

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2008 | anno III



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 1 · 2008 | anno III

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione

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

Direzione e Redazione

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

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

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2008 Cacucci Editore – Bari

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

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

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

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

Sommario



ARTICOLI

- Ugo VILLANI
Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo
nell'ordinamento italiano 7
- Claudio ZANGHÌ
Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte euro-
pea dei diritti dell'uomo 29
- Antonio TROISI
Effetti economici della spesa pubblica di sostegno ai
prezzi dei prodotti agricoli nei Paesi comunitari e nei
Paesi del bacino del Mediterraneo con particolare riferi-
mento alla Siria 55
- Roberto BARATTA
L'eccezione di sicurezza nazionale e i “*defence procure-
ment*” nell'Unione europea 75
- Maria Luisa TUFANO
Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario,
diritto UE e diritto penale 93
- Giandonato CAGGIANO
Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e
dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicu-
rezza e giustizia 105

NOTE E COMMENTI

- Amedeo ARENA
La sentenza *Wilson*: il funzionamento del mercato comune
tra armonizzazione, *pre-emption* e ricorsi giurisdizionali
di diritto interno 147

Claudia MORINI La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale	181
--	-----

RECENSIONI

Alessandro COLOMBO, Natalino RONZITTI (a cura di), <i>L'Italia e la politica internazionale</i> , Edizione 2007, Bologna, Il Mulino, 2007 (U. Villani)	205
Luigi DANIELE (a cura di), <i>La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007 (U. Villani)	207
Laurence BURGORGUE-LARSEN, Anne LEVADE, Fabrice PICOD (sous la direction de), <i>Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Parties I et IV, «Architecture constitutionnelle», Commentaire article par article</i> , Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2007 (C. Napoli)	209
Libri ricevuti	213
Elenco delle abbreviazioni	215
Indice degli autori	219



Articoli

Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*

SOMMARIO: 1. L'immediata applicabilità della Convenzione europea. – 2. La questione del rango della Convenzione europea anteriormente alla legge costituzionale n. 3 del 2001. – 3. Il valore della Convenzione europea quale parametro di costituzionalità in virtù del nuovo testo dell'art. 117, 1° comma. – 4. La subordinazione della Convenzione europea alla Costituzione. – 5. La possibile coincidenza tra disposizioni della Convenzione europea e norme di diritto internazionale generale. – 6. Il problema della “comunitarizzazione” della Convenzione europea. – 7. La rilevanza della giurisprudenza nell'interpretazione e nello sviluppo dei diritti previsti dalla Convenzione europea. – 8. L'obbligo di interpretazione conforme delle norme interne rispetto alla Convenzione europea e alla giurisprudenza della Corte europea. – 9. Il valore delle sentenze della Corte europea nei processi nazionali e la necessità di interventi legislativi.

1. L'aspetto centrale della problematica relativa al valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano risiede oggi, anche in considerazione delle recenti sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349¹, nel rango della stessa in rapporto, da un lato, alle leggi ordinarie, dall'altro, alla nostra Costituzione. Questo aspetto, peraltro, non esaurisce la tematica concernente il ruolo della Convenzione in Italia; essa presenta

* Il presente scritto è destinato anche agli Scritti in onore di Umberto Leanza, di prossima pubblicazione.

1 Per dei primi commenti a tali sentenze cfr. M. CASTELLANETA, *Certo il primato dei principi costituzionali*, in *Guida al Diritto*, 2007, n. 44, p. 59 ss.; O. FORLENZA, *Solo l'introduzione di criteri flessibili garantisce equità nei risarcimenti*, ivi, p. 54 ss.; F. DONATI, *La CEDU nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Dir. U.*, 2007, n. 3, p. 14; F. GULLOTTA, *I nuovi ristori espropriativi*, ivi, p. 19 ss.; A. SACCUCCI, *Rango e applicazione della CEDU nell'ordinamento interno secondo le sentenze della Corte costituzionale sull'art. 117, comma 1, Cost: un passo avanti, due indietro?*, ivi, p. 26 ss.; U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, ivi, p. 46 ss.; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, ivi, p. 50 ss. L'orientamento delle predette sentenze è stato confermato dalla sentenza della Corte costituzionale del 27 febbraio 2008 n. 39.

anche altri profili, in parte legati al rango della Convenzione di Roma, in parte indipendenti da tale questione.

In primo luogo, infatti, occorre esaminare se le disposizioni della Convenzione siano suscettibili di ricevere immediata applicazione nel nostro ordinamento (con conseguente possibilità di essere invocate in giudizio dagli individui), ovvero se, a questo fine, si renda necessario un intervento legislativo dello Stato². Questa seconda alternativa si collega ad una concezione in base alla quale lo Stato parte, aderendo alla Convenzione europea, assumerebbe un obbligo nei riguardi degli altri Stati parti, non già nei confronti dell'individuo. Di conseguenza lo Stato sarebbe tenuto ad adempiere tale obbligo, introducendo all'interno del proprio ordinamento le norme necessarie a dare attuazione e riconoscimento ai diritti contenuti nelle Convenzioni; ma, in assenza di tali norme, le disposizioni della Convenzione non potrebbero trovare applicazione, né gli individui potrebbero invocarle a tutela dei propri diritti. Il riconoscimento di una immediata applicazione, al contrario, comporta che le disposizioni della Convenzione, in virtù della sola legge di esecuzione nello Stato parte, siano idonee a produrre tutti i loro effetti giuridici nell'ordinamento interno e, quindi, a conferire agli individui un diritto "giustiziabile", cioè tutelabile anche in giudizio.

In proposito vari argomenti inducono a ritenere che, di regola, la Convenzione europea sia immediatamente applicabile nel nostro ordinamento, a prescindere da misure statali di attuazione³. In questo senso depone, anzitutto, la formulazione dell'art. 1, il quale dichiara che le Parti contraenti "riconoscono" ("*reconnaissent*", "*shall secure*") i diritti elencati nel testo. Tale formulazione esprime un obbligo immediato e precettivo di rispettare i diritti enunciati nella Convenzione. Essa risulta ancor più eloquente se raffrontata con la formulazione che, in un primo momento, era stata proposta per tale disposizione, la quale prevedeva che gli Stati parti "*undertake to secure*" i diritti in questione, così dando la sensazione di una norma "programmatica", destinata ad essere attuata da misure statali, in adempimento dell'impegno assunto. La sostituzione di tale formula con quella presente nell'art. 1 è prova della volontà degli Stati parti di assumere, in virtù della stessa partecipazione alla Convenzione (e della sua esecuzione nel proprio ordinamento), l'obbligo immediato di rispettare i diritti ivi contemplati. Sul punto la stessa Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 27 marzo 2003, *Scordino c. Italia*⁴, ha osservato che, "en substituant le mot 'reconnaissent' au mot 's'engagent à reconnaître' dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits

² Su questa tematica cfr. F. RASPADORI, *I trattati internazionali sui diritti umani e il giudice italiano*, Milano, 2000; B. NASCIBENE (a cura di), *La CEDU. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002.

³ Nella giurisprudenza italiana si veda, in particolare, Cass. pen., sezioni unite, 8 maggio 1989, ricorrente Polo Castro, in *RIDU*, 1990, p. 419 ss.

⁴ *Requête* n. 36813/97.

et les libertés du Titre I seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants”.

Un ulteriore argomento a sostegno della immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione europea può ricavarsi dall'art. 13, il quale espressamente stabilisce che ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella stessa Convenzione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo davanti ad una istanza nazionale.

Merita poi di essere sottolineato che la legge italiana che dispone l'autorizzazione alla ratifica della Convenzione europea (legge 4 agosto 1955 n. 848) contiene altresì l'ordine di esecuzione, il quale, nel provvedere all'adattamento del diritto italiano alla Convenzione stessa, comporta il riconoscimento nel nostro ordinamento dei diritti in essa previsti ed esprime la volontà del legislatore di dare “piena ed intera esecuzione” alla stessa, non di ... rinviare tale esecuzione all'emanazione di ulteriori, successive misure legislative.

Né va trascurato, da ultimo, che, tra le diverse interpretazioni possibili delle disposizioni della Convenzione, va preferita quella che tutela nella maniera più efficace i diritti da esse riconosciuti, in conformità del criterio ermeneutico, enunciato dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 (corrispondente al diritto internazionale consuetudinario), secondo il quale i trattati devono essere interpretati alla luce del loro oggetto e del loro scopo. Tenuto conto che la Convenzione di Roma è evidentemente diretta ad assicurare la protezione dei diritti umani ivi riconosciuti, l'interpretazione qui sostenuta appare infatti informata ad un *favor* per tali diritti.

Il riconoscimento della immediata applicabilità delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo presuppone, peraltro, che esse siano *self-executing*, cioè abbiano un contenuto completo, autosufficiente, idoneo a consentire che esse siano effettivamente applicabili pur in assenza di norme statali di integrazione. Va precisato, inoltre, che l'indicato carattere della Convenzione europea non esclude che possano risultare opportune, o persino necessarie, norme statali dirette ad assicurare un pieno godimento dei diritti contemplati dalle disposizioni della Convenzione e una loro più efficace tutela, per esempio, nei confronti di violazioni provenienti da privati, o predisponendo procedimenti di riparazione in caso di mancato rispetto (come con la c.d. legge Pinto del 24 marzo 2001 n. 89), o, ancora, elevando certi diritti a rango costituzionale (come con la legge costituzionale del 23 novembre 1999 n. 2 che ha integrato l'art. 111 Cost. con disposizioni sul giusto processo).

Legata all'immediata applicabilità della Convenzione di Roma è l'idoneità delle sue disposizioni, a prescindere da un eventuale rango superiore alle leggi ordinarie, a determinare l'abrogazione (o la modificazione) di tali leggi, se anteriori all'entrata in vigore in Italia della Convenzione stessa, in caso d'incompatibilità tra il loro rispettivo contenuto. Il carattere immediatamente precettivo delle disposizioni della Convenzione si esplica, infatti, anche nell'effetto di un'abrogazione (o modificazione) tacita delle leggi anteriori incompatibili, alla luce dei consueti principi relativi alla successione delle leggi nel tempo (art. 15 delle preleggi al codice civile). Tale effetto abrogativo, già riconosciuto dalla

Corte costituzionale riguardo a norme internazionali generali sopravvenute, immesse nell'ordinamento italiano in virtù dell'art. 10, 1° comma, Cost.⁵, è stato affermato dalla Corte di cassazione, sezioni unite, nella sentenza del 10 luglio 1991 n. 7662. In questa sentenza la Corte ha dichiarato l'avvenuta abrogazione dell'art. 34, 2° comma, del R.D.L. 31 maggio 1946 n. 511, nella parte in cui escludeva la pubblicità della discussione della causa nel giudizio disciplinare a carico di magistrati, per contrasto con la regola della pubblicità delle udienze sancito dall'art. 6 della Convenzione europea.

2. Il rango delle norme della Convenzione di Roma immesse nell'ordinamento italiano rappresenta da tempo l'aspetto principale, e forse più controverso, concernente il valore della stessa Convenzione in Italia. Anteriormente alla riforma dell'art. 117 Cost., effettuata con legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3, non erano mancati tentativi di attribuire alle sue disposizioni un rango costituzionale, applicando l'art. 10, 1° comma, Cost., in quanto riferito anche alla norma di diritto internazionale generale "*pacta sunt servanda*", oppure facendo leva sull'art. 2 Cost. ("La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo"), considerato come una "clausola aperta" idonea a ricomprendere non solo i diritti contemplati dalla stessa Costituzione, ma anche nuovi diritti emergenti dagli atti internazionali in materia, o ancora qualificando la Convenzione europea come un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni ai sensi dell'art. 11 Cost.⁶. Tuttavia l'opinione prevalente, fatta propria anche dalla Corte costituzionale, era nel senso che la Convenzione europea, da un punto di vista formale, avesse il rango di legge ordinaria; ciò in quanto, di regola, le norme internazionali immesse nell'ordinamento italiano hanno lo stesso rango dell'atto normativo con il quale si dà ad esse esecuzione in Italia⁷ e la Convenzione europea è stata eseguita con legge ordinaria.

Tale soluzione comportava, in primo luogo, che le disposizioni della Convenzione europea fossero subordinate alla Costituzione italiana; e, in secondo luogo, che esse, come potevano abrogare una legge ordinaria preesistente, così potevano essere abrogate o modificate da una legge ordinaria successiva. Se questa era la conseguenza che derivava da una considerazione strettamente limitata al rango delle disposizioni della Convenzione, a queste, tuttavia,

⁵ Cfr. la sentenza del 15 luglio 1992 n. 329.

⁶ In proposito cfr., di recente, D. TEGA, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in M. CARTABIA (a cura di), *I diritti in azione. Universalismo e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, p. 67 ss., in specie p. 71 ss., alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti. Per la ricostruzione dell'art. 2 Cost. quale norma "aperta", che darebbe un riconoscimento costituzionale anche a diritti non specificamente contemplati dalla Costituzione, va ricordata la nota tesi di A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, p. 80 ss.; per un esame critico di tale tesi e per ulteriori riferimenti, cfr. A. PACE, *Problematrice delle libertà costituzionali. Parte generale. Introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003, III ed., p. 20 ss.

⁷ In dottrina cfr., per tutti, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2006, VII ed., p. 285; per la giurisprudenza costituzionale si veda Corte cost., 22 marzo 2001 n. 73.

si finiva per attribuire una particolare forza di resistenza nei confronti di leggi ordinarie successive. A tale risultato si giungeva attraverso due vie. Anzitutto, sul piano interpretativo, era stata sostenuta la teoria secondo la quale le disposizioni della Convenzione (o, più precisamente, le corrispondenti norme immesse nell'ordinamento italiano mediante l'ordine di esecuzione della stessa) avrebbero un carattere di specialità, riferito al procedimento concernente la loro formazione, e sarebbero sorrette dalla volontà dello Stato che gli obblighi nascenti dalla Convenzione siano rispettati; di conseguenza, nel caso di incompatibilità tra leggi ordinarie (successive) e disposizioni della Convenzione, queste ultime sarebbero destinate a prevalere, in forza, appunto, del loro carattere speciale, salvo che il legislatore manifesti in maniera chiara e non equivoca la propria determinazione di abrogare o modificare disposizioni della Convenzione⁸.

Anche la Corte costituzionale, nella sentenza del 19 gennaio 1993 n. 10, aveva affermato una particolare resistenza passiva della Convenzione europea (nonché del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 16 dicembre 1966) nei confronti di leggi successive, motivandola sulla base di un carattere "atipico" della sua fonte giuridica. La Corte aveva dichiarato che le disposizioni della Convenzione (come del citato Patto del 1966) sono "norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria".

