CE) n. 139/2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, il regolamento (CE) n. 1998/2006, sull'applicazione degli articoli del Trattato (oggi del TFUE) in materia di aiuti d'importanza minore (c.d. *de minimis*), e il regolamento (CE) n. 800/2008, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune. Si deve a Megliani anche il capitolo V, che ha ad oggetto la politica agricola comune e che, seppur sintetico, dà conto anche delle principali innovazioni che tale politica ha conosciuto negli ultimi anni, in particolare con la riforma dei fondi strutturali ad essa connessi, operata con il regolamento (CE) n. 1290/2005, e con la valorizzazione e il sostegno allo sviluppo rurale, oggetto del regolamento (CE) n. 1698/2005.

Il capitolo IV, di Andrea Santini, è invece relativo alla politica sociale e dell'occupazione. Si tratta di settori in cui solo negli ultimi decenni si è avuto un coinvolgimento dell'Unione europea, pur se in modo parziale e utilizzando prevalentemente lo strumento della direttiva, in ragione delle differenze, talora assai marcate, che emergono dai sistemi nazionali dei 27 Stati membri. Ciò è a dirsi in specie per la politica sociale e trova manifestazione, come indicato dall'autore, nell'opposizione di taluni Stati all'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proprio con riferimento al suo titolo IV, dedicato alla Solidarietà (cfr. il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito). L'autore dedica attenzione anche ad una delle principali novità del Trattato di Lisbona, consistente nel riconoscimento e nella promozione del ruolo delle parti sociali a livello UE, operato dall'art. 152 TFUE. Inoltre, richiama la giurisprudenza europea che ha, in linea di principio, messo sullo stesso piano le libertà economiche fondamentali e i diritti sociali, salvo a far prevalere le prime sui secondi (si tratta dei "famigerati" casi *Viking* e *Laval*, su cui la Corte si è pronunciata nel dicembre 2007).

Il capitolo VI del volume ha ad oggetto la politica economica e monetaria ed è opera di Marinella Fumagalli Meraviglia, che svolge un'analisi dedicata sia ai profili istituzionali di tale politica, sia agli strumenti che la caratterizzano. Si tratta, con tutta evidenza, di una politica tanto più necessaria in una fase di grave crisi economica e finanziaria come quella attuale. Tra gli aspetti più significativi di questo capitolo si segnalano l'esame delle modifiche al Patto di stabilità e crescita e la valutazione dell'UEM come elemento di una *membership* differenziata dell'UE al fine di perseguire, più in generale, una integrazione flessibile.

Il capitolo VII, che è anche l'ultimo del volume, è scritto da Maria Gisella Garbagnati Ketvel e ha riguardo alla PESC e alla PESD. È una parte che si pone quale utile completamento del quadro delle relazioni esterne dell'Unione europea, alle quali, con riferimento agli altri settori in cui si articola il volume, è dedicata una specifica trattazione nell'ambito dei rispettivi capitoli, già menzionanti. Il contributo della Garbagnati Ketvel dopo aver considerato i principi generali in questa materia, passa a considerare gli aspetti istituzionali e di contenuto della PESC, inclusi gli accordi internazionali stipulati in quest'ambito, per dedicarsi infine alla PESD, divenuta con Lisbona politica di sicurezza e difesa comune (PSDC). L'autrice dedica particolare attenzione al profilo operativo dell'Unione in tale ambito, vale a dire alle sempre più numerose operazioni di gestione delle crisi da questa condotte, e considera ruolo e competenze delle molteplici strutture preposte al funzionamento della PSDC. In ultimo, è dedicata una riflessione alla cooperazione rafforzata, con riferimento alla PESC e alla PSDC, e alla cooperazione strutturata permanente, con specifico riferimento alla PSDC: si tratta di strumenti preziosi in settori come quelli in esame, considerata la rilevanza degli stessi e le differenze che, con riferimento ad essi, vi sono tra gli Stati membri dell'UE.

In ultima analisi, il volume in commento si pone quale sicuro strumento di informazione e di approfondimento sulle principali politiche dell'Unione europea alla luce delle modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona. L'impegno

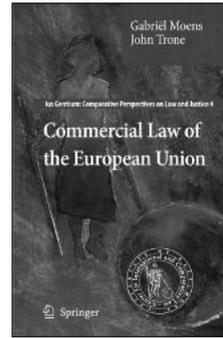
di procedere con una nuova edizione va certamente apprezzato, ancor più per la tempestività con cui un'opera collettanea siffatta è stata organizzata e realizzata, a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore di quel Trattato. Si tratta di un pregio e di un valore aggiunto del volume curato da Ugo Draetta e Nicoletta Parisi, che potrà essere utile per tutti coloro che studiano o comunque "utilizzano" il diritto dell'Unione europea.

Ivan Ingravallo

Gabriël Moens, John Trone

# Commercial Law of the European Union

Heidelberg, Springer, 2010, pp. XXXI-486



Tra le novità editoriali degli ultimi mesi merita di essere segnalato il manuale di Gabriel Moens e di John Trone. Il prof. Moens, in particolare, è esperto di diritto europeo e di diritto del commercio internazionale e svolge la propria attività presso l'Università di Murdoch (Perth, Australia); esercita inoltre l'attività di arbitro in varie sedi istituzionali e private.

Benché il lavoro contenga anche un'estesa disamina degli aspetti istituzionali dell'integrazione europea, esso è dedicato, in via principale, al diritto materiale.