Così formulata, la forza di resistenza della Convenzione europea sembrerebbe opponibile anche ad una espressa volontà abrogatrice (o modificatrice) del legislatore ordinario, poiché questo non potrebbe intervenire su una fonte che si pone, se non a livello superiore, in un contesto differente ("atipico") rispetto alla legislazione ordinaria. Tale affermazione della Corte costituzionale, tuttavia, è restata isolata; inoltre essa non offre una motivazione esauriente, né risulta sicura per quanto concerne il suo ambito applicativo; ci si può chiedere, infatti, se riguardi tutti i trattati (fondandosi, così, su una base formale o procedimentale) o se, al contrario, sia limitata ai trattati sui diritti umani (ponendosi, in tal caso, su un fondamento materiale o contenutistico).

Al di là di questa sentenza, più volte la Corte costituzionale aveva dichiarato che le norme contenute in accordi internazionali a tutela dei diritti umani (quale il Patto sui diritti civili e politici del 1966) non possono essere assunte, in quanto tali, come parametri nel giudizio di costituzionalità delle leggi, pur riconoscendo, in specie nelle sentenze del 29 gennaio 1996 n. 15, che esse "hanno una grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione"⁹.

3. Nella sentenza da ultimo richiamata la Corte costituzionale aveva affermato che un'eventuale contraddizione con le norme convenzionali ricordate da parte di leggi interne non determinerebbe di per sé, cioè indipendentemente dalla

⁸ B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 294 ss.

⁹ Tale sentenza era stata seguita da varie altre pronunce della Corte costituzionale, richiamate e confermate, più di recente, da Corte cost., 23 novembre 2006 n. 393.

“mediazione” di una norma della Costituzione, un vizio di incostituzionalità. Come la stessa Corte costituzionale ha chiarito nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007, oggi tale mediazione esiste ed è costituita dall’art. 117, 1° comma, Cost., novellato dalla legge costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3. Esso, infatti, dispone che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (oltre che della Costituzione e dell’ordinamento comunitario).

Com’è noto, all’indomani dell’introduzione di tale disposizione nella Costituzione italiana sono state proposte in dottrina diverse tesi interpretative. Da una parte, si è ritenuto che essa abbia un ambito limitato ai soli rapporti della potestà legislativa statale con quella regionale¹⁰; dall’altro, al contrario, che essa sia idonea, in principio, a determinare un adattamento automatico dell’ordinamento italiano ai trattati dei quali l’Italia sia parte¹¹.

La Corte costituzionale, nelle citate sentenze del 24 ottobre 2007, accoglie invece una tesi intermedia, sulla scorta di un’autorevole dottrina¹². Essa, con riguardo alla *sedes materiae*, rileva anzitutto che questa non è sufficiente a giustificare una interpretazione ristretta ai rapporti tra la competenza legislativa dello Stato e delle regioni, che sarebbe in contrasto con lo stesso enunciato dell’art. 117, 1° comma. Osserva inoltre che, anche se l’operatività del vincolo derivante da tale norma fosse limitata all’interno del titolo V della Costituzione, quest’ultimo definisce ogni tipo di competenza legislativa, sia dello Stato, esclusiva o concorrente, che delle regioni, per cui la suddetta disposizione sarebbe in ogni caso idonea ad estendere all’intera materia legislativa il rispetto degli obblighi internazionali.

Quindi la Corte costituzionale afferma che l’art. 117, 1° comma, pur non conferendo alle disposizioni della Convenzione europea un rango costituzionale, impone al legislatore ordinario il limite del rispetto degli obblighi internazionali (convenzionali); pertanto una legge ordinaria che fosse incompatibile con una disposizione della Convenzione verrebbe a violare lo stesso art. 117, 1° comma, e sarebbe, di conseguenza, incostituzionale.

Le disposizioni della Convenzione – come si è detto – non assurgono al rango costituzionale; invero l’adattamento dell’ordinamento italiano a tali disposizioni non è avvenuto mediante un procedimento costituzionale, ma tramite l’ordine di esecuzione contenuto nella legge ordinaria; sicché, sotto questo profilo, esse tenderebbero a conservare il rango di legge ordinaria. Ma l’art. 117, 1°

¹⁰ Cfr. E. CANNIZZARO, *La riforma “federalista” della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *RDI*, 2001, p. 921 ss.

¹¹ Cfr. G. ZICCARDI CAPALDO, *Verso una regolamentazione del rapporto tra ordinamento italiano e trattati internazionali. Contenuti di una riforma possibile dopo le modifiche al Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Attuazione dei trattati internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell’era della comunità globale*, Napoli, 2003, p. 17 ss., in specie p. 37 ss.

¹² Cfr. B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 292; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2007, II ed., p. 246.

comma, attribuisce alle stesse disposizioni della Convenzione europea una particolare forza di resistenza, poiché vieta di legiferare in contraddizione con le stesse. Le disposizioni della Convenzione europea fungono così da norme interposte (tra la legge ordinaria e la Costituzione), nel senso che il suddetto articolo opera un rinvio mobile alle norme convenzionali, per cui queste costituiscono parametro di valutazione della legittimità costituzionale della legge italiana. Per tale via alle disposizioni della Convenzione europea (come di ogni altro accordo internazionale) viene riconosciuta una posizione intermedia tra la legge ordinaria e la Costituzione, in altri termini un rango subcostituzionale.

Alla luce di tale impostazione una legge ordinaria incompatibile con la Convenzione europea, violando l'art. 117, 1° comma, è destinata ad essere dichiarata incostituzionale ad opera della Corte costituzionale (come è accaduto nelle due sentenze del 24 ottobre 2007).

La tesi accolta dalla Corte costituzionale solleva peraltro un problema di carattere intertemporale (che non è emerso nei procedimenti conclusi con le citate sentenze del 24 ottobre 2007). Considerato che l'art. 117, 1° comma, in principio opera (come qualsiasi norma) *pro futuro*, il limite al legislatore coincidente con il rispetto delle disposizioni della Convenzione europea dovrebbe riguardare solo le leggi emanate successivamente alla legge costituzionale n. 3 del 2001. Quelle anteriori a tale legge costituzionale sarebbero, invece, immuni da eventuali vizi di incostituzionalità e, in principio, applicabili dal giudice comune, pur se contrastanti con norme della Convenzione¹³.

A tale conclusione, peraltro, può opporsi che il limite derivante dal citato art. 117, 1° comma, ha non soltanto un'efficacia "negativa", nel senso che esso vieti di legiferare in futuro in maniera contrastante con preesistenti accordi internazionali, ma anche un effetto "positivo": cioè che l'art. 117, 1° comma, esprima la volontà di garantire, a livello costituzionale, l'osservanza degli accordi eseguiti in Italia. Una siffatta volontà sembra prescindere dalla circostanza che la legge ordinaria segua la novella del 2001 o sia ad essa preesistente, in quanto tende a rafforzare tutti gli accordi dei quali l'Italia sia parte mediante una garanzia costituzionale¹⁴. Essa, pertanto, comporterebbe non solo l'incostituzionalità (originaria) delle leggi in conflitto con accordi internazionali successive alla legge costituzionale n. 3 del 2001, ma anche l'incostituzionalità (sopravvenuta) di quelle anteriori all'introduzione del nuovo art. 117, 1° comma.

Sia pure in maniera implicita, sembra questa l'opinione della Corte costituzionale, la quale, nelle sentenze del 24 ottobre 2007, ha dichiarato l'incostituzio-

¹³ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, S. SANTOLI, *La disapplicazione di leggi ordinarie in contrasto con la CEDU in Italia e in Francia*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2227 ss., in specie p. 2233.

¹⁴ Cfr. P. IVALDI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006, III ed., p. 125 ss., in specie p. 131. A tale conclusione perviene anche A. PACE, *op. cit.*, p. 28 s., il quale rileva che l'art. 117, 1° comma, prevede "una norma di produzione giuridica, che pertanto effettuerebbe un rinvio materiale (o ricettizio) a tutti gli obblighi internazionali, ancorché preventivi".

nalità, per contrasto con la Convenzione europea, di leggi anteriori alla riforma costituzionale del 2001.

4. Come si è osservato, l'art. 117, 1° comma, pur attribuendo alla Convenzione europea (come agli altri accordi internazionali) una particolare forza di resistenza rispetto alla legge ordinaria, non provvede a rinviare alla stessa al fine di immettere le sue disposizioni nell'ordinamento italiano (a differenza di quanto fa l'art. 10, 1° comma, Cost., per le norme del diritto internazionale generale). Il conseguente rango subcostituzionale che così, in principio, assume la Convenzione europea (o, più esattamente, la legge italiana di esecuzione della stessa) implica che essa resti subordinata al rispetto della Costituzione e che le sue disposizioni siano soggette allo scrutinio di compatibilità con la Costituzione da parte della Corte costituzionale. Come la stessa Corte ha osservato, in particolare nella sentenza n. 348 del 24 ottobre 2007, sarebbe invero paradossale che una legge ordinaria fosse considerata incostituzionale per contrasto con una disposizione, a sua volta in conflitto con la Costituzione.

Ora, potrebbe sembrare che l'ipotesi di un contrasto tra una disposizione della Convenzione europea e una norma costituzionale sia puramente teorica, posto che, in linea di principio, vi è una sostanziale corrispondenza tra i diritti umani riconosciuti dalla Convenzione europea e dalla Costituzione italiana.

Tuttavia è possibile che il grado d'intensità della protezione dei diritti umani sia differente nei due testi. Nell'ipotesi in cui il livello di protezione garantito dall'ordinamento italiano sia più elevato di quello accordato dalla Convenzione europea, per vero, non dovrebbe porsi neppure una questione d'incompatibilità. Lo stesso art. 53 della Convenzione europea, infatti, dichiara che nessuna delle disposizioni della Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti (tra l'altro) in base alle leggi di ogni Parte contraente. Pertanto, alla luce della stessa Convenzione, è destinata ad applicarsi la norma interna, se più favorevole alla tutela del diritto in questione.

Deve osservarsi, peraltro, che un raffronto tra le disposizioni della Convenzione europea e quelle della Costituzione, sotto il profilo della protezione più elevata, non sempre è praticabile. Il riconoscimento di un diritto umano implica, sovente, una corrispondente limitazione di un altro diritto umano, sicché ciò che in ciascun testo (convenzionale o costituzionale) viene in rilievo non è, in assoluto, la maggiore o minore protezione di un singolo diritto, ma il rapporto, il contemperamento fra differenti diritti. Per esempio, il diritto alla riservatezza e il diritto all'informazione (rispettivamente contemplati dagli articoli 8 e 10 della Convenzione europea) comportano inevitabilmente una reciproca limitazione; risulta, di conseguenza, impossibile stabilire se sia maggiormente protettivo dei diritti umani un ordinamento che tuteli in maniera più elevata il diritto alla riservatezza, a discapito del diritto all'informazione, o, viceversa, uno che privilegi il diritto all'informazione, con parziale sacrificio della riservatezza.

Il contrasto tra la Convenzione europea e la Costituzione italiana può sussistere, poi, nell'ipotesi in cui la Costituzione ponga a un diritto umano limiti più rigorosi di quelli previsti (o consentiti) dalla Convenzione europea. Si pensi ai limiti al diritto di proprietà volti “allo scopo di assicurarne la funzione sociale” contemplati dall'art. 42, 2° comma, Cost., che potrebbero risultare più intensi di quelli consentiti dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Convenzione europea. Il problema potrebbe riguardare l'istituto della occupazione acquisitiva, che permette alla pubblica amministrazione di acquisire la proprietà di un bene, pur in assenza di un regolare procedimento espropriativo, sulla base della realizzazione di un'opera di pubblico interesse. Come la Corte costituzionale ha sottolineato nella sentenza del 24 ottobre 2007 n. 349, nel caso da essa deciso la questione di costituzionalità riguardava solo il profilo relativo alla misura della liquidazione del danno; ma, ove si ponesse un problema rispetto all'istituto in quanto tale, sarebbe probabilmente inevitabile un confronto tra la disciplina costituzionale del diritto di proprietà e quella risultante dall'art. 1 del suddetto Protocollo, posto che la Corte europea dei diritti dell'uomo ha più volte giudicato che l'istituto dell'occupazione acquisitiva è in contrasto con tale norma¹⁵.

Il contrasto tra le disposizioni della Convenzione e quelle costituzionali può emergere anche a seguito della interpretazione seguita dalla giurisprudenza (europea o nazionale). Per esempio, riguardo alla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo l'art. 2, 3° comma, della legge n. 89 del 2001 stabilisce che l'equa riparazione riguardi solo il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole, cioè solo per il ritardo rispetto alla durata ragionevole; al contrario, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con alcune sentenze del 10 novembre 2004 (*Zullo c. Italia e Pizzati c. Italia*), ha dichiarato che la riparazione sia commisurata a ciascun anno dell'intera durata del processo, non solo agli anni di ritardo. Ebbene, con una recente sentenza del 7 gennaio 2008 n. 31, la Corte di cassazione ha dichiarato (a torto o a ragione) che il criterio di liquidazione adottato dalla Corte europea non può essere accolto, perché in contrasto con l'art. 111, 2° comma Cost., secondo il quale “il processo deve avere comunque un tempo di svolgimento o ‘ragionevole durata’ (...) e il legislatore deve conformarsi agli obblighi internazionali assunti, di cui all'art. 117 Cost., solo se questi non contrastino con i principi e le norme della carta costituzionale”¹⁶.

Ora, qualora si verifichi un contrasto con norme costituzionali di una disposizione della Convenzione europea (verosimilmente nella interpretazione che ne dà la Corte di Strasburgo), essa non può evidentemente operare come parametro di legittimità costituzionale della legge ordinaria. In questo senso le citate sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007 sono univoche. La sentenza n. 348, inoltre, dichiara che essa va “espunta” dall'ordinamento giuridico, senza precisare, peraltro, in quale maniera tale risultato debba realizzarsi, se non

¹⁵ In proposito ci permettiamo di rinviare al nostro scritto su *L'occupazione acquisitiva dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2006, p. 23 ss.

¹⁶ Oltre alla citata sentenza, risulta interessante, in quanto anch'essa successiva alle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, Cass., 3 gennaio 2008 n. 14.

aggiungendo “nei modi rituali”. A nostro parere l’operazione suddetta dovrebbe consistere nella dichiarazione di incostituzionalità della legge italiana di esecuzione della Convenzione europea, nella misura in cui determina l’ingresso della disposizione in questione nel nostro ordinamento. Tenuto conto che il problema di incompatibilità con la Costituzione si porrebbe, presumibilmente, rispetto ad una determinata interpretazione della disposizione effettuata dalla Corte europea, in concreto la declaratoria d’incostituzionalità riguarderebbe l’obbligatorietà della sentenza contenente tale interpretazione, con il risultato che essa sarebbe inesequibile in Italia.

Tale conseguenza appare di non lieve gravità, per quanto concerne la posizione dell’Italia rispetto all’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea (art. 46 della Convenzione), nonché i rapporti fra tale Corte e quella costituzionale. Tuttavia una siffatta possibile conseguenza si determinerebbe, secondo la stessa sentenza n. 348 della Corte costituzionale, solo in casi estremi. Infatti la dichiarazione di incompatibilità della disposizione della Convenzione europea (nell’interpretazione data dalla sentenza della Corte europea) con la Costituzione non conseguirebbe ad un automatico raffronto, ma solo ove risultasse insanabile il contrasto tra il vincolo derivante dagli obblighi convenzionali e gli altri interessi costituzionalmente protetti e non fosse in alcun modo possibile un ragionevole bilanciamento tra gli stessi. E un tale bilanciamento potrebbe essere favorito da quel “margine di apprezzamento” che la Corte europea riconosce in qualche misura agli Stati nell’adempimento dei loro obblighi di rispettare i diritti contemplati della Convenzione.

5. La qualificazione, operata dalla Corte Costituzionale nelle sentenze del 24 ottobre 2007, della Convenzione europea quale atto munito di una particolare forza passiva, ma comunque di rango subordinato alla Costituzione, non esclude che singole disposizioni della stessa corrispondano a norme generali di diritto internazionale. Ciò può dirsi con certezza, per esempio, per il divieto di tortura (art. 3) e per quello di schiavitù (art. 4); ma potrebbe sostenersi che tale sia anche la presunzione d’innocenza (art. 6, par. 2), o l’irretroattività della legge penale (art. 7), come ipotizza la Corte d’appello di Bologna nell’ordinanza del 21 marzo 2006 con la quale ha sollevato alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell’art. 630, lett. a), c.p.p., nella parte in cui esclude dai casi di revisione l’ipotesi in cui, con sentenza definitiva, la Corte europea abbia accertato l’assenza di equità del processo. E i casi di coincidenza tra disposizioni della Convenzione europea e norme di diritto internazionale generale sarebbero destinati ad ampliarsi alla luce dell’elenco di queste ultime contenuto nelle “osservazioni generali” n. 24 del 1994, formulato dal Comitato dei diritti umani istituito nell’ambito del Patto internazionale sui diritti civili e politici, in merito alle riserve al Patto da considerare inammissibili, in quanto concernenti disposizioni corrispondenti a norme di diritto internazionale consuetudinario.

Nelle ipotesi in cui disposizioni della Convenzione europea corrispondano a norme internazionali generali, esse trovano riconoscimento nell’ordinamento italiano, a prescindere dalla legge di esecuzione della Convenzione, in virtù

dell'art. 10 Cost. L'adattamento dell'ordinamento italiano avviene, pertanto, a livello costituzionale, così conferendo alle norme in questione un rango costituzionale.

La conseguenza pratica di tale qualificazione costituzionale non è percepibile tanto nei confronti di una legge ordinaria incompatibile (la quale risulterebbe incostituzionale già *ex art.* 117, 1° comma), quanto nei rapporti con la stessa Costituzione. I diritti riconosciuti a livello di diritto internazionale generale, avendo rango costituzionale, non sono subordinati, infatti, all'intera Costituzione, ma solo a quel nucleo irrinunciabile dei “principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale” e dei “diritti inalienabili della persona”, che costituiscono un limite insuperabile all'ingresso delle norme generali di diritto internazionale nell'ordinamento italiano¹⁷. Pertanto, considerato che è l'intero ordinamento italiano che si conforma a tali norme generali, comprese quindi le norme costituzionali, non è azzardato ritenere che, qualora sussistessero divergenze nel contenuto dei diritti umani in questione, anche in relazione ai loro “contorni” o ai loro rapporti, tra le norme internazionali generali e la nostra Costituzione, quest'ultima – fatti salvi i suddetti principi irrinunciabili – dovrebbe cedere il passo a dette norme internazionali.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono il giudice comune, ove ravvisi un conflitto insanabile tra le disposizioni della Convenzione europea e una legge statale (successiva), dovrebbe sottoporre la questione di costituzionalità di tale legge alla Corte costituzionale per violazione del limite alla potestà legislativa derivante, in base all'art. 117, 1° comma, Cost., dagli obblighi internazionali (o, se del caso, per contrasto con l'art. 10, 1° comma).

È noto, peraltro, che secondo una corrente giurisprudenziale, sostenuta autorevolmente anche dalla Corte di cassazione, nel caso di contrasto di una legge statale con disposizioni della Convenzione europea, purché queste ultime abbiano un contenuto sufficientemente preciso e completo, lo stesso giudice comune dovrebbe direttamente applicare le disposizioni della Convenzione, disapplicando la contrastante legge interna¹⁸. La “disapplicazione” del diritto interno incompatibile con la Convenzione (che già nella sua formulazione terminologica richiama il tema dei rapporti tra il diritto interno e il diritto comunitario) è giustificata talvolta in nome di una natura sovraordinata delle norme della Convenzione europea. Ora, ben può riconoscersi tale natura in base all'art. 117, 1° comma, Cost. (se non, addirittura, un rango costituzionale *ex art.* 10, nei limiti entro i quali quest'ultimo possa venire in rilievo). Peraltro, come hanno chiaramente statuito le più volte citate sentenze del 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349, posto che il contrasto della legge ordinaria con disposizioni della Convenzione europea si risolve in una violazione dello stesso art. 117, 1° comma, Cost., in un sistema di controllo della costituzionalità delle leggi centralizzato, qual è il

¹⁷ Cfr. Corte cost., 18 giugno 1979 n. 48 e 22 marzo 2001 n. 73.

¹⁸ Cfr. Cass., 19 luglio 2002 n. 10542 e 23 dicembre 2005 n. 28507; Cass. pen., 25 gennaio 2007 n. 2800.

nostro, il giudice comune non ha il potere di disapplicare la legge statale ritenuta incostituzionale, ma è tenuto a sollevare la questione alla Corte costituzionale.

Né, in principio, può ritenersi che il fenomeno della disapplicazione di disposizioni interne confliggenti con il diritto comunitario (direttamente applicabile), affermato dalla nostra Corte costituzionale a partire dalla sentenza dell'8 giugno 1984 n. 170, possa trasferirsi alla sfera dei rapporti tra legge statale e Convenzione europea. Come la Corte costituzionale ha sottolineato nelle sentenze del 24 ottobre 2007, il primato del diritto comunitario, dal quale discende la disapplicazione del diritto interno confligente, si fonda sulla limitazione di sovranità, consentita dall'art. 11 Cost. (ed effettuata, in conformità di tale disposizione, dal legislatore ordinario) a favore di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni. A seguito di tale limitazione (o, meglio, trasferimento parziale) di sovranità il nostro ordinamento si ritrae per consentire che le norme comunitarie direttamente applicabili possano spiegare la loro piena efficacia, con la pratica conseguenza della disapplicazione (o "non applicazione") delle leggi statali confliggenti.

Varie ragioni inducono ad escludere che l'art. 11 Cost. possa applicarsi alla Convenzione europea. Anzitutto il trasferimento di sovranità appare fenomeno più consono ad una organizzazione che, mediante le sue istituzioni, i suoi atti, i suoi procedimenti, sia idonea ad esercitare i poteri sovrani in questione, come accade per la Comunità europea attraverso atti normativi quali i regolamenti. Inoltre non sembra ammissibile una limitazione di sovranità in una materia così sensibile come quella dei diritti umani, costituenti un patrimonio irrinunciabile del nostro ordinamento giuridico¹⁹. L'inammissibilità di una siffatta limitazione di sovranità è confermata dall'osservazione che, anche nei confronti del diritto comunitario, i diritti fondamentali non operano ai fini di limitazioni di sovranità, ma quali "controlimiti" all'applicabilità e al primato delle disposizioni comunitarie, le quali non possono in alcun caso pregiudicare tali diritti.

In alcune sentenze, peraltro, la disapplicazione di norme interne in contrasto con disposizioni della Convenzione europea è motivata non in base ad una generica superiorità della stessa, ma, in maniera più puntuale, per una sua appartenenza allo stesso diritto comunitario. Essa, infatti, sarebbe stata ormai recepita nei principi generali del diritto comunitario e, pertanto, si gioverebbe del supporto costituzionale fornito dall'art. 11, con tutte le conseguenze proprie di tale fondamento e, in particolare, con la disapplicazione ad opera del giudice comune delle leggi nazionali confliggenti con disposizioni (purché *self-executing*) della Convenzione europea²⁰.

Formulata in questi termini generali tale giurisprudenza non sembra accoglibile. È bensì vero che i diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo sono entrati a fare parte dei principi generali del diritto

¹⁹ In questo senso cfr. specialmente la citata sentenza n. 349 della Corte costituzionale.

²⁰ Cfr. Cass. pen., 10 luglio 1993 (ric. Medrano), in *RDI*, 1994, p. 531 ss.; più di recente App. Roma, 11 aprile 2002, in *Dir. U.*, 2001, n. 2-3, p. 187 s.

comunitario, grazie alla giurisprudenza della Corte di giustizia, e che tale appartenenza risulta oggi dall'art. 6, par. 2, del Trattato UE. Tuttavia la stessa Corte di Lussemburgo ha costantemente ribadito che i diritti fondamentali (contemplati, in particolare, dalla Convenzione europea) non estendono l'ambito materiale del diritto comunitario, ma ne fanno parte solo nella misura in cui riguardano materie che già, di per sé, rientrino nella competenza di tale diritto. In altri termini, essi vincolano sia le istituzioni europee che gli Stati membri (quali parametri per valutare, rispettivamente, la legittimità degli atti comunitari e il rispetto degli obblighi comunitari da parte di tali Stati), ma solo quando entrino in giuoco in materie che rientrino nel Trattato CE. Al di fuori di tali materie i diritti fondamentali restano estranei al diritto comunitario e, pertanto, non godono del "primato" proprio di quest'ultimo. Come la nostra Corte di cassazione ha avuto modo di sottolineare, non può ritenersi "che si sia determinata un'interposizione del diritto comunitario al rispetto, da parte degli Stati membri della Comunità, della Convenzione firmata a Roma il 4.11.1950"²¹.

Se la tesi ricordata non può accogliersi in termini generali, essa, peraltro, risulta applicabile nella misura in cui un conflitto tra una legge italiana e i diritti riconosciuti nella Convenzione europea si determini in una materia rientrante nel diritto comunitario. Si pensi, per ipotesi, a una legge che vieti l'ingresso in Italia di cittadini dell'Unione europea per ragioni di religione, o di opinione politica. Essa, da un lato, sarebbe in contrasto con disposizioni della Convenzione europea (quali gli articoli 9 e 10); dall'altro, riguarderebbe una materia, la libera circolazione delle persone, di sicura competenza comunitaria. Una legge siffatta si porrebbe in contrasto anche con il diritto comunitario e, pertanto, non dovrebbe essere sottoposta al vaglio di costituzionalità della Corte costituzionale *ex art.* 117, 1° comma, ma dovrebbe essere direttamente disapplicata dal giudice comune, in forza della limitazione di sovranità a favore dell'ordinamento comunitario effettuata ai sensi dell'art. 11 Cost.

7. Il ruolo della Convenzione europea nell'ordinamento italiano non può valutarsi solo con riferimento alle disposizioni della stessa, ma occorre tenere conto anche del "diritto vivente", quale risulta dalla giurisprudenza della Corte europea, come da quella interna.

La necessità di prendere in considerazione la Convenzione europea quale interpretata dalla sua Corte, necessità che costituisce un punto essenziale nell'impostazione delle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007, si giustifica particolarmente nella materia in esame. Anzitutto va tenuto presente che la Convenzione europea si qualifica non solo, e non tanto, per i catalogo dei diritti contemplati, quanto per il sistema di tutela giudiziaria da essa istituito, che risulta come il più avanzato e garantista a livello internazionale²². In tale sistema un ruolo determinante è assegnato (sia pure in via sussidiaria rispetto ai giudici

²¹ Cass., 19 luglio 2002 n. 10542.

²² Tale sistema, com'è noto, è stato significativamente perfezionato con il Protocollo n. 11, entrato in vigore il 1° novembre 1998. Su tale Protocollo vedi, per tutti, U. LEANZA, *Il Protocollo n.*

nazionali, come emerge anche dall'art. 13) alla Corte europea dei diritti dell'uomo, istituita "per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli" (art. 19), "la cui competenza (...) si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli che siano sottoposte ad essa" con ricorsi statali o individuali (nonché in via consultiva) (art. 32) e le cui sentenze definitive hanno forza vincolante per gli Stati nelle controversie delle quali siano parti e devono essere eseguite sotto la sorveglianza del Comitato dei ministri (art. 46). È naturale, quindi, che la giurisprudenza della Corte europea, anche a prescindere dagli effetti (limitati alle parti) propri del giudicato, non possa non avere un ruolo essenziale nel chiarimento e nella evoluzione del contenuto dei diritti contemplati dalla Convenzione.

D'altra parte, tenuto conto della funzione sussidiaria della Corte europea rispetto alla tutela giudiziaria statale²³, la giurisprudenza europea viene inevitabilmente a rapportarsi con quella dei giudici nazionali, sicché – come è stato giustamente osservato²⁴ – oggi il rapporto tra l'ordinamento italiano e la Convenzione europea non è solo un rapporto tra fonti, ma anche tra giudici.

Il ruolo della giurisprudenza appare particolarmente rilevante in considerazione del carattere proprio dei diritti umani: questi ultimi, lungi dall'essere definiti in termini statici e immutabili, rappresentano una categoria di natura essenzialmente storica²⁵, la quale si sviluppa, si arricchisce, si modifica (anche nei rapporti reciproci tra i diversi diritti) in corrispondenza all'evoluzione sociale, politica, economica, morale, culturale di una collettività. È evidente, pertanto, che nella definizione e nello sviluppo di un diritto per sua natura "vivente", qual è la materia dei diritti umani, una funzione di primo piano è destinato a svolgere il "diritto vivente" prodotto dalla giurisprudenza.

La consapevolezza del ruolo essenziale della giurisprudenza induce, pertanto, a spostare ora l'attenzione dal tema relativo al rango della Convenzione europea nell'ordinamento italiano a quello concernente il valore della Convenzione europea (e della giurisprudenza della sua Corte) dinanzi ai giudici nazionali e quindi, in primo luogo, sul piano interpretativo.

8. Su tale piano è possibile, forse in larga misura, prevenire la stessa nascita di antinomie tra la Convenzione europea e il diritto italiano o, quantomeno,

11 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: nuove prospettive per la tutela internazionale dei diritti dell'uomo, in *Studi in onore di Giovanni Maria Ubertazzi*, Milano, 1999, p. 357 ss.