Il testo si compone di tredici capitoli. Il primo, nonché l'undicesimo e il dodicesimo (rispettivamente, pp. 1-38; 337-366; 367-396) sono dedicati agli aspetti istituzionali: in tale ambito, ed anche nella prospettiva di un utilizzo professionale del volume, un'attenzione meticolosa è dedicata alla Corte di giustizia e all'efficacia del diritto europeo all'interno degli ordinamenti nazionali.

Gli ulteriori capitoli concernono sia il funzionamento del mercato interno, sia gli aspetti giuridici delle relazioni internazionali dell'Unione europea. A tale ultimo importante settore del sistema giuridico europeo sono dedicati il quinto e l'ultimo capitolo (rispettivamente, pp. 149-182; 397-422), che hanno ad oggetto tanto la politica commerciale, quanto le relazioni tra l'Unione europea e l'Organizzazione mondiale del commercio. In tale ambito, gli autori analizzano, seppur in maniera sintetica, l'intera disciplina delle relazioni esterne dell'Unione europea, nonché quella dei principali strumenti commerciali internazionali, che risultano in vigore per la maggior parte degli Stati membri.

La disamina del funzionamento del mercato interno è particolarmente completa, aggiornata ed esaustiva. Essa non si limita, infatti, all'esame delle consuete libertà comunitarie, ma si estende anche alle principali politiche europee e all'incidenza che, sul funzionamento del mercato interno, esercitano i principali strumenti necessari per l'evoluzione di un'economia di mercato, quali, in particolare, i diritti di proprietà intellettuale (capitolo ottavo, pp. 247-258). Con specifico riferimento, per l'appunto, alla disciplina della proprietà intellettuale, gli autori svolgono un'analisi particolarmente attenta non solo ai profili relativi

all'incidenza dei vari diritti di proprietà intellettuale sulla libera circolazione delle merci, ma anche all'esame al rapporto tra norme costitutive dei vari diritti proprietari e disciplina della concorrenza: quest'ultimo aspetto, come si sa, rappresenta un tema particolarmente complesso, che ha costituito l'oggetto, sia in Italia sia all'estero, di una copiosa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Ogni capitolo risulta particolarmente ricco di riferimenti normativi e giurisprudenziali ed è, inoltre, corredato, di un'apposita ed aggiornata appendice bibliografica (con riferimento ai testi in lingua inglese).

Nell'ambito dei vari capitoli sono esaminati, nel dettaglio, i principali strumenti di diritto derivato, che attengono allo sviluppo delle diverse libertà e delle principali politiche europee. Si può senz'altro dire che il libro di Moens e di Trone rappresenti un primo strumento per le ricerche in ogni ambito del diritto materiale dell'Unione europea. In un certo senso, allorché l'interprete si trovi ad affrontare un tema pratico nell'applicazione del diritto europeo, trova certamente vantaggio nell'iniziare l'analisi proprio dal manuale oggetto di questa recensione, perché trova in esso condensati e descritti i principali riferimenti normativi e giurisprudenziali.

Il libro si indirizza sia a studenti universitari (è normalmente adottato nell'ambito dei corsi di diritto dell'Unione europea di varie università di Paesi di *common law*), sia a pratici del settore.

Dal momento che esso è stato elaborato da studiosi che si trovano in Paesi non facenti parte dell'Unione europea (benché, leggendolo, non si percepisca affatto tale caratteristica come un limite), esso consente inoltre di apprezzare, con vasti ed estesi riferimenti, il punto di vista di giuristi "esterni".

Il volume è particolarmente apprezzabile sia per la sua sinteticità (l'analisi di un così vasto materiale normativo e giurisprudenziale è contenuta in sole quattrocentocinquanta pagine), sia per la sua completezza, sia, infine, per la sua idoneità a costituire una fonte informativa particolarmente completa ed aggiornata: esso può, infatti, essere impiegato per individuare le fonti normative e giurisprudenziali più recenti su ogni argomento di diritto materiale.

Esso, infine, si segnala all'attenzione dello studioso e dell'interprete, perché, secondo un'attitudine forse inconsueta nella manualistica in lingua italiana, ha ad oggetto anche settori meno conosciuti dalla dottrina internazionalistica; i quali rivestono, tuttavia, un'indubbia importanza dal punto di vista pratico, quali, ad esempio, la regolamentazione degli appalti e l'analisi della politica sociale dell'Unione europea.

Il testo procede all'esame del materiale secondo una prospettiva pratica; l'analisi è poi ulteriormente arricchita da completi ed esaustivi riferimenti giurisprudenziali. Queste caratteristiche, che come è noto sono solitamente molto apprezzate nei Paesi anglofoni, lo rendono uno strumento di agile e rapida consultazione anche per il giurista di formazione continentale, sia in una prospettiva accademica, sia nello svolgimento di un'attività professionale che, oggi, non può non confrontarsi costantemente con le tematiche del diritto europeo.