²³ Tale funzione sussidiaria è confermata dalla condizione di ricevibilità dei ricorsi consistente nel previo esaurimento dei ricorsi interni (art. 35, par. 1); in materia cfr., per tutti, R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004.

²⁴ M. CARTABIA, *La CEDU e l'ordinamento italiano: rapporti tra fonti, rapporti tra giurisdizioni*, in R. BIN, G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *All'incrocio tra Costituzione e CEDU. Il rango delle norme della Convenzione e l'efficacia interna delle sentenze di Strasburgo*, Torino, 2007, p. 1 ss., in specie p. 10 s.

²⁵ Basti ricordare, in proposito, i classici studi contenuti nel volume di N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990.

risolvere tali antinomie senza necessità – di regola – di sollevare una questione di costituzionalità. Nelle sentenze del 24 ottobre 2007, infatti, il rinvio alla Corte costituzionale appare chiaramente come una *extrema ratio*, da impiegare solo qualora il contrasto tra disposizioni della legge italiana e norme della Convenzione europea non possa risolversi attraverso un'interpretazione delle prime effettuata in conformità con le seconde.

Invero, è pressoché unanime l'orientamento teso ad affermare che il diritto interno deve essere interpretato in maniera conforme agli obblighi internazionali pattizi, in particolare al dettato della Convenzione europea. Come si è già ricordato²⁶, secondo un autorevole studioso²⁷ l'ordine di esecuzione esprime la volontà normativa non solo di sottoporre certi rapporti alla disciplina contenuta nella convenzione alla quale si riferisce, ma anche che gli impegni assunti verso altri Stati siano rispettati; una legge successiva potrebbe prevalere, pertanto, solo se riveli la volontà di ripudiare gli impegni internazionali già assunti, non anche se abbia semplicemente un contenuto incompatibile con la convenzione. Nella giurisprudenza della Cassazione, già negli anni '70, è stata enunciata una presunzione di conformità dell'ordinamento interno agli obblighi internazionali²⁸, in virtù della quale si deve presumere che lo Stato “non abbia inteso sottrarsi all'obbligo internazionale cui trovasi vincolato, incorrendo nella relativa responsabilità per inadempimento nei confronti degli altri Stati” parti del trattato²⁹. Tale presunzione va riferita, più precisamente, al legislatore e si fonda su una coerenza (anch'essa, sino a prova contraria, da presumere) dello stesso; se, cioè, il legislatore ha dato esecuzione, con una propria legge, ad un accordo, non può non presumersi – salvo una evidente volontà contraria – che egli voglia restare fedele all'impegno internazionale da lui stesso attuato nell'ordinamento interno. Oggi questa presunzione di conformità agli obblighi internazionali è rafforzata da una corrispondente presunzione di conformità alla Costituzione, in particolare al più volte citato art. 117, 1° comma, che gli impone di rispettare gli obblighi internazionali.

L'obbligo di interpretazione conforme della legge interna rispetto alla Convenzione europea comporta la conseguenza che, qualora (come il più delle volte accade) la legge interna si presti a differenti interpretazioni, debba imporsi quella che risulti più coerente con il rispetto della Convenzione, anche a costo di qualche forzatura della lettera della norma interna. Può dirsi, in altri termini, che l'interpretazione conforme deve tendere ad assicurare la corretta applicazione della Convenzione europea, adattando al suo contenuto le norme interne, “piegandole” in modo da conciliarle con la Convenzione, beninteso, sino a che ciò sia possibile, cioè sino al punto in cui tali norme non rivelino una chiara volontà del legislatore di contraddire le disposizioni della Convenzione o in cui, comun-

²⁶ Sopra, par. 2.

²⁷ B. CONFORTI, *op. cit.*, p. 254 s.

²⁸ Si vedano le sentenze richiamate da T. TREVES, *Diritto internazionale. Problemi fondamentali*, Milano, 2005, p. 694 s.

²⁹ In questo senso Cass., 8 giugno 1972 n. 1773.

que, sussista una irriducibile incompatibilità nei contenuti delle norme, rispettivamente, nazionali e della Convenzione europea.

Nella giurisprudenza, anche quando si afferma (ancor prima della riforma costituzionale del 2001) una particolare forza della Convenzione nell'ordinamento italiano, il più delle volte, la prevalenza della stessa viene realizzata, in definitiva, sul terreno interpretativo. Così, per esempio, la Corte di cassazione penale, nella citata sentenza del 10 luglio 1993 (ricorrente Medrano), ha dichiarato che “la particolare forza di resistenza della regola di origine convenzionale comporta che la disposizione della legge (...) deve essere interpretata nel senso che l'applicazione pratica di quest'ultima non può risolversi immotivatamente nella violazione del principio sancito nella norma convenzionale”. E anche la citata sentenza della Corte costituzionale del 19 gennaio 1993 n. 10, la quale – come si è ricordato³⁰ – riconduce ad una competenza atipica le norme della Convenzione europea e ne dichiara l'insuscettibilità di abrogazione ad opera di leggi ordinarie, in realtà conclude per un'interpretazione della disposizione interna (nella specie l'art. 143, 1° comma, c.p.p., sul diritto ad un interprete) conforme alle disposizioni convenzionali.

Sul terreno interpretativo ci sembra che debba collocarsi anche la giurisprudenza costituzionale che, in passato, ha utilizzato gli atti internazionali sui diritti umani nel contesto dell'art. 2 Cost., il quale riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo. Ci riferiamo, in particolare, alla sentenza del 22 ottobre 1999 n. 388, la quale afferma che “i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (...): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 Cost. (...), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione”. Alla luce di tale sentenza è dubbio che possa rinvenirsi un rinvio esplicito dell'art. 2 Cost. alle convenzioni sui diritti umani, sicché non può prospettarsi propriamente una loro “costituzionalizzazione”³¹; esse operano, tuttavia, come strumenti di ricognizione dei diritti umani, in un'ottica storica ed evolutiva degli stessi, che si riflette essenzialmente (come espressamente dichiara la sentenza in esame) nell'interpretazione dell'ordinamento interno, in particolare delle sue disposizioni costituzionali sui diritti umani.

La stessa Convenzione europea, come si è accennato, non può applicarsi solo come un complesso di norme scritte, ma anche – e principalmente – quale diritto vivente, cioè come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, alla quale spetta l'ultima parola sull'interpretazione della Convenzione³². Come risulta dalla giurisprudenza costituzionale, ed è vigorosamente ribadito nelle sentenze del 24 ottobre 2007, la Corte costituzionale suole riferirsi costante-

³⁰ Sopra, par. 2.

³¹ In senso diverso cfr. M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 15.

³² In questo senso Corte cost., 24 ottobre 2007 n. 349.

mente alla giurisprudenza della Corte europea, a riprova che essa intende il significato della Convenzione europea per come essa è interpretata dalla Corte di Strasburgo³³. La giurisprudenza di quest'ultima (al di là degli effetti di giudicato) esprime una “*autorité de chose interprétée*”³⁴, nel senso che l'interpretazione della Corte tende a consolidarsi e ad imporre il significato delle disposizioni della Convenzione da essa risultante.

Di conseguenza il dovere di interpretazione conforme del giudice nazionale si estende, dal testo della Convenzione, alla giurisprudenza della Corte europea; e per altro verso – come si è ricordato³⁵ – il controllo di compatibilità della Convenzione europea con la Costituzione, alla quale è subordinata l'idoneità della stessa a fungere quale parametro di costituzionalità della legge italiana, si sposta dal testo della Convenzione alla giurisprudenza della Corte europea, dalle norme scritte al diritto vivente.

9. Un problema diverso, rispetto all'efficacia sul piano interpretativo della giurisprudenza europea per il giudice nazionale, si pone quando una sentenza della Corte sia invocata nel suo valore di giudicato al fine di ottenerne l'esecuzione in un processo interno. Ci riferiamo, per fare esempi reali, alla richiesta di restituzione in termini per appellare una sentenza, passata in giudicato, resa in un processo in contumacia giudicato dalla Corte europea come comportante una violazione dell'art. 6 della Convenzione; o alla richiesta di dichiarare l'inefficacia (o l'ineseguibilità) di una sentenza, passata in giudicato, a una pena detentiva decretata a seguito di un processo, anch'esso giudicato dalla Corte europea come contrario al diritto all'equo processo di cui al predetto art. 6.

Nei due casi considerati la Corte di cassazione penale, con sentenza del 3 ottobre 2006 n. 32678 (ricorrente Somogy)³⁶ e con sentenza del 25 gennaio 2007 n. 2800 (relativa al caso *Dorigo*)³⁷, ha affermato che il giudice italiano deve conformarsi alla pronuncia della Corte europea che abbia accertato la violazione di un diritto umano (nella specie all'equo processo), anche se ciò comporti il superamento o la “neutralizzazione” della sentenza statale passata in giudicato. Di conseguenza, nel primo caso, il ricorrente andava rimesso in termini per appellare la sentenza; nel secondo, pur non essendo possibile una *restituito in integrum* nella forma della revisione del processo (in quanto non contemplata, nella specie, dalla legge italiana), il giudice dell'esecuzione doveva dichiarare l'ineseguibilità della sentenza di condanna e l'inefficacia dell'ordine di esecuzione. La posizione assunta dalla Cassazione penale in tali sentenze si fonda su due argomenti essenziali: da un lato, la natura sovraordinata della Convenzione

³³ Cfr., anche per riferimenti, D. TEGA, *op. cit.*, p. 78.

³⁴ Cfr. E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999, p. 176 ss.; sul punto cfr. le osservazioni di M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 18 s.

³⁵ Sopra, par. 4.

³⁶ In *RDI*, 2006, p. 1197 ss.

³⁷ In *RDI*, 2007, p. 601 ss.; cfr., inoltre, Trib. Roma, 9 novembre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, p. 268 ss.

europea e la conseguente disapplicazione del diritto interno incompatibile con la stessa; dall'altro, l'obbligo dello Stato di eseguire le sentenze della Corte rese nei suoi confronti, obbligo in virtù del quale anche il giudice italiano è tenuto a conformarsi a tali sentenze.

Sul primo argomento abbiamo già rilevato che l'incompatibilità della legge interna con la Convenzione europea (come interpretata dalla sua Corte), se non è risolvibile in via interpretativa, non consente la sua disapplicazione da parte del giudice comune, ma implica che quest'ultimo sottoponga alla Corte costituzionale la relativa questione ai sensi dell'art. 117, 1° comma³⁸. Riguardo al secondo argomento va osservato, anzitutto, che, a seguito di una recente evoluzione della giurisprudenza della Corte europea, così come delle prese di posizione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa (che, in base all'art. 46, par. 2, sorveglia l'esecuzione delle sentenze), l'originario margine di discrezionalità di cui godeva lo Stato nella scelta dei mezzi di esecuzione della sentenza si è progressivamente ridotto. Sia il Comitato dei ministri che la Corte europea affermano che lo Stato è tenuto ad adottare misure di carattere individuale (o specifico) e generale per l'esecuzione della sentenza; le prime tendono a ripristinare la situazione di fatto e giuridica preesistente alla violazione, essendo la *restituito in integrum* la maniera più idonea a garantire l'esecuzione della sentenza; nel caso di violazione del diritto all'equo processo di cui all'art. 6 la revisione della sentenza di condanna appare la misura individuale esemplare di *restituito in integrum*. Le misure generali sono volte, invece, a prevenire ulteriori violazioni, quelle strutturali o sistemiche, derivanti, in maniera pressoché inevitabile, dalla legislazione dello Stato, risultante dalla sentenza della Corte europea di per sé in contraddizione con disposizioni della Convenzione³⁹.

Ora, non vi è dubbio che le misure generali abbiano, in principio, contenuto normativo e debbano essere adottate, pertanto, dal legislatore. Per esempio, appariva diretto a dare esecuzione alla sentenza della Corte europea del 9 settembre 1998 nell'affare *Dorigo c. Italia*, che aveva accertato la violazione dell'art. 6 della Convenzione nel processo sulla base del quale il ricorrente era stato condannato, il disegno di legge approvato dal Consiglio dei ministri il 3 agosto

³⁸ Sopra, par. 6.

³⁹ Sui più recenti sviluppi relativi all'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo cfr. *La Convenzione europea dei diritti umani e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003; P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004; L. CAFLISCH, *New Practice Regarding the Implementation of the Judgments of the Strasbourg Court*, in *IYL*, 2005, p. 3 ss.; P. DE STEFANI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo dei diritti umani: panorama europeo e sviluppi recenti nella giurisprudenza italiana*, in *Pace diritti umani*, 2006, n. 3, p. 51 ss.; P. PUSTORINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e revisione dei processi penali: sviluppi nella giurisprudenza italiana*, in *DUDI*, 2007, p. 678 ss.; A. TAMIETTI, *Un ulteriore passo verso una piena esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di equo processo: il giudicato nazionale non è di ostacolo alla riapertura del processo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1015 ss.; C. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in questa *Rivista*, 2008, p. 29 ss.

2007: esso, infatti, prevedeva l'inserimento nel codice di procedura penale, al libro IX, di un titolo IV-*bis*, diretto a consentire la revisione delle sentenze di condanna a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che avesse accertato la violazione del diritto all'equo processo. Nel caso, deprecabile, ma alquanto realistico, di inerzia del legislatore, il giudice non può "creare" la norma (o modificare quelle esistenti); egli deve sottoporre alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità della legge vigente in quanto, essendo incompatibile con l'obbligo di esecuzione delle sentenze della Corte europea prescritto dall'art. 46 della Convenzione, viola gli obblighi internazionali e, di conseguenza, l'art. 117, 1° comma. È quanto ha fatto, sia pure seguendo un diverso ragionamento, la Corte d'appello di Bologna con la citata ordinanza del 21 marzo 2006, nella quale, con riferimento al caso *Dorigo*, ha chiesto, sostanzialmente, alla Corte costituzionale una sentenza additiva rispetto all'art. 630 c.p.p., che ricomprenda tra le ipotesi di revisione il caso di inconciliabilità dei fatti stabiliti a fondamento della condanna con la sentenza della Corte europea che abbia accertato l'assenza di equità del processo ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

C'è da chiedersi, peraltro, se il giudice (pur in assenza di adeguati interventi legislativi) possa adottare misure individuali di esecuzione, volte a determinare una *restituito in integrum*, come ha fatto la Corte di cassazione nelle sentenze testé ricordate, mediante la restituzione nei termini d'impugnazione, o la dichiarazione di ineseguibilità della sentenza di condanna. In linea di principio, non vi è alcun ostacolo a che il giudice provveda all'esecuzione della sentenza della Corte europea; anzi, è da ritenere che anche sul giudice, quale organo dello Stato, incomba il dovere, ai sensi dell'art. 46 della Convenzione europea, di dare esecuzione alle sentenze della Corte europea. È da ritenere, per esempio, che se il giudice, mediante un'interpretazione del proprio ordinamento effettuata in conformità con la sentenza europea, riesca a individuare un provvedimento che garantisca l'esecuzione di quest'ultima, egli debba adottarlo. Tuttavia, l'opera del giudice non può spingersi sino al punto di disporre misure contrarie alla legge italiana: ciò si risolverebbe, infatti, in una disapplicazione della legge, che – per quanto si è osservato – non è consentita al giudice comune.

Tale limite, consistente in definitiva nella subordinazione del giudice alla legge, riguarda invero anche il rispetto del giudicato, il quale si fonda sulla legge. È quindi difficile, sotto questo aspetto, ammettere il potere del giudice di "neutralizzare" – come nelle citate sentenze della Cassazione penale – tale giudicato. Ma deve riconoscersi che è difficile anche accettare l'idea che resti in carcere un condannato in base a un processo che la Corte europea abbia giudicato non equo. Da questo punto di vista è ben comprensibile lo sforzo del giudice, teso a svolgere un ruolo di supplenza e di stimolo rispetto ad un legislatore non sempre attento e adempiente rispetto all'obbligo di eseguire le sentenze della Corte europea. E – deve aggiungersi – non è neppure da escludere, come suggerisce il Procuratore generale presso la Corte di cassazione nel caso *Dorigo*, che la stessa disciplina del giudicato possa "piegarsi" ad un'interpretazione conforme alla Convenzione europea, poiché, a seguito della dichiarazione della

violazione dell'art. 6 della stessa, "il titolo di condanna in effetti non è ancora divenuto definitivo, stante la necessità della rinnovazione del giudizio, con la conseguenza che l'esecuzione della pena residua ancora da scontare in ragione di detenzione domiciliare non poteva essere proseguita, ma doveva farsi cessare"; con la precisazione che "l'art. 5 par. 4 della Convenzione riconosce il diritto a chi ha riportato condanna in un procedimento giudiziario ritenuto non equo dalla Corte di giustizia europea di presentare ricorso al giudice nazionale affinché accerti la legalità della detenzione e, se riconosciuta illegittima, ne ordini la liberazione" e che "tale rimedio esiste nel nostro ordinamento e si identifica nella richiesta di incidente, che dà impulso alla procedura *ex art. 670 cod. proc. pen.*". In altri termini, la definitività della sentenza interna andrebbe "interpretata" in maniera conforme all'art. 6 della Convenzione (se non all'obbligo di dare esecuzione alla sentenza della Corte europea).

Quale che sia l'esatta portata della giurisprudenza in parola della Cassazione penale, essa, come si è detto, mette in luce una carenza del legislatore, al quale spetterebbe disciplinare, in maniera organica, i modi e le procedure per adeguare l'ordinamento interno agli obblighi conseguenti alle sentenze della Corte europea. È noto, peraltro, che un intervento di carattere generale è stato effettuato con la legge 9 gennaio 2006 n. 12, contenente disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁰. Essa, modificando la legge 23 agosto 1988 n. 400 ("Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri"), stabilisce che il Presidente del Consiglio, direttamente o mediante delega a un ministro, "promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano; comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce". Tale intervento legislativo, per quanto apprezzabile, appare eccessivamente cauto e non adeguato ad assicurare l'adozione di misure legislative che, dando esecuzione alle sentenze della Corte europea, risolvano le cause "strutturali" delle violazioni. A tal fine sarebbe forse opportuno un meccanismo che, ispirandosi allo strumento della legge comunitaria (prevista annualmente per l'adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dell'appartenenza all'Unione europea⁴¹), attribuisse al Governo il compito di predisporre un disegno di legge da presentare al Parlamento secondo una certa periodicità (o,

⁴⁰ In *GURI* n. 15 del 19 gennaio 2006; norme per l'esecuzione di tale legge sono state adottate con Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 1° febbraio 2007, in *GURI* n. 8 del 10 aprile 2007. Non mancano, poi, interventi legislativi volti a dare esecuzione a sentenze della Corte europea in specifiche materie, come il decreto legge 21 febbraio 2005 n. 17, recante disposizioni urgenti in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna, convertito in legge 22 aprile 2005 n. 60 (in *GURI* n. 94 del 23 aprile 2005).

⁴¹ Il procedimento di adozione di tale legge comunitaria e i suoi contenuti sono regolati attualmente dalla legge 4 febbraio 2005 n. 11, in *GURI* n. 37 del 15 febbraio 2005.

in alternativa, ogni qualvolta fosse emanata una sentenza contro il nostro Paese), in modo da garantire lo stato di conformità dell'ordinamento italiano alle pronunce rese dalla Corte europea verso l'Italia. Un meccanismo legislativo "a regime" rappresenterebbe la via più idonea per un corretto adeguamento agli obblighi derivanti dalla Convenzione europea e quindi, in definitiva, anche al precetto dell'art. 117, 1° comma, Cost. Esso, inoltre, gioverebbe alla certezza del diritto e ricondurrebbe a un rapporto corretto ed equilibrato il ruolo del legislatore rispetto a quello del giudice comune, non più costretto a "forzare" (oltre il limite dell'interpretazione conforme) la legge interna, sino al punto di disapplicarla, e a quello della Corte costituzionale, limitato alle ipotesi, di carattere eccezionale, di una legge interna che non dia corretta esecuzione alla sentenza europea o, al contrario, di una sentenza siffatta che (per quanto, eventualmente, eseguita dal legislatore) appaia in contrasto con disposizioni della Costituzione.

Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo

SOMMARIO: 1. La Corte nella struttura della Convenzione. – 2. I poteri di “accertamento” della Corte e l’equa soddisfazione prevista dall’art. 41 della Convenzione. – 3. Le sentenze della Corte e gli obblighi derivanti agli Stati dall’art. 46. – 4. La *restitutio in integrum* ed il nuovo orientamento della Corte nell’interpretazione degli articoli 41 e 46. – 5. Il definitivo abbandono della precedente giurisprudenza e l’affermarsi dei nuovi poteri della Corte. – 6. Il ruolo del Comitato dei ministri a favore dei nuovi poteri della Corte, nel contesto dell’azione svolta per il controllo dell’esecuzione delle sentenze. – 7. Le sentenze “pilota” e l’esigenza di risolvere i problemi strutturali degli Stati nella più recente evoluzione della giurisprudenza della Corte. – 8. Il carattere innovativo delle sentenze della Corte: da “accertamento” a “piena giurisdizione”.

1. Negli ultimi anni la Corte europea diritti dell'uomo, nella prospettiva di assicurare il rispetto degli obblighi assunti dagli Stati membri con la partecipazione alla Convenzione, ha integrato le proprie sentenze, con le quali constatava la violazione di una norma della Convenzione, indicando allo Stato l’esigenza di adottare misure interne sia a carattere individuale o anche generale per eliminare le cause che avevano condotto alla violazione.

La recente evoluzione ha sollevato un evidente problema interpretativo, ed a volte anche la negativa reazione di taluni Stati membri, e merita pertanto una rilettura delle disposizioni convenzionali e della giurisprudenza al fine di valutare la legittimità della richiamata evoluzione/innovazione.

L’istituzione della Corte è prevista dall’art. 19 della Convenzione. La norma precisa che l’obiettivo e lo scopo per il quale viene istituita la Corte è quello “di assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle alte Parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi protocolli”. La disposizione può essere considerata una norma di obiettivo e di risultato che pone, da un lato, i soggetti che hanno assunto l’obbligo, cioè gli Stati parti della Convenzione, dall’altro, i testi dai quali sono ricavabili obblighi certi. L’obiettivo che si vuole raggiungere è quello di assicurare il rispetto di tali obblighi. È il caso di sottolineare che il verbo utilizzato dall’articolo “assicurare”, “*assurer*” – “*to ensure*”, non indica una semplice attività di verifica: non si tratta, cioè, di valutare se gli Stati rispettino o no l’obbligo, ma di porre in essere una attività giurisdizionale per assicurare che tale rispetto si realizzi.

Secondo l'art. 32 la competenza della Corte si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli; si tratta cioè di una competenza estremamente ampia che non si limita ai diritti dell'uomo garantiti della Convenzione ma a qualunque questione nascente dalla interpretazione ed applicazione del testo. In questo senso l'obiettivo di assicurare il rispetto degli obblighi assunti di cui all'art. 19 può essere certamente inteso come comprensivo di qualunque obbligo e non limitato alla tutela dei diritti umani, ancorché questa rappresenti l'obbligo essenziale della Convenzione stessa.

Che la competenza della Corte sia poi una *competenza esclusiva* discende non soltanto dalla ovvia considerazione che la Corte è stata creata dalle stesse Parti contraenti, nello stesso ambito giuridico della Convenzione con le finalità di cui sopra, ma è sottolineata altresì dall'art. 55 mediante il quale "le Parti contraenti rinunciano a sottoporre ad altre istanze internazionali le controversie nate dalla interpretazione e dall'applicazione della presente Convenzione". Infine, secondo un principio abbastanza diffuso nei sistemi giurisdizionali, l'estensione della competenza della Corte, ove si dovessero verificare contestazioni, è rimessa all'apprezzamento dalla Corte stessa. La Corte, cioè, è giudice della propria competenza. (art. 32, par. 2).

Sulla base del ricorso presentato (sia individuale che statale) la Corte, come è noto, deve accertare se dai fatti invocati nel ricorso, ed esaminati successivamente nella procedura, si possa concludere che lo Stato abbia violato uno degli obblighi ad esso derivanti dalla partecipazione alla Convenzione, generalmente nell'ambito dei diritti garantiti. Sulla base di tale premessa si è sempre sostenuto che la competenza della Corte si limita ad accertare se vi è stata o meno una violazione della Convenzione e si è coerentemente ritenuto che le sentenze della Corte sono sentenze di mero *accertamento*. In altri termini la Corte, una volta accertata l'esistenza della violazione compiuta dallo Stato, nello specifico caso sottoposto alla sua attenzione, conclude il suo operato non avendo alcun potere specifico di ordinare o anche indicare allo Stato quale comportamento tenere a seguito della violazione accertata. L'unica eccezione ammessa, come vedremo, è quella dell'equa soddisfazione¹.

L'intenzione iniziale, ed in particolare del delegato francese Teitgen, era quella di dotare la Corte di un potere di cassazione per annullare le norme interne in contrasto. La tesi fu respinta dai governi². La Corte stessa peraltro ha più

¹ Cfr. N. SCANDAMIS, *Les jugements déclaratoires entre Etats*, Paris, 1975. Già nella sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, par. 58, la Corte afferma che la propria sentenza è "essenzialmente dichiarativa" e che lo Stato rimane libero di scegliere i mezzi per adattare l'ordinamento interno agli obblighi derivanti dalla Convenzione.

² I progetti iniziali (*Projet Foster* del congresso del Movimento europeo presentato al Comitato dei ministri nel luglio 1949, in *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, I, p. 42 e II, p. 301, La Haye, 1975), tendevano a fare della Corte una vera giurisdizione sopra nazionale; la tesi, come è noto, fu abbandonata. Prima sessione dell'Assemblea consultiva, Strasburgo 10 agosto 1949, *ivi*, I, p. 45.

volte sostenuto di non essere abilitata a ordinare specifiche misure di esecuzione³. Anche nei casi in cui i ricorrenti hanno chiesto alla Corte di esprimere ingiunzioni nei riguardi delle autorità statali, in vista di ottenere riparazione delle violazioni subite, essa ha rifiutato di farlo.

In una prima fase il carattere declaratorio delle sentenze della Corte era stato affermato non soltanto dalla Corte stessa, ma ripreso anche dal Comitato dei ministri⁴. Secondo questa tesi sembrerebbe che la Corte non possa far altro che accertare una violazione del diritto rinviando poi al Comitato il compito di precisare gli obblighi a carico degli Stati. Questa tesi, certamente comoda per gli Stati, è stata per lungo tempo seguita al Comitato dei ministri.

La Corte unica, come è noto, è erede della Commissione e della precedente Corte, in quanto “*garante della realizzazione degli obiettivi e degli ideali del Consiglio d’Europa ed anche guardiana dell’ordine pubblico comunitario delle libere democrazie d’Europa*”; ordine pubblico che persegue il fine di “*salvaguardare il patrimonio comune delle tradizioni politiche di ideali di libertà e di preminenza del diritto*”⁵.

Sulla base di questa premessa occorre chiedersi se il meccanismo del ricorso individuale inserito nella Convenzione abbia il solo scopo di tutelare l’individuo, di fronte all’eventuale violazione dei suoi diritti, ovvero anche quello di consentire alla Corte di individuare, attraverso il ricorso, le lacune esistenti nei singoli Stati e quindi agire nell’interesse generale dell’accennato ordine pubblico europeo. Naturalmente questa seconda funzione non è alternativa alla prima ma soltanto complementare. Si potrebbe così ritenere che il ruolo assunto dalla violazione subita dall’individuo è secondario di fronte allo scopo essenziale che è quello di assicurare il livello generale di protezione dei diritti dell’uomo in Europa. In realtà, infatti, nella maggior parte dei casi che offre la giurisprudenza della Corte i ricorsi individuali evidenziano assai spesso problemi di carattere generale che rendono necessario un intervento dello Stato per assicurare il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione. In tal senso, infatti, la Corte ha da tempo sostenuto che le proprie sentenze non servono soltanto a risolvere il caso di cui essa è investita ma più ampiamente a chiarire, salvaguardare e sviluppare le norme della Convenzione e contribuire in tal modo al rispetto degli impegni

³ Cfr., fra le altre, le sentenze del 18 gennaio 1978, *Irlanda c. Regno Unito*, paragrafi 186-187; del 24 dicembre 1983, *Dudgeon c. Regno Unito* (art. 50, oggi 41), par. 15; del 14 settembre 1987, *Gillow c. Royaume-Uni* (art. 50, oggi 41), par. 9; del 13 luglio 1965, *Nasri c. Francia*, par. 50; del 20 settembre 1993, *Saidi c. Francia*; del 2 dicembre 1987 *Bozano c. Francia*; del 23 aprile 1996, *Remli c. Francia*, par. 54; del 21 giugno 2002, *APBP c. Francia*, par. 41, ove la Corte ha statuito che la Convenzione non le dà la competenza di indirizzare una direttiva o una ingiunzione all’Alta parte contraente.

⁴ Il carattere meramente declaratorio della sentenza è stato affermato dalla Corte già nella sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, par. 58.

⁵ *Commission européenne, affaire Austria c. Italia* (788/60), in *Annuaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, 1961, p. 117.

assunti dagli Stati, nella qualità di Parti contraenti⁶. Spesso la Corte, nel costruire la nozione di ordine pubblico europeo, ha suggerito anche il carattere costituzionale della Convenzione⁷, e parte della dottrina ha seguito tale orientamento⁸.