Gianluca Contaldi

Piero Pennetta

# Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti

Bari, Cacucci, 2009, pp. XVI-251



In questo volume l'autore fornisce un ulteriore e approfondito contributo allo studio dei profili giuridici della cooperazione regionale e delle organizzazioni regionali di integrazione economica, che costituiscono invero alcuni dei temi di indagine su cui egli si è maggiormente soffermato negli ultimi anni (come testimoniano, tra gli altri, i suoi precedenti volumi *Le organizzazioni internazionali dei Paesi in via di sviluppo. Volume primo. Le organizzazioni economiche regionali africane*, Bari, Cacucci, 1998, e *Il regionalismo multipolare asiatico: contributo al diritto della cooperazione istituzionalizzata fra Stati*, Torino, Giappichelli, 2003). Più in particolare, nel volume in esame, l'autore effettua, in una prima parte, composta dai capitoli I e II, "un'analisi comparata del diritto dell'integrazione in Europa ed in America Latina e nei Caraibi" (p. 3) e, in una seconda parte, costituita dal capitolo III, uno studio sulle relazioni dell'Unione europea con Stati e organizzazioni sub-regionali dell'America centrale, dei Caraibi e dell'America meridionale.

Nella parte dedicata alla comparazione, egli si sofferma, preliminarmente, sul fenomeno della proliferazione di organizzazioni internazionali regionali, distinguendo tra organizzazioni di cooperazione ("ove prevale o tende a prevalere la sovranità statale") e organizzazioni di integrazione ("ove prevalgono, tendono ovvero aspirano a prevalere le funzioni dell'organizzazione", p. 31). Quindi, egli, dopo aver precisato che il secondo modello di organizzazioni finisce "tradizionalmente per coincidere con l'esperienza comunitaria europea" (p. 34), analizza brevemente le peculiarità del processo di integrazione europeo. Ciò soprattutto al fine di poter confrontare gli aspetti salienti di quest'ultimo con ciascuna delle organizzazioni regionali latino-americane e caraibiche che esamina nel capitolo II, approfondendone i profili istituzionali, classificando le tipologie di atti da esse adottabili e illustrandone gli sviluppi del diritto materiale.

Tra le organizzazioni sub-regionali del nuovo continente, l'autore ritiene che la Comunità andina, "direttamente ispirata al modello comunitario europeo" (p. 151), possa essere qualificata, almeno dal punto di vista istituzionale, come una organizzazione di integrazione. Egli perviene a tale conclusione in base ad uno studio della architettura istituzionale, delle competenze attribuite al Tribunale di giustizia della Comunità andina e della sua "ricca e articolata giurisprudenza" (p. 162), nonché del sistema delle fonti e, in particolare, degli atti di diritto derivato. Peraltro, l'autore precisa che, nell'ambito della Comunità andina, "nonostante la raffinata struttura istituzionale, dal punto di vista sostanziale, i risultati non sempre sono stati soddisfacenti, con la conseguenza che, più volte ed anche di recente, il processo è stato sottoposto ad una valutazione critica nel tentativo di definire obiettivi meno ambiziosi e realisticamente perseguibili" (p. 166) e che, poiché tra gli Stati membri manca un forte consenso al processo di integrazione (p. 163), forse sono stati "ottimisticamente accelerati i tempi" di quest'ultimo "ovverosia forzate le fasi dello sviluppo" (p. 8).

Con riferimento alle altre esperienze sub-regionali, l'autore sottolinea come l'accennata loro proliferazione, che comporta che più organizzazioni convivano "nella medesima area geografica con competenze sostanzialmente simili e con una partecipazione soggettiva sovente identica" (p. 55), non sia da valutare del tutto positivamente. Egli esprime dubbi sull'utilità di concretare recenti ulteriori iniziative come, ad esempio, quella volta alla realizzazione della Unión de Naciones Suramericanas (p. 66; per delle analoghe considerazioni critiche si veda R. S. PIANA, *¿UNASUR u otro intento fallido? Sobre las políticas de (no) integración en Sudamérica*, in questa Rivista, 2009, p. 369 ss.).

Sempre in linea generale, l'autore ritiene che nell'ambito delle organizzazioni regionali latino-americane e caraibiche il processo di integrazione tenda a realizzarsi soprattutto con una cooperazione "a più velocità" o "a geometria variabile" (p. 58). In proposito si può forse osservare che anche in organizzazioni regionali di altri continenti si conoscono esperienze di integrazione flessibile o differenziata. Nel parere del 24 aprile 2009, n. 1/2008 (consultabile *on line* all'indirizzo [www.eacj.org](http://www.eacj.org)), la Corte di giustizia della Comunità dell'Africa orientale, dopo aver tratto dalla prassi di altre organizzazioni regionali, inclusa quella della CE/UE, alcuni esempi di integrazione differenziata, ha asserito che nell'ambito della Comunità dell'Africa orientale "the principle of variable geometry can comfortably apply, and was intended to guide the integration process". È vero peraltro, come osserva l'autore, che quantomeno nel Sistema di integrazione centroamericano (SICA) e, con riferimento alla cosiddetta *original jurisdiction* della Corte caraibica di giustizia, nella Comunità dei caraibi, si assiste addirittura alla affermazione di forme di "geografia variabile istituzionale". Infatti, ad esempio nell'ambito del SICA, si prevede "la possibilità per gli Stati di liberamente sottoscrivere i singoli protocolli relativi anche alla disciplina istituzionale di base" (p. 137).