Più di recente poi la Corte ha fatto ancora un passo avanti affermando il valore quasi costituzionale delle sentenze e spiegando che se il sistema posto in essere dalla Convenzione ha per obiettivo finale quello di offrire un ricorso agli individui, esso ha ugualmente lo scopo di risolvere, nell'interesse generale, questioni che attengono all'ordine pubblico europeo elevando così il livello delle norme di protezione dei diritti dell'uomo ed estendendo la propria giurisprudenza all'insieme della comunità degli Stati parti contraenti della Convenzione⁹. Siffatta interpretazione della competenza della Corte può ben oltrepassare i limiti di un ricorso individuale e proiettarsi nell'ambito di problematiche che rilevano dell'ordine pubblico europeo.

2. Il carattere declaratorio della sentenza incontra la sola eccezione prevista dall'art. 41. Ai sensi di questa disposizione, "se la Corte dichiara che vi è stata una violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta parte contraente non permette di riparare, se non in modo incompleto le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda alla parte lesa, se del caso, un'equa soddisfazione".

Questo principio si discosta evidentemente dalla accennata natura di mero accertamento che avrebbero le sentenze della Corte per il semplice fatto che consente all'organo giudiziario, peraltro sempre con sentenza, di andare oltre l'accertamento della violazione compiuta e disporre almeno di una specifica misura, cioè della capacità di ordinare allo Stato una equa soddisfazione nei confronti dell'individuo, generalmente sotto forma di una somma di denaro¹⁰.

Per decidere sull'applicazione dell'art. 41 la Corte deve verificare, anzitutto, se il diritto interno non permette del tutto, o permette in maniera imperfetta, di rimuovere gli effetti della violazione e di conseguenza riconoscere un'equa sod-

⁶ Già nella sentenza del 23 luglio 1968, *Certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, la Corte aveva constatato la non conformità dell'art. 7, par. 3 della legge belga del 2 agosto 1963 con la Convenzione. Analogamente si è poi espressa nella sentenza del 7 dicembre 1976, *Kjeldsen, Madsen e Pedersen c. Danimarca* (in relazione alla legge del 27 maggio 1970), nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 154 ed in numerosi altri casi.

⁷ Cfr., fra le altre, le sentenze del 4 marzo 1992, *Christomos c. Turchia*, par. 22 ("instrument constitutionnel de l'ordre public européen dans le domaine des droits de l'homme") e del 23 marzo 1995, *Loizidou c. Turchia*, par. 75 ("La Convention en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen").

⁸ Cfr. E. LAMBERT *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, 1999, p. 23 ss.; L. WILDHABER, *Un avenir constitutionnelle pour la Cour européenne des droits de l'homme?*, in RUDH, 2002, p. 2 ss.

⁹ Sentenza del 24 luglio 2003, *Karner c. Austria*, par. 26.

¹⁰ Sull'equa soddisfazione, di cui all'art. 41 (già 50), vi è un'ampia bibliografia. Si fa rinvio a quella citata da P. PIRRONE, *L'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, p. 47, nota 83.

disfazione alla vittima. Nella norma richiamata le due parti che rilevano sono, da un lato, il ricorrente vittima e, dall'altro, lo Stato autore della violazione. Prevedendo un'equa soddisfazione per la parte lesa, cioè la vittima, sembrerebbe che l'obiettivo della norma sia unicamente l'individuo ricorrente e non anche altri effetti e conseguenze della accertata violazione.

Alla luce di una interpretazione letterale dell'art. 41, sembra che qualsiasi valutazione della Corte in ordine alla violazione debba limitarsi agli aspetti strettamente riguardanti l'individuo leso. Di conseguenza, qualora la Corte dovesse riscontrare la contrarietà agli obblighi convenzionali di un atto interno, anche a portata generale, suscettibile di ledere chiunque dovesse trovarsi nella stessa condizione del ricorrente, essa non potrebbe ordinare allo Stato responsabile di adottare provvedimenti interni idonei ad eliminare l'accertata incompatibilità.

In circostanze simili, la Corte potrebbe solo prescrivere la corresponsione, a favore della vittima, di un equo compenso a titolo di riparazione del torto subito in conseguenza dell'applicazione di una norma interna o di un provvedimento amministrativo o giudiziario contrari ai principi dettati dalla Convenzione europea. L'art. 41 non attribuirebbe alla Corte il potere di ordinare specifiche misure individuali, destinate a sanare la violazione subita in prima persona dal ricorrente¹¹.

Nella precedente giurisprudenza la Corte, infatti, a fronte di una violazione determinata dall'applicazione di una norma interna in contrasto con la Convenzione, si limitava a determinare l'equa soddisfazione per il ricorrente. È bensì vero che nella motivazione della sentenza il contrasto della norma o dell'atto interno con la Convenzione era evidenziato come motivazione delle conclusioni, ma in queste ultime la Corte si limitava a constatare la violazione accertata e quindi a stabilire l'equa soddisfazione a favore della vittima.

A ben vedere, tuttavia, da una più fedele lettura dell'art. 41, risulta evidente che una constatazione di violazione comporta *anzitutto* la cessazione della vio-

¹¹ In questo senso, cfr., tra le altre, le sentenze del 25 giugno 1987, *Baggetta c. Italia*, par. 30; del 23 maggio 1991, *Oberschlick c. Austria*, par. 65; *Nasri c. Francia*, cit., par. 49; del 28 luglio 1999, *Selmouni c. Francia*, par. 126. Con particolare riferimento alla revisione del processo, v. la sentenza del 22 settembre 1994, *Pelladoha c. Paesi Bassi*, par. 44, in cui la Corte ha negato in maniera esplicita di avere giurisdizione "to direct the Government to reopen the proceedings". Nella sentenza del 9 giugno 1988, *W. c. Royaume-Uni* (art. 50), il giudice De Meyer avanza un'opinione contraria sostenendo che la funzione della Corte di assicurare il rispetto degli impegni assunti dagli Stati può "(...) dans certaines circonstances impliquer le pouvoir de faire des injonction". Favorevole a questa tesi, S. K. MARTENS *Individual Complaints under the Art. 53 of the European Convention on Human Rights*, in *Essays in Honour of H. G. Schermers*, III, Dordrecht, 1994, p. 269 ss. Nel caso *N. F. c. Italia* del 2 agosto 2002, invece, la Corte, pur non pronunciandosi espresamente sulla richiesta del ricorrente di condannare lo Stato italiano ad adottare tutte le misure specifiche necessarie a porre fine alla violazione contestata, ha dato l'impressione di voler pilotare l'Italia verso l'adozione di un possibile strumento di esecuzione della sentenza (par. 42). Già nel lontano 1966, un giudice della Corte considerava una lacuna la mancanza del carattere esecutivo delle sentenze e proponeva di ispirarsi al sistema della Corte di giustizia delle Comunità europee per modificare la Convenzione, W. J. GANSHOF VAN DER MERSCH, *Organisations européennes*, Bruxelles, 1966, p. 338.

lazione e non la sua riparazione. La concessione dell'equa soddisfazione deve essere presa in considerazione in secondo luogo proprio perché un altro obbligo prevale, cioè quello di rimuovere le conseguenze della violazione. D'altronde, l'obbligo di porre fine alla violazione discende, altresì, dall'art. 1 della Convenzione, con il quale gli Stati hanno riconosciuto e riconoscono ad ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nella Convenzione.

In realtà, il pagamento di una somma di denaro non esonera lo Stato dal rispetto degli altri obblighi derivanti dall'art. 41; se così fosse, infatti, il sistema convenzionale perderebbe tutto il suo obiettivo primario, che è quello di assicurare il rispetto dei diritti e delle libertà garantiti dalla Convenzione e non la distribuzione di somme di denaro a titolo di indennizzo. L'obbligo di porre termine alla violazione coesiste con l'obbligo di pagare¹².

3. Se, come si è detto, la Corte deve limitarsi ad accertare se vi è stata o no violazione della Convenzione, questo accertamento, compiuto nel caso concreto sottoposto all'esame della Corte sulla base delle motivazioni della sentenza, indicherà i diversi motivi che hanno portato alla violazione. A fronte di questa sentenza lo Stato, sulla base all'art. 46, è obbligato a riconoscerne il carattere vincolante, a darvi esecuzione ed a conformarsi alla sentenza stessa.

La dottrina, al riguardo, ha aperto un dibattito inteso a conoscere se conformarsi alla sentenza significa conformarsi a quello che comunemente si chiama *dispositivo* della sentenza o all'intera sentenza. Senza entrare nel dettaglio di questa polemica, nel caso specifico delle sentenze della Corte, nelle quali il dispositivo frequentemente è assai stringato, per la loro stessa natura di sentenze inizialmente di accertamento, è ovvio che le motivazioni rappresentano parte integrante del dispositivo, nel senso che sono necessarie per valutare la portata e gli effetti del dispositivo stesso¹³.

¹² F. LAZAUD, *L'exécution par la France des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence, 2006, p. 123; v. anche H. C. KRUGER, *Reflections on Some Aspects of Just Satisfaction under the European Convention on Human Rights*, in *Liber Amicorum M. A. Eissen*, Bruxelles, 1995, p. 255 ss. Come dirà successivamente la Corte "il serait absurde que la Cour accord à la partie lésée une satisfaction équitable et qu'elle consente ensuite tacitement à la poursuite du statu quo auquel l'Etat auteur de la violation ne serait pas tenu, en application de l'interprétation antérieure du libellé de l'art. 41" (così, B. ZUPANCIC, *Opinion concordante*, annessa alla sentenza del 22 giugno 2004, *Broniowski c. Polonia*).

¹³ Il problema della obbligatorietà delle sentenze limitato al solo "dispositivo" ovvero anche ai motivi, è stato da tempo affrontato in relazione alla Corte permanente di giustizia internazionale (J. LIMBURG, *L'autorité de la chose jugée des décisions des juridictions internationales*, in *RCADI*, 1929, V, p. 547 ss.) e quindi in relazione alle sentenze della Corte internazionale di giustizia (E. HAMBRO, *The Reasons behind the Decisions of the International Court of Justice*, in *Current Legal Problems*, 1954, p. 212 ss.; E. TUNCEL, *L'exécution des décisions de la Cour internationale de justice selon la Charte des Nations Unies*, Neuchâtel, 1960; S. ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, Leyden, 1965; T. H. W. VERZIJL, *The Jurisprudence of the World Court*, Leyden, 1965; M. GOUNELLE, *La motivation des acts juridiques*, Paris, 1979, p. 127 ss.; A. EL QUALI, *Effets juridiques de la sentence internationale; contribution à l'étude de l'exécution des*

A mio avviso, quindi, l'obbligo dello Stato di conformarsi alla sentenza riguarda la sentenza nel suo complesso e non certo una o altra parte specifica del documento, dal momento stesso che la sentenza va letta come atto unitario e le motivazioni addotte dalla Corte costituiscono la premessa interpretativa logica per giungere alle conclusioni¹⁴.

La Corte, nelle sue motivazioni, avrà certamente rilevato che una disposizione, un atto, un comportamento, ecc. sono contrari ad un articolo della Convenzione ed hanno, quindi, determinato la violazione. La Corte non precisa che per conformarsi alla sentenza bisogna modificare correggere o abolire quell'atto, quel comportamento, quella norma ecc. perché, come si è detto, non avrebbe il potere di imporre agli Stati un comportamento specifico.

Per dare esecuzione alla sentenza della Corte, gli Stati conservano un margine di apprezzamento, nel senso che possono scegliere le diverse misure possibili, sempre che queste misure esistano. Quando la violazione, ad esempio, consiste nel comportamento di un'autorità penitenziaria, è ovvio che lo Stato, che è tenuto a modificare questo comportamento, può scegliere fra diversi strumenti, da quelli più complessi di natura normativa, fino alle semplici istruzioni fornite al personale penitenziario, sempre che queste siano utili allo scopo. Ed in tal caso, ovviamente, la Corte non potrebbe, nemmeno teoricamente, indicare quali di queste misure sono idonee; ciò non toglie che possano esistere altri casi nei quali il margine di apprezzamento è pressoché inesistente. Quando la Corte dovesse dire che una norma, una legge, è contraria, di per sé, ad una disposizione della Convenzione lo Stato potrà pure scegliere le forme interne: abrogazione della norma per via di ricorso costituzionale, abrogazione della norma attraverso l'intervento del Parlamento o altro, ma il risultato, con l'una o l'altra procedura, non può che essere l'abrogazione della norma in contrasto con l'obbligo convenzionale. Lo Stato, in altri termini, non può limitarsi a risolvere il caso individuale sottoposto alla Corte, versando l'equa soddisfazione, quando lo stesso trae origine da un problema sottostante che deve essere risolto per realizzare la conformità dell'ordinamento interno con la Convenzione, e quindi l'obiettivo essenziale della stessa, che è quello di assicurare il rispetto degli obblighi assunti dagli Stati¹⁵.

normes internationales, Paris, 1984; A. AZAR, *L'exécution des décisions de la Cour Internationale de Justice*, Bruxelles, 2003.

¹⁴ In questo senso G. ABI-SAAB, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris 1967, p. 247 ss. Mentre in senso opposto si era espresso D. ANZILOTTI, nell'*Opinion dissidente*, annessa alla sentenza del 16 dicembre 1927 resa nell'affare dell'*interpretazione delle sentenze 7 e 8 (fabbrica di Choržòv)*, in *CPJI Publications, Série A*, n. 13 e nel *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1915, p. 114 ss.