L'autore mette in luce altre caratteristiche della cooperazione, su cui in definitiva si reggono quasi tutte le organizzazioni sub-regionali latinoamericane e dei Caraibi (si vedano ad esempio le considerazioni sul principio della "vigenza

*simultánea*” relativo al recepimento degli atti di diritto derivato negli Stati membri del Mercosur, pp. 83-86). A tale riguardo, egli ritiene che nell’area geografica esaminata una delle principali ragioni della istituzione di organizzazioni di cooperazione in luogo di organizzazioni di integrazione, come l’attuale UE (che i Paesi latino-americani e caraibici tendono comunque ad imitare e nei confronti della quale manifesterebbero anzi “un sentimento di ammirazione”, p. 173), consista nella “incapacità degli Stati di compiere scelte univoche ed irreversibili, pur in presenza di una vivacissima ansia integrazionista”. Ciò contribuirebbe a spiegare “il carattere instabile e precario con il quale si sono sinora realizzate le integrazioni latino-americane e caraibiche. Invero, non sembra ancora pienamente acquisita, in primo luogo nei governi e nei parlamenti ma anche nella società civile e nel mondo imprenditoriale l’irreversibilità dell’integrazione” (p. 238).

L’assenza di una condivisione di fondo sui processi di integrazione si riflette per l’autore anche sui rapporti che alcuni Stati e organizzazioni sub-regionali latino-americane e caraibiche tendono a instaurare con l’Unione europea, ma che sono contestati da altri Stati dell’area. Come si è accennato, i profili giuridici di tali rapporti sono oggetto di studio del capitolo III del volume.

Le osservazioni che precedono mettono in luce che il volume, che si segnala anche per la ricchezza delle fonti bibliografiche e documentarie citate, propone numerosi e interessanti spunti di riflessione sul diritto comparato delle organizzazioni regionali di integrazione economica e sugli altri temi oggetto dell’approfondita indagine.

Roberto Virzo



# Libri ricevuti

G. Alpa, S. Amorosino, A. Antonucci, G. Conte, M. Pellegrini, M. Sepe, V. Troiano (a cura di), *Scritti in onore di Francesco Capriglione. Le regole del mercato finanziario*, Padova, CEDAM, 2010, 2 voll., pp. XIV-1242.

T. Ballarino, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, CEDAM, 2010, IX ed., pp. XVI-447.

M. C. Baruffi (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, CEDAM, 2010, pp. IX-182 ss.

A. Cannone, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale ed europea 2001-2009*, III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. XCV-1053.

S. M. Carbone, *Principio di effettività e diritto comunitario*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 100.

S. M. Carbone, *Conflicts de lois en droit maritime*, Nijhoff, Leiden-Boston, 2010, pp. 308.

S. M. Carbone, L. Schiano di Pepe, *Conflitti di sovranità e di leggi nei traffici marittimi tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. XIV-190.

M. Cermel (a cura di), *Le minoranze etnico-linguistiche in Europa tra stato nazionale e cittadinanza democratica*, Padova, CEDAM, 2009, pp. XIX-366.

L. Chieffi (a cura di), *Il processo di integrazione europea tra crisi di identità e prospettive di ripresa*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 476.

B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, VIII ed., pp. XX-465.

L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale – Ordinamento – Sistema giurisdizionale – Competenze*, Milano, Giuffrè, 2010, IV ed., pp. XXVI-446.

- S. de Bellis (a cura di), *Studi sui diritti umani*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 287.
- R. De Mucci (a cura di), *Election day. Votare tutti e tutto fa bene alla democrazia?*, Roma, LUISS University Press, 2010, pp. 293.
- A. Di Blase, *Guida alla giurisprudenza italiana e comunitaria di diritto internazionale privato*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, II ed., pp. XX-625.
- A. Di Stasi, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il "sistema" europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, II ed., pp. XX-336.
- C. Di Stasio, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XXII-650.
- D. Diverio, *Gli aiuti di Stato al trasporto aereo e alle banche. Dalla crisi di settore alla crisi di sistema*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XVI-327.
- U. Draetta, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, Giuffrè, 2010, III ed., pp. XXI-188.
- U. Draetta, N. Parisi (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Milano, Giuffrè, 2010, III ed., pp. XXXIII-387.
- A. R. Gurrieri, M. Lorizio, C. Novi (a cura di), *L'ascesa delle economie emergenti. Implicazioni economiche e giuridiche*, Milano, Franco Angeli, 2010, pp. 388.
- C. Honorati, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. VII-380.
- O. Lopes Pegna, *I procedimenti relativi all'efficacia delle decisioni straniere in materia civile*, Padova, CEDAM, 2009, pp. 313.
- P. Mori, *Rapporti tra fonti nel diritto dell'Unione europea. Il diritto primario*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. IX-300.
- F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, I, Torino, UTET, 2010, V ed., pp. XVIII-540.
- B. Nascimbene, *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, IPSOA, 2010, pp. XV-323.
- F. Niglia, *Fattore Bonn. La diplomazia italiana e la Germania di Adenauer (1945-1963)*, Firenze, Le Lettere, 2010, pp. 187.

A. Oddenino, E. Ruozi, A. Viterbo, F. Costamagna, L. Mola, L. Poli (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario. Atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, pp. VIII-330.

V. Possenti (a cura di), *Diritti umani e libertà religiosa*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, pp. 313.

I. Pretelli, *Garanzie del credito e conflitti di leggi. Lo statuto dell'azione revocatoria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. XVIII-411.

C. Risi (a cura di), *L'azione esterna dell'Unione Europa dopo Lisbona*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, III ed., pp. XVI-264.

F. Salerno (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, CEDAM, 2010, pp. XV-389.

L. Sico (a cura di), *Oltre Montego Bay: verso il controllo degli spazi marini adiacenti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. X-357.

G. Spera, *Il regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. X-340.

G. Strozzi (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, Giappichelli, 2010, III ed., pp. XIII-499.

E. Triggiani (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 624.

E. Triggiani (a cura di), *L'attuazione del Trattato di Lisbona. Principi e riflessi economico-finanziari, Atti del Convegno (Taranto, 7 ottobre 2009)*, Levante, Bari, 2010, pp. 255.

M. L. Tufano (a cura di), *Le zone di pesca: regime, strutture, funzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 261.

U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2010, II ed. riveduta e aggiornata, pp. XVII-422.

G. Ziccardi Capaldo, *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XXIV-733.



# Elenco delle abbreviazioni

*AJCL* – The American Journal of Comparative Law  
*BBT* – Banca, borsa e titoli di credito  
*Boll. CE* – Bollettino dell'attività delle Comunità europee  
*CDE* – Cahiers de droit européen  
*CI* – La Comunità Internazionale  
*CML Rev.* – Common Market Law Review  
*Columbia JEL* – The Columbia Journal of European Law  
*DCSI* – Diritto comunitario e degli scambi internazionali  
*Dir. pen. proc.* – Diritto penale e processo  
*DPCE* – Diritto pubblico comparato ed europeo  
*DUE* – Il Diritto dell'Unione Europea  
*ECLR* – European Competition Law Review  
*EDP* – Europa e diritto privato  
*EFA Rev.* – European Foreign Affairs Review  
*EJIL* – European Journal of International Law  
*ELF* – European Legal Forum: Forum iuris communis Europae  
*ELR* – European Law Review  
*EL Reporter* – European Law Reporter  
*EuConst* – European Constitutional Law Review  
*EuZW* – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht  
*Fordham ILJ* – Fordham International Law Journal  
*Foro it.* – Il foro italiano  
*Giur. comm.* – Giurisprudenza commerciale  
*GLJ* – German Law Journal  
*GUCE* – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee  
*GURI* – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana  
*GUUE* – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea  
*ICLQ* – The International and Comparative Law Quarterly  
*IO* – International Organization  
*JDI* – Journal du droit international

*JPIL* – Journal of Private International Law  
*J. trib.* – Journal des tribunaux  
*Jus* – Jus: rivista di scienze giuridiche  
*JWT* – Journal of World Trade  
*LIEI* – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)  
*Maastricht JECL* – Maastricht Journal of European and Comparative Law  
*Northwestern JILB* – Northwestern Journal of International Law and Business  
*RabelsZ* – Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht  
*Raccolta* – Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale dell’Unione europea  
*RCADI* – Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye  
*RDE* – Rivista di diritto europeo  
*RDI* – Rivista di diritto internazionale  
*RDIPP* – Rivista di diritto internazionale privato e processuale  
*RDUE* – Revue du droit de l’Union européenne  
*REDE* – Revista española de derecho europeo  
*Rev. cr. DIP* – Revue critique de droit international privé  
*RGDIP* – Revue générale de droit international public  
*RIDPC* – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario  
*Riv. dir. cost.* – Rivista di diritto costituzionale  
*Riv. dir. ind.* – Rivista di diritto industriale  
*Riv. dir. proc.* – Rivista di diritto processuale  
*Riv. dir. sport.* – Rivista di diritto sportivo  
*Riv. trim. dir. proc. civ.* – Rivista trimestrale di diritto e procedura civile  
*RMCUE* – Revue du marché commun et de l’Union européenne  
*RMUE* – Revue du marché unique européen  
*RTDE* – Revue trimestrielle de droit européen  
*St. S.* – Studi senesi  
*YPIL* – Yearbook of Private International Law

# Indice degli autori



Ugo VILLANI

ordinario di Diritto internazionale nella LUISS “Guido Carli” di Roma

Sergio M. CARBONE

ordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Genova

Saverio DE BELLIS

straordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi del Salento

Ornella PORCHIA

straordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Torino

Roberta BOGNI

traduttrice specializzata, collabora con l’Istituto di Scienze giuridiche dell’informazione e della comunicazione “A. Migliazza” dello IULM di Milano

Fabio RASPADORI

associato di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Perugia

Francesca MARTINES

associato di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Pisa

Donatella DEL VESCOVO

ricercatore di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di “Roma TRE”

Giuseppe TRISORIO LIUZZI

ordinario di Diritto processuale civile nell’Università degli studi di Bari “Aldo Moro”





# Indice del volume V (2010)

**ARTICOLI**

Roberta BOGNI The Role of Eurobarometer Surveys in the Communication Policy of the European Union	653
Susanna CAFARO L'Unione per il Mediterraneo	105
Giandonato CAGGIANO La riforma del regime delle radiofrequenze nel quadro delle comu- nicazioni elettroniche	79
Sergio M. CARBONE Lo sport ed il diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona	597
Sergio M. CARBONE, Chiara TUO Gli strumenti di diritto dell'Unione europea in materia di famiglia e il Trattato di Lisbona	301
Javier CARRASCOSA GONZÁLES, Francesco SEATZU La legge applicabile alla separazione personale dei coniugi ed al divorzio nella proposta di regolamento "Roma III"	49
Giovanni CELLAMARE Gli accordi di riammissione dell'Unione europea	369
Saverio DE BELLIS L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona	609
Andrea DE GUTTRY Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta	325
Fabio FERRARO Risarcimento dei danni e aiuti di Stato alle imprese: recenti sviluppi	129
Marc JAEGER Garantire una giustizia di qualità: bilanci e prospettive a 20 anni dall'entrata in funzione del Tribunale	281
Maria Rosaria MAURO Accordi internazionali sugli investimenti e Unione europea	403
Francesco MUNARI Controllo dei flussi migratori tra obblighi dell'Unione europea e rapporti bilaterali dell'Italia	351