¹⁵ La dottrina è ricca di contributi sull'esecuzione delle sentenze della Corte europea: M. GERBINO, *Considerazioni sugli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *RDE*, 1963, p. 19 ss.; A. GIARDINA, *La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux*, in *RCADI*, 1979, IV, p. 257 ss.; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Efectos de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos y derecho español*, in *REDI*, 1985, p. 355 ss.; J. F. FLAUS, *La pratique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe au titre de l'art. 54* [ora

Ciò nonostante, quando alla Corte veniva richiesto di applicare agli Stati responsabili, a titolo di equa soddisfazione, non sanzioni pecuniarie, bensì sanzioni comportanti l'adozione di provvedimenti interni a portata generale, essa ha sempre respinto tali istanze, precisando che “*la Convenzione non le attribuisce la competenza di ingiungere allo Stato responsabile di modificare la propria legislazione*” e che “*le sue sentenze lasciano lo Stato libero di scegliere gli strumenti da impiegare nel proprio sistema giuridico interno per assolvere gli obblighi derivanti dall'art. 46 della Convenzione*”¹⁶. Così, ad esempio, nei casi *F. c. Svizzera* e *Pauwels c. Belgio*, la Corte ha respinto l'istanza dei ricorrenti di ordinare agli Stati contro i quali agivano di abrogare o modificare le normative interne che avevano pregiudicato i loro diritti¹⁷. In maniera non dissimile la Corte si è atteggiata nei confronti di quelle istanze miranti ad ottenere l'adozione, da parte dello Stato responsabile, di specifiche misure individuali a favore del ricorrente¹⁸. Così nel

46] *de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *AFDI*, 1988, p. 408 ss.; J. S. KLERK, *Supervision of the Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights*, in *NILR*, 1988, p. 65 ss.; G. UBERTAZZI, *L'accertamento della violazione della Convenzione europea come "equa soddisfazione" alla parte lesa*, in *RIDU*, 1988, p. 75 ss.; N. BUISAN GARCIA, *La eficacia en España de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos*, in *La jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos*, Madrid, 1993, p. 433 ss.; A. M. SALADO OSUNA, *Efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos en derecho español*, *ivi*, p. 189 ss.; P. LEUPRECHT, *The Execution of Judgment and Decision*, in R. S. J MACDONALD (ed.), *The European System of Protection of Human Rights*, Dordrecht, 1993, p. 791 ss.; G. COHEN-JONATHAN, *Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Liber Amicorum M. A. Eissen*, cit., p. 53 ss.; L. M. BUJOSA VADELL, *Las sentencias del Tribunal europeo de derechos humanos y el ordenamiento español*, Madrid, 1997; E. LAMBERT, *op. cit.*; A. DRZEMCZEWSKI, *Articolo 46*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, p. 685 ss.; V. ESPOSITO, *La liberté des Etats dans le choix des moyens de mise en oeuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *RTDH*, 2003, p. 823 ss.; P. PIRRONE, *op. cit.*; P. DE STEFANI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo dei diritti umani: panorama europeo e sviluppi recenti nella giurisprudenza italiana*, in *Pace diritti umani*, 2006, p. 51 ss.; B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. U.*, 2006, n. 2, p. 11 ss.

¹⁶ Cfr. le sentenze del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, cit., par. 58; del 22 marzo 1983, *Campbell e Cosans c. Regno Unito*, par. 16; del 26 ottobre 1985, *McGoff c. Svezia*, par. 31; del 18 dicembre 1986, *Johnston e altri c. Irlanda*, par. 77; del 29 aprile 1988, *Belilos c. Svizzera*, par. 78; del 26 maggio 1988, *Pauwels c. Belgio*, par. 41; del 26 ottobre 1988, *Norris c. Irlanda*, par. 50; del 31 ottobre 1995, *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, par. 34; del 13 luglio 2000, *Scozzari e Giunta c. Italia*, par. 249; del 19 ottobre 2000, *Iatridis c. Grecia*, par. 33.

¹⁷ Cfr. le sentenze del 18 dicembre 1987, *F. c. Svizzera*, paragrafi 42-43 e del 26 maggio 1988, *Pauwels c. Belgio*, paragrafi 40-41. Istanze del medesimo tenore possono rinvenirsi nelle sentenze del 18 ottobre 1982, *X c. Regno Unito*, paragrafi 13-15; *Belilos c. Svizzera*, cit., par. 78; dell'8 giugno 1995, *Yagci e altri c. Turchia*, par. 79; del 12 novembre 2002, *Lundevall c. Svezia*, par. 44.

¹⁸ Specifiche misure a favore dei ricorrenti sono state chieste alla Corte, tra gli altri, nei casi seguenti: *Pakelli c. Repubblica Federale Tedesca*, sentenza del 25 aprile 1983, par. 43, in cui si chiedeva l'annullamento di una sentenza della Corte federale di giustizia; *Albert e Le Compte c. Belgio*, sentenza del 24 ottobre 1983, par. 4, in cui i ricorrenti chiedevano di ordinare al Governo belga l'eliminazione di sanzioni disciplinari e penali; *Belilos c. Svizzera*, cit., par. 75, relativamente all'annullamento di un'ammonizione; *Remli c. Francia*, cit., paragrafi 53-54, in cui si chiedeva

caso *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, in cui i ricorrenti hanno visto respinta la loro richiesta di ordinare al Governo belga la revoca di tutte le sanzioni disciplinari e penali, di cui essi erano stati destinatari¹⁹.

L'orientamento che si desume da tale prassi giurisprudenziale depone, dunque, a favore di una nozione ristretta di "equa soddisfazione", nel cui ambito non sembra trovare spazio l'ingiunzione allo Stato responsabile di adottare specifiche misure riparatorie a carattere generale e/o individuale.

4. La successiva evoluzione ha fatto leva sul concetto di *restitutio in integrum* che dev'essere considerato il primo modo di riparazione; è bensì vero che l'art. 41 individua nella equa soddisfazione l'unica misura che la Corte può pronunciare ma ciò soltanto in via alternativa e cioè quando non sia possibile la *restitutio in integrum*. La Corte potrebbe quindi indicare anzitutto le misure per realizzare la *restitutio* e pronunciare l'equa soddisfazione solo in via alternativa quando il ripristino del diritto leso non sia possibile.

Nel caso *Papamichalopoulos* la Corte stessa afferma l'esistenza di un vero e proprio obbligo giuridico in capo agli Stati contraenti di porre un termine alla violazione e di cancellarne le conseguenze in maniera tale da ristabilire, per quanto possibile, la situazione anteriore alla violazione. Secondo la Corte: "Les États contractants parties à une affaire sont en principe libres de choisir les moyens dont ils useront pour se conformer à un arrêt constatant une violation. Ce pouvoir d'appréciation quant aux modalités d'exécution d'un arrêt traduit la liberté de choix dont est assortie l'obligation primordiale imposée par la Convention aux États contractants: assurer le respect des droits et libertés garantis (article 1). Si la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'État défendeur de la réaliser, la Cour n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-même. Si, en revanche, le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 50 [oggi art. 41] habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée"²⁰.

Questa problematica ha acceso un vivo dibattito in dottrina, dando origine a due orientamenti contrapposti. Secondo una certa corrente di pensiero²¹, la Corte

la revisione del processo e la riduzione della pena. Nella sentenza del 23 aprile 1992, *Castells c. Spagna*, la Corte rifiuta di ordinare allo Stato la pubblicazione della sentenza in un quotidiano; nella sentenza *Saidi c. Francia*, cit., la cancellazione di una condanna dal casellario giudiziario, come pure la regolarizzazione di uno straniero; nella sentenza del 22 settembre 1994, *Pelladoha c. Paesi Bassi*, la non esecuzione di una sentenza di condanna; nella sentenza del 28 luglio 1999, *Selmouni c. France*, sul trasferimento del detenuto in Olanda, ecc.

¹⁹ Cfr. sentenza del 18 ottobre 1982, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio*, par. 13.

²⁰ Cfr. sentenza *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, cit., par. 34: "un arrêt constatant une violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci".

²¹ Si veda, per tutti, P. PIRRONE, *Il caso Papamichalopoulos dinanzi la Corte europea dei diritti dell'uomo: restitutio in integrum ed equa soddisfazione*, in *RDI*, 1997, p. 167 ss. Anche secondo

europea dei diritti umani non sarebbe abilitata ad avvalersi di tutte le forme di riparazione previste dal diritto internazionale generale, essendo la sua competenza in materia circoscritta alle rigide prescrizioni di cui all'art. 41 della Convenzione. Questa disposizione, infatti, prevede che, in caso di violazione della Convenzione o dei suoi protocolli, la Corte possa intervenire in via sussidiaria, accordando un'equa soddisfazione, solo nel caso in cui l'ordinamento interno dello Stato responsabile non abbia reso possibile la *restitutio in integrum*.

Un'altra parte della dottrina²², al contrario, ritiene che la Corte di Strasburgo possa ordinare tutte le possibili forme di riparazione contemplate dal diritto internazionale generale, senza incontrare alcun limite nell'art. 41 della Convenzione. Questa disposizione, infatti, rappresenterebbe solo una deroga di natura convenzionale ai principi consuetudinari in materia di riparazione, superabile ogniqualvolta gli Stati, nei casi non previsti da tale norma, cioè nei casi nei quali il loro diritto interno consenta di rimuovere le conseguenze della violazione, manchino di provvedere all'adozione di misure adeguate. In simili circostanze, si ritiene che la Corte possa ordinare allo Stato responsabile l'adozione di tutte le misure a carattere generale e/o individuale che essa reputi idonee a sanare la violazione.

Si assiste così all'adozione di alcune sentenze che per realizzare la "*restitutio in integrum*" indicano allo Stato le misure individuali da adottare nei confronti del ricorrente-vittima. Ciò ha avuto un particolare rilievo allorché l'ordinamento interno non permetteva l'adozione di alcuna misura. I casi più frequenti hanno avuto ad oggetto la riapertura dei procedimenti interni definitivamente conclusi. Infatti, se alcune misure possono essere di adozione semplice come è il caso di misure di natura amministrativa (la non esecuzione di un ordine di espulsione o la concessione di permessi di soggiorno come è avvenuto nelle

V. STARACE, *L'inadeguatezza della vigente disciplina convenzionale relativa all'esecuzione delle sentenze e l'opportunità di adeguamenti*, in *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'esecuzione delle sue sentenze*, Napoli, 2003, p. 129, l'art. 41 non obbliga gli Stati ad introdurre nel proprio ordinamento misure idonee a realizzare la "*restitutio in integrum*" ed occorrerebbe, quindi, modificare la norma convenzionale.

²² Si vedano, tra gli altri, R. LUZZATTO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, I, Milano, 1975, p. 433 ss.; J. S. KLERK, *op. cit.*, p. 83 ss.; S. K. MARTENS, *op. cit.*; E. LAMBERT, *op. cit.* p. 182 ss.; L. A. SICILIANOS, *Les mécanismes de suivi au sein du Conseil de l'Europe*, in H. RUIZ FABRI, L. A. SICILIANOS, J. M. SOREL (dir.), *L'effectivité des Organisations Internationales, Mécanismes de suivi et contrôle*, Athènes-Paris, 2000, p. 265 ss. Anche nell'ambito della Corte si era manifestata una opinione favorevole alla possibilità di imporre allo Stato misure specifiche. Già B. ZUPANCIC, *Opinion dissidente*, annessa alla sentenza del 27 febbraio 2001, *Lucà c. Italia*, in cui si legge: "Maintes violations d'ordre procédural des droits de l'homme ne peuvent être redressées par une satisfaction équitable financière (...) le constat par la Cour d'une violation passe pour un factum novum juridique. Cela implique bien entendu que les constats de nôtre Cour doivent avoir un effet contraignant directe sur les juridictions nationales (...)".

sentenze *Djeroub c. Francia*²³ e *Nasri c. Francia*²⁴), altre sono foriere di complicazioni giuridiche non indifferenti.

La sentenza della Corte può evidenziare, altresì, che la violazione trae origine da una decisione di diritto interno, che ha assunto carattere di cosa giudicata e che, come tale, non può essere posta in discussione: questo contrasto comporta una difficoltà insanabile sul piano giuridico, che rischia di condurre ad un diniego di giustizia. Un caso esemplare è l'affare *B. c. Francia*. Con la sentenza del 25 marzo 1992, la Corte europea aveva dato ragione alla pretesa della ricorrente transessuale che il rifiuto da parte delle autorità interne di consentire la rettifica del proprio stato civile costituisse una violazione dell'art. 8 della Convenzione²⁵. Il ricorso aveva avuto esito negativo in prima istanza, in appello ed in cassazione; la ricorrente si era quindi rivolta alla Corte di Strasburgo sulla base di una pretesa violazione dell'art. 8. La ricorrente rivendicava, infatti, che il contrasto tra il suo sesso apparente e quello legale le creava difficoltà nell'inserimento sociale e professionale²⁶. La Corte conclude che, nonostante l'ampio margine di apprezzamento riservato agli Stati, si sia perpetrata, nel caso di specie, la rottura del giusto equilibrio tra l'interesse generale e quello dell'individuo (par. 63). La Corte di cassazione francese, con la sentenza pronunciata in assemblea plenaria, *Marc X et René X* dell'11 dicembre 1992, ha armonizzato la propria giurisprudenza con quella di Strasburgo, ma la ricorrente non ha potuto beneficiare di tale cambiamento giurisprudenziale a causa dell'autorità di cosa giudicata. L'orientamento diffuso era, infatti, nel senso di ritenere che le sentenze della Corte europea non avessero efficacia negli ordinamenti degli Stati parte²⁷.

²³ Cfr. sentenza del 23 gennaio 1991, *Djerouc c. Francia*.

²⁴ Sentenza *Nasri c. Francia*, cit.

²⁵ La ricorrente, al fine di sposare il suo compagno, aveva richiesto la rettifica dello stato civile; aveva, cioè, chiesto al tribunale di “dire et juger que déclaré[e] à l'état civil de son lieu de naissance du sexe masculin, [elle] présent[ait] en réalité une constitution féminine; dire et juger qu'[elle était] du sexe féminin; ordonner la rectification de son acte de naissance; dire qu'[elle] portera[it] désormais les prénoms de Lyne Antoinette”.

²⁶ “Un transsexuel ne pourrait donc cacher sa situation à un employeur potentiel et à son personnel administratif, ni dans les multiples occasions de la vie quotidienne où l'on doit prouver la réalité et le montant de son salaire (conclusion d'un bail, ouverture d'un compte en banque, demande de crédit, etc.). Des difficultés en résulteraient pour l'insertion sociale et professionnelle des transsexuels” (par. 59 della sentenza).

²⁷ In tal senso la giurisprudenza costante della Corte costituzionale italiana nonché della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato francese. Cfr. ad esempio: Corte di cassazione, Cass. Crim., 4 aprile 1994, *Saidi*: “les décisions de la CEDH n'ont aucune incidence directe en droit interne sur les décisions des juridictions nationales (...). Le moyen qui se fonde sur in arrêt de la CEDH est inopérant”. Nel suo parere del 31 marzo 1995, il Conseil d'Etat afferma esplicitamente che le eventuali mancanze aprono solamente alla vittima un diritto all'indennizzo. Non sono dunque suscettibili di rimettere in causa la regolarità delle procedure e, ancor meno, la validità delle decisioni amministrative che ne costituiscono l'oggetto. Lo stesso Conseil d'Etat, nella decisione dell'11 febbraio 2004 (*Chevol*), afferma che non risulta da alcuna stipulazione della Convenzione, ed in particolare dal suo art. 46, che le decisioni con le quali la Corte europea ha condannato la Francia possano avere per effetto di riaprire la procedura giurisdizionale che è stata chiusa con la decisione del Consiglio di Stato ed a termine della quale il ricorrente ha adito la Corte europea. Si veda

Il Comitato dei ministri, dal canto suo, si adopera per eliminare questa tendenza, e rafforza il suo controllo per la promozione degli effetti diretti delle sentenze della Corte negli ordinamenti giuridici nazionali; un esempio relativo all'Italia è contenuto nella risoluzione provvisoria del 5 luglio 2005, Res. DH(2005)56, nella quale il Comitato dei ministri “encourage toutes les autorités italiennes, et en particulier les tribunaux, à octroyer un effet direct aux arrêts de la Cour européenne afin de prévenir de nouvelles violations de la Convention, en contribuant ainsi à respecter les obligations de l'Italie en vertu de l'article 46 de la Convention”.