Rossana PALLADINO L'“autonomia” del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona	149
Ornella PORCHIA La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze	631
Ennio TRIGGIANI Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona	9
Ugo VILLANI Il ruolo della prestazione caratteristica dalla Convenzione di Roma al regolamento “Roma I” sulla legge applicabile ai contratti	577
James D. WILETS The Thin Line between International Law and Federalism: A Comparative Legal and Historical Perspective on US Federalism and European Union Law	35
<b>NOTE E COMMENTI</b>	
Ilaria CASU L'informazione ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione europea	177
Donatella DEL VESCOVO Evoluzione dell'articolo 54 della Convenzione di Schengen nell'Unione europea	717
Emanuele FEOLA Il Protocollo n. 14 <i>bis</i> alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali	207
Alessia MARI Le Sezioni Unite si pronunciano sulla natura della responsabilità dello Stato per mancata o tardiva trasposizione di una direttiva comunitaria non <i>self-executing</i>	225
Francesca MARTINES Norme sull'origine dei prodotti e applicazione territoriale dell'Accordo di Associazione con Israele al vaglio della Corte di giustizia	691
Denise MILIZIA A Linguistic Investigation of the Lisbon Treaty	455

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

Fabio RASPADORI  
 La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei 675

## CONVEGNI E DIBATTITI

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

Alessandra LANG  
 La politica di allargamento dell'Unione europea 477

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

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

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

## MEMORIE

Giuseppe TRISORIO LIUZZI  
 Il fenomeno emigrazione nel pensiero di Tommaso Siciliani, giurista degli inizi del secolo scorso 749

presentazione a:  
 Tommaso SICILIANI  
 La tutela internazionale della emigrazione 751

## RECENSIONI

Angela DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, Cacucci, 2009 (U. Villani) 247

Ugo DRAETTA, Nicoletta PARISI (a cura di), <i>Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale</i> , Milano, Giuffrè, 2010, III ed. (I. Ingravallo)	769
Pietro GARGIULO, Maria Chiara VITUCCI (a cura di), <i>La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (E. Nalin)	251
Pieralberto MENGOZZI, <i>Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea</i> , Padova, CEDAM, 2010 (U. Draetta)	547
Gabriël MOENS, John TRONE, <i>Commercial Law of the European Union</i> , Heidelberg, Springer, 2010 (G. Contaldi)	773
Piero PENNETTA, <i>Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti</i> , Bari, Cacucci, 2009 (R. Virzo)	775
Ugo VILLANI, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2010, II ed. (A. Cannone)	765
Claudio ZANGHÌ, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Torino, Giappichelli, 2010, V ed. (P. Mengozzi)	767
Libri ricevuti	257, 551, 779
Elenchi delle abbreviazioni	259, 553, 783
Indici degli autori	261, 555, 785





# Index of Volume V (2010)

**ARTICLES**

- Roberta BOGNI  
The Role of Eurobarometer Surveys in the Communication Policy  
of the European Union 653
- Susanna CAFARO  
The Union for the Mediterranean 105
- Giandonato CAGGIANO  
The Reform of Radio Spectrum Regime Related to Broadcasting  
Services 79
- Sergio M. CARBONE  
EU Law and Sport after Lisbon Treaty 597
- Sergio M. CARBONE, Chiara TUO  
The EU Instruments in the Field of Family Law and the Lisbon  
Treaty 301
- Javier CARRASCOSA GONZÁLES, Francesco SEATZU  
The Law Applicable to Divorce and Judicial Separations under the  
“Rome III” Proposal 49
- Giovanni CELLAMARE  
EU’s Readmission Agreements 369
- Saverio DE BELLIS  
The New Role of National Parliaments in the European Union 609
- Andrea DE GUTTRY  
Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some  
Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta 325
- Fabio FERRARO  
Compensation for Damage and State Aids to Undertakings: Recent  
Developments 129
- Marc JAEGER  
Guaranteeing the Quality of Justice: Assessments and Outlooks  
Twenty Years after the Establishment of the General Court 281
- Maria Rosaria MAURO  
International Investment Agreements and the European Union 403
- Francesco MUNARI  
Italian Control of Migratory Fluxes between EU Obligations and  
Bilateral Relationships with Third Countries 351

Rossana PALLADINO The “Autonomy” of Social Dialogue in the Treaty of Lisbon	149
Ornella PORCHIA Subsidiarity through Competences’ Re-Organization? The Reform Treaty and the Distribution of Competences	631
Ennio TRIGGIANI Political Interinstitutional Balance after the Reform Treaty	9
Ugo VILLANI The Role of the Characteristic Performance from the Rome Convention to the “Rome I” Regulation on the Law Applicable to Contracts	577
James D. WILETS The Thin Line between International Law and Federalism: A Comparative Legal and Historical Perspective on US Federalism and European Union Law	35
<b>NOTES AND COMMENTS</b>	
Ilaria CASU Environmental Information in International and European Union Law	177
Donatella DEL VESCOVO Development of Article 54 of the Schengen Convention in the European Union	717
Emanuele FEOLA Protocol No. 14 <i>bis</i> to the Convention on the Protection on Human Rights and Fundamental Freedoms	207
Alessia MARI The Plenary Session of the Italian “ <i>Corte di cassazione</i> ” Gives a Statement on the Nature of the Liability of the State for a Tardy or Absent Transposition of non- <i>self-executing</i> EC Directive	225
Francesca MARTINES Rules of Origin and Territorial Application of the Association Agreement between the EU and Israel	691
Denise MILIZIA A Linguistic Investigation of the Lisbon Treaty	455

- Anna ORIOLO  
Digital Heritage: International Guidelines and EU Strategies on the  
Access, Dissemination and Preservation of Scientific Information  
and Cultural Resources in the Digital Age 433
- Fabio RASPADORI  
Participative Democracy and the European Citizens' Initiative 675

## CONFERENCES & DEBATES

- The EU Enlargement to the Balkans  
(University of Udine, 3 July 2009)
- Alessandra LANG  
EU's Enlargement Policy 477
- Lara APPICCIAFUOCO  
The EU and Democratic Conditionality in the Relationships with  
the Western Balkans 492
- Jens WOELK  
Constitutional Transition of Bosnia-Herzegovina: From Dayton to  
Bruxelles 509
- Ivan INGRAVALLO  
Kosovo in Trouble: From the UN Administration to a Credible  
European Perspective? 528

## MEMORIES

- Giuseppe TRISORIO LIUZZI  
Tommaso Siciliani's Thinking on Migration in the Early Twentieth  
Century 749
- introduction to:  
Tommaso SICILIANI  
La tutela internazionale della emigrazione 751

## BOOK REVIEWS

- Angela DEL VECCHIO, *I tribunali internazionali tra globalizzazione  
e localismi*, Bari, Cacucci, 2009 (U. Villani) 247
- Ugo DRAETTA, Nicoletta PARISI (a cura di), *Elementi di diritto  
dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Milano,  
Giuffrè, 2010, III ed. (I. Ingravallo) 769

Pietro GARGIULO, Maria Chiara VITUCCI (a cura di), <i>La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (E. Nalin)	251
Pieralberto MENGOZZI, <i>Il principio personalista nel diritto dell'Unione Europea</i> , Padova, CEDAM, 2010 (U. Draetta)	547
Gabriël MOENS, John TRONE, <i>Commercial Law of the European Union</i> , Heidelberg, Springer, 2010 (G. Contaldi)	773
Piero PENNETTA, <i>Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti</i> , Bari, Cacucci, 2009 (R. Virzo)	775
Ugo VILLANI, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2010, II ed. (A. Cannone)	765
Claudio ZANGHÌ, <i>Istituzioni di Diritto dell'Unione europea</i> , Torino, Giappichelli, 2010, V ed. (P. Mengozzi)	767
Books received	257, 551, 779
Tables of abbreviations	259, 553, 783
Lists of contributors	261, 555, 785



# Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale.

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

**Onofrio Introna**  
*Presidente del Consiglio Regionale della Puglia*

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



# TECA DEL MEDITERRANEO

Teca del Mediterraneo, il cui motto è “la conoscenza accresce le capacità”, è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale, organizza ogni anno un workshop sulla professione bibliotecaria e un meeting dei bibliotecari dei Paesi del Mediterraneo.

Teca del Mediterraneo svolge cooperazione interbibliotecaria con vari organismi: ACNP, NILDE, ESSPER, MAICR-Meta Opac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni, SBN.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l'OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all'indirizzo [www.bcr.puglia.it](http://www.bcr.puglia.it).

L'indirizzo mail è [biblioteca@bcr.puglia.it](mailto:biblioteca@bcr.puglia.it).

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70.  
Il fax è 0039 080 540 27 75.

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

# Radicata nel futuro



**BANCA  
POPOLARE  
DI BARI**



## Un palazzo per le imprese

E' terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.

Alla Camera di Commercio spetta comporre in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

Questa intermediazione, con compiti di garanzia *super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari



PIÙ VALORE AL TERRITORIO





CACUCCI EDITORE  
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220  
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



# Istituzioni di Diritto dell'Unione europea

II edizione, aggiornata al Trattato di Lisbona

VILLANI Ugo

422 Pagine  
prezzo: 35,00 €



## Sommario:

Origini, evoluzione e caratteri dell'integrazione europea. Obiettivi, principi e caratteri dell'Unione europea e dei Trattati sui quali è fondata. I principi delimitativi tra le competenze dell'Unione europea e quelle degli Stati membri. La cittadinanza europea. Le istituzioni dell'Unione europea. I procedimenti interistituzionali. Le fonti dell'ordinamento dell'Unione europea. Le competenze giudiziarie. I rapporti tra l'ordinamento dell'Unione europea e quello italiano.

# Studi sui diritti umani

de BELLIS Saverio (a cura di)

288 Pagine  
prezzo: 25,00 €



## Sommario:

Saverio de Bellis – *Introduzione: uno sguardo d'insieme sul diritto internazionale e i diritti umani, con particolare riferimento all'attività delle Nazioni Unite* · Saverio de Bellis – *Diritto alla vita e pena di morte in Italia tra Costituzione e obblighi internazionali* · Giuseppe Gioffredi – *Il ruolo della Dichiarazione universale nella protezione dell'infanzia: traguardo o premessa della tutela dei diritti del fanciullo?* · Martina Cutazzo – *Il diritto all'alimentazione* · Francesca Pulimento – *Il problema delle sparizioni forzate in ambito internazionale* · Lucia Russo – *Il muro d'Israele nell'ottica del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani: strumento di protezione o mezzo di espansione?* · Maria Antonietta Brucoli – *Prospettive di tutela del diritto d'asilo* · Caterina Rizzo – *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e gli obblighi positivi di protezione dei diritti umani violati* · Giuseppe Gioffredi – *Responsabilità sociale delle imprese multinazionali e diritto internazionale* · Martina Cutazzo – *I diritti umani delle donne* · Andrea Starace – *La tutela del diritto alla vita e della dignità umana negli atti internazionali. Riflessioni per una disciplina dell'eutanasia.*

# Luci ed ombre della riforma universitaria

CAPRIGLIONE Francesco (a cura di)

224 Pagine  
prezzo: 15,00 €



## Sommario:

PREMESSA · INTRODUZIONE di Francesco Capriglione · CAPITOLO I – *Il d.d.l. sulla riforma universitaria. Osservazioni sul modello di governance proposto: in generale* (Enrico Cavalieri) · CAPITOLO II – *La governance degli atenei* (Paola Potestio) · CAPITOLO III – *Le università non statali e le università telematiche nella riforma Gelmini* (Marco Sepe) · CAPITOLO IV – *Il valore legale delle lauree: persistenza o discontinuità?* (Giacinto della Cananea) · CAPITOLO V – *La didattica e la ricerca* (Valerio Lemma) · CAPITOLO VI – *L'offerta formativa e la ricerca* (Chiara Oldani) · CAPITOLO VII – *La riforma della disciplina sul reclutamento dei professori universitari* (Giuseppe Conte) · CAPITOLO VIII – *Il metodo della cooptazione* (Fabio Merusi) · CAPITOLO IX – *Parentopoli: codici etici e valutazione* (Antonella Antonucci) · CAPITOLO X – *Il collocamento a riposo dei professori* (Francesco Capriglione) · CAPITOLO XI – *L'uscita «forzosa» dai ruoli dei docenti universitari. Costi e prospettive future sull'offerta formativa* (Gennaro Olivieri) · CAPITOLO XII – *Il caso della formazione professionale del giurista: il ruolo dell'Università e il ruolo del Consiglio nazionale forense* (Guido Alpa) · ALLEGATO – *D.d.l. contenente «norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e di reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario», approvato dal Senato della Repubblica in data 29 luglio 2010*

# La Giustizia e i suoi nemici

CAFERRA Vito Marino

302 Pagine  
prezzo: 20,00 €



## Sommario:

La lotta per la Giustizia. Lo squilibrio dei poteri. Giurisdizione e autogoverno. Il buco nero dell'azione penale. La giustizia nella politica. Il futuro possibile.





In copertina **Guido Reni** (Bologna 1575 – 1642)

*Ratto d'Europa* – olio su tela, cm 174 x 124 – Londra, collezione Mahon

Dalla biografia dedicata a Guido Reni dal Malvasia si apprende che l'artista raffigurò il soggetto di Europa, figlia di Agenore re di Fenicia, rapita da Zeus sotto forma di toro, in tre dipinti. Del primo, eseguito per il sovrano Carlo I d'Inghilterra si è persa ogni traccia, e sussiste il dubbio che non sia stato neppure portato a termine; il secondo, commissionato dal duca di Guastalla per un illustre collezionista spagnolo, da identificare nel Marqués de Leganés, viceré di Milano, corrisponde a quello entrato qualche decennio fa nella National Gallery of Canada di Ottawa. Quanto al terzo, esso è da riconoscere nella tela conservata dal 1945 a Londra, nella Sir Denis Mahon Collection.

Eseguito per il re di Polonia Vladislao IV (il quale ringraziò calorosamente il Reni con una lettera del marzo 1640 volendo esprimergli "quanto da noi sia stata aggradita l'Europa, che per il Puccitelli Segretario Nostro ci hà quà mandata"), alla morte del sovrano, nel 1648, il dipinto passò al fratello e successore Giovanni Casimiro, che abdicò nel 1668 ritirandosi a Nevers, in Francia e portandolo con sé.

Trasferito in proprietà di Carlo, terzo duca di Créquy, passò poi in Inghilterra. Prima dell'acquisto da parte di Sir Denis Mahon, esso era nella collezione Radnor a Longford Castle.

Databile al 1636-38, nella fase tarda dell'attività del Reni, come l'analogo dipinto di Ottawa da cui differisce per pochi particolari, come la presenza, nell'angolo in alto a destra, di Cupido saettante, il dipinto si impone per l'impianto classico e monumentale della figura, atteggiata con studiata eleganza. I colori squillanti della tunica e del mantello della giovane ninfa, contrapposti al luminoso pallore dell'incarnato, si stagliano a contrasto sull'azzurro argenteo del mare, la cui agitazione è resa da piccole creste biancastre. Dal punto di vista psicologico, il Reni coglie il momento in cui il terrore di Europa rapita con l'inganno cede il passo alla tenerezza e all'amore, ispirati dal piccolo Cupido e resi tangibili dal gesto protettivo con cui la giovane cinge il collo del toro inghirlandato sul cui dorso naviga al largo del lembo di costa su cui si intravedono le amiche gesticolanti.

**Clara Gelao**, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



### Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2010, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2010, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2010).



ISBN 978-88-8422-998-4



9 788884 229984

€ 22,00