Il nuovo orientamento è stato ribadito dall'atteggiamento delle istanze europee le quali, desiderose di estendere le ricadute individuali della messa in moto del controllo europeo da parte del ricorrente, sottolineano oramai con insistenza che la constatazione di una violazione fa pesare sullo Stato difensore l'obbligo di porre fine alla violazione. Nel caso *E.P. c. Italia*, ad esempio, la Corte afferma un obbligo positivo degli Stati di porre fine alla violazione constatata e di cancellarne le conseguenze²⁸.

Quanto al Comitato dei ministri, nella sua raccomandazione R(2000)2 concernente il riesame o la riapertura di alcuni casi a livello interno a seguito delle sentenze della Corte europea, ha incoraggiato “les Parties contractantes à examiner leurs systèmes juridiques nationaux en vue de s'assurer qu'il existe des possibilités appropriées pour le réexamen d'une affaire, y compris la réouverture d'une procédure, dans les cas où la Cour a constaté une violation de la Convention, en particulier lorsque: i) la partie lésée continue de souffrir des conséquences négatives très graves à la suite de la décision nationale, conséquences qui ne peuvent être compensées par la satisfaction équitable et qui ne peuvent être modifiées que par le réexamen ou la réouverture, et ii) il résulte de l'arrêt de la Cour que a) la décision interne attaquée est contraire sur le fond à la Convention, ou b) la violation constatée est causée par des erreurs ou défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée”. Analoga statuizione si riscontra nelle sentenze con le quali, il 10 novembre 2004 ed il 1° marzo 2006, rispettivamente, la Corte si è pronunciata sul caso *Sejdovic c. Italia*²⁹.

anche il caso *Miailli*, nel quale il Consiglio di Stato ha cassato una decisione della Corte d'appello poiché quest'ultima aveva commesso l'errore giuridico di ritenersi vincolata dalla sentenza della Corte europea.

²⁸ Sentenza del 16 novembre 1999, *E.P. c. Italie*, paragrafi 76-77: “La requérante demande également qu'une rencontre entre elle et sa fille soit organisée le plus rapidement possible, qu'elle ait la possibilité de reprendre une relation avec celle-ci et que la décision d'adoption soit annulée. La Cour rappelle que la Convention ne lui donne pas compétence pour exiger de l'État italien qu'il s'engage à prendre les mesures demandées. L'article 46 § 1 de la Convention laisse en effet à l'État le choix des mesures, générales et/ou, le cas échéant, individuelles, à adopter dans son ordre interne afin de remplir son obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer les conséquences”.

²⁹ Cfr. le sentenze del 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*, par. 46 e del 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia* (GC), par. 119.

La Corte ha quindi rafforzato progressivamente il proprio controllo. Essa ammette oramai, in maniera esplicita, quale obbligo che discende dall'art. 46, par. 1 della Convenzione, quello di adottare misure generali e/o individuali al fine di rimuovere le conseguenze di una violazione. In particolare, nel caso *Scozzari e Giunta* la Corte, riunita in Grande Camera, afferma: “La Cour souligne tout d’abord qu’en vertu de l’article 46 de la Convention les Parties contractantes se sont engagées à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties, le Comité des Ministres étant chargé d’en surveiller l’exécution. Il en découle notamment que l’Etat défendeur, reconnu responsable d’une violation de la Convention ou de ses Protocoles, est appelé non seulement à verser aux intéressés les sommes allouées à titre de satisfaction équitable, mais aussi à choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à adopter dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d’en effacer autant que possible les conséquences”³⁰.

5. La più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo, così come la prassi del Comitato dei ministri e degli Stati in sede di esecuzione, hanno messo in luce un progressivo abbandono della linea di estrema prudenza manifestata in passato. Il caso *Sejdovic c. Italia* costituisce una delle recenti manifestazioni di una generale tendenza ad attribuire alle sentenze della Corte europea l’effetto ulteriore di imporre, a carico degli Stati responsabili, l’adozione di misure individuali, necessarie a rimuovere le conseguenze della violazione, e di misure generali, volte ad impedire che la violazione possa ripetersi.

La Corte, infatti, non solo ha considerato irrilevante, ai fini dell’esclusione dell’obbligo di reintegrazione in forma specifica, l’impossibilità giuridica interna rilevata nel caso di specie, ossia l’assenza nell’ordinamento italiano di norme in grado di garantire al ricorrente, condannato in contumacia, l’esercizio del suo diritto di difesa, ma ha anche preferito prescindere dal riconoscimento alla vittima di una somma a titolo di equa soddisfazione. In luogo di quest’ultima, la Corte ha imposto all’Italia l’adozione di specifiche misure a carattere generale e individuale, individuate, rispettivamente, nella soppressione “*di tutti gli ostacoli giuridici che possano impedire la riapertura del termine per proporre appello o l’instaurazione di un nuovo processo a favore di tutte le persone condannate in contumacia*”, e nel riconoscimento di simili garanzie a favore di *Sejdovic*³¹.

Nella richiamata sentenza *Sejdovic c. Italia* del 10 novembre 2004, dopo aver rilevato che la violazione constatata risulta non da un incidente isolato ma

³⁰ Cfr. sentenza *Scozzari e Giunta c. Italia*, cit., paragrafi 248-249. In senso analogo la Corte si è espressa nella sentenza *Papamichalopoulos e altri c. Grecia*, cit. e nelle sentenze del 5 marzo 1998, *Clooth c. Belgio*, par. 14; del 1° aprile 1998, *Akdivar c. Turchia*, par. 47; del 19 ottobre 2000, *Iatridis c. Grecia*, par. 32; del 10 aprile 2003, *Mehemi c. Francia*, par. 43; *Broniowski c. Polonia*, cit., par. 192.

³¹ Sentenza *Sejdovic*, cit., paragrafi 47 e 55. A. GIANANTI, *Riflessioni in ordine all’efficacia delle sentenze della Corte europea dei diritti umani e agli obblighi di riparazione a carico dello Stato soccombente con particolare riguardo al caso Sejdovic c. Italia*, in corso di pubblicazione.

dalla legislazione italiana (in materia di contumacia, e in particolare dalle disposizioni pertinenti del c.p.p.) e che essa può riguardare anche altre persone nel futuro³², la Corte afferma che “aux termes de l’article 46 de la Convention, lorsqu’une violation est constatée, l’Etat défendeur a l’obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l’article 41, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d’en effacer autant que possible les conséquences. (...) Compte tenu de la situation de nature structurelle qu’elle constate, la Cour observe que des mesures générales au niveau national s’imposent sans aucun doute dans le cadre de l’exécution du présent arrêt. (...) Ces mesures doivent être de nature à remédier à la défaillance structurelle dont découle le constat de violation formulé par la Cour, afin que des personnes se trouvant dans une situation comparable à celle de M. Sejdovic n’aient pas à souffrir d’une méconnaissance analogue des droits garantis par l’article 6 de la Convention”³³.

Nello sviluppo della sentenza della Corte si è posto, quindi, l’accento sui problemi strutturali che spesso può evidenziare un ricorso individuale. Come è noto, il caso tipico è quello della lentezza delle procedure giudiziarie che dipendono da un modo d’essere, da una disfunzione dell’ordinamento interno, accertata in un caso concreto, ma riferibile potenzialmente a tutti gli individui che si trovano nelle medesime condizioni. L’opinione che la sentenza della Corte debba riguardare esclusivamente il caso concreto e non possa andare oltre, non regge di fronte a situazioni strutturali quale quella evocata. Se la Corte dovesse continuare a pronunciare sentenze di accertamento di violazione nei confronti di centinaia e centinaia di casi del tutto ripetitivi la credibilità della Corte stessa ne sarebbe profondamente alterata. È bensì vero che la vittima di una violazione debba ottenere soddisfazione, ma quando la natura della violazione risiede in un

³² Sentenza *Sejdovic*, cit., paragrafi 44-45: “L’obstacle injustifié au droit du requérant d’obtenir qu’une juridiction statue à nouveau sur le bien-fondé de l’accusation dirigée contre lui n’a pas été causé par un incident isolé et n’est pas non plus imputable au tour particulier qu’ont pris les événements dans le cas de l’intéressé, mais résulte du libellé des dispositions du CPP relatives aux conditions d’introduction d’une demande en relevé de forclusion. (...) Il convient de rappeler que la Commission des Droits de l’Homme des Nations unies a exprimé l’avis que l’Italie avait violé l’article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en raison d’une condamnation par contumace survenue sans que l’accusé fût officiellement et personnellement informé des poursuites à son encontre (voir l’avis du 27 juillet 1999 rendu dans l’affaire *Ali Maliki c. Italie*)”.

³³ *Ibidem*, par. 47: “La Cour estime que l’Etat défendeur doit supprimer tout obstacle légal qui pourrait empêcher la réouverture du délai pour interjeter appel ou la tenue d’un nouveau procès pour toute personne condamnée par défaut qui, n’ayant pas été informée de manière effective des poursuites engagées à son encontre, n’a pas renoncé de manière non équivoque à son droit de comparaître à l’audience, et ce afin de garantir le droit desdites personnes à obtenir qu’une juridiction statue à nouveau, après les avoir entendues dans le respect des exigences de l’article 6 de la Convention, sur le bien-fondé de l’accusation dirigée contre elles. L’Etat défendeur doit donc mettre en place au moyen de la réglementation appropriée une nouvelle procédure qui puisse assurer la réalisation effective du droit en question, dans le respect des droits découlant de l’article 6 de la Convention”.

problema strutturale, lo Stato deve intervenire per rimuovere le cause della violazione e la Corte ha canto suo deve pretendere questa modalità di intervento³⁴.

La Corte reinterpreta altresì la nozione di *pratica incompatibile* con la Convenzione; in un primo momento era stata utilizzata dalla Corte al fine di dispensare il ricorrente dall'esaurimento delle vie di ricorso interne e condizionava dunque la ricevibilità dell'affare e non il merito (*Irlanda c. Regno Unito, Francia e altri c. Turchia*). Con la sentenza *Ferrari c. Italia* del 29 luglio 1999, la Corte rileva d'ufficio l'esistenza in Italia di una pratica incompatibile con la Convenzione e la considera come inerente il merito dell'affare, in qualità cioè di circostanza aggravante; tale nozione, secondo la Corte, implica, da un lato, l'esistenza di un'accumulazione di mancanze identiche o analoghe legate tra loro in modo da non ricondursi ad incidenti isolati o ad eccezioni; dall'altro, una tolleranza ufficiale da parte delle autorità. Questa circostanza aggravante deriva appunto dal fatto che, nonostante le ripetute constatazioni di violazione, lo Stato non abbia adottato le misure di ordine generale necessarie a prevenire la ripetizione della violazione.

6. Nel suo ruolo di sorveglianza dell'esecuzione delle sentenze *ex art. 46*, par. 2, il Comitato dei ministri si limitava tradizionalmente a ricevere le comunicazioni degli Stati membri ed a concludere, salvo rare eccezioni, con una risoluzione nella quale si dava atto dell'avvenuta esecuzione della sentenza. Tale conclusione era certamente agevole ogni qualvolta la sentenza imponeva il pagamento di una somma a titolo di equa soddisfazione, non altrettanto, invece, quando all'origine della violazione vi era il contrasto di una norma o di un atto dell'ordinamento dello Stato con la Convenzione³⁵.

Di fronte alla decisa inversione di tendenza operata dalla Corte, non si può certo trascurare l'effetto trainante svolto dal Comitato dei ministri, attraverso una serie di azioni miranti, nell'ottica della *restituito in integrum*, ad imporre allo Stato responsabile l'eliminazione delle condizioni processuali che hanno determinato un ingiustificato svantaggio. E ciò, attraverso la celebrazione di un nuovo processo, rispettoso delle garanzie di difesa della vittima, oppure, nel caso in cui il diritto interno non consenta la revisione del processo a seguito di una sentenza della Corte europea, attraverso l'introduzione di una riforma legislativa che contempra quest'ultima possibilità.

Da quando poi la Corte ha esteso il contenuto delle sue sentenze, insistendo sulla esigenza di rimuovere le cause che avevano determinato la violazione, e quindi sulle misure idonee a realizzare la *restituito in integrum*, il Comitato dei ministri ha

³⁴ Sentenza del 28 luglio 1999, *Bottazzi c. Italia*.

³⁵ Cfr. il mio volume *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006, II ed., p. 239 ss. Nelle precedenti Regole del Comitato dei ministri, "Le Comité invite l'Etat intéressé à l'informer des mesures prises à la suite de cet arrêt, eu égard à l'obligation de s'y conformer" (regola 2 a); "Le Comité des Ministres ne constate qu'il a rempli ses fonctions ...qu'après avoir pris connaissance des informations fournies conformément à la règle 2" (regola 3), sottolineandosi così una funzione limitata a prendere atto delle comunicazioni dello Stato, senza alcun potere esplicito di fornire indicazioni al riguardo.

assunto un ruolo “attivo”, aiutando, cioè, lo Stato ad identificare i problemi evidenziati nella sentenza ed eventualmente anche le misure di esecuzione necessarie³⁶. Ancora più incisiva potrà essere la funzione del Comitato, ma in tal caso anche della Corte, quando entrerà in vigore il Protocollo 14 alla Convenzione³⁷.

In questo quadro si pone, anzitutto, la raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, con la quale il Comitato dei ministri esorta gli Stati parte della Convenzione europea a conformare i propri ordinamenti nazionali ai principi dell’equo processo, garantendo a chiunque abbia ottenuto una pronuncia favorevole da parte della Corte il riesame del caso o la riapertura del procedimento penale.

Nell’intento di ovviare alle ipotesi in cui il diritto interno non consenta la revisione del processo, a seguito di una sentenza della Corte, il Comitato dei ministri, con la successiva risoluzione provvisoria DH(2002)30 del 19 febbraio 2002, ha invitato gli Stati ad introdurre le modifiche legislative necessarie a porre fine alle violazioni riscontrate ed a rimuovere, per quanto possibile, le conseguenze pregiudizievoli cagionate alla vittima di una violazione.

Queste considerazioni mettono in luce una chiara volontà espressa dalla Corte e dal Comitato dei ministri a favorire un’interpretazione dell’art. 46 nel senso di dare priorità alla prevenzione della violazione piuttosto che al suo indennizzo. D’altronde, la prassi degli Stati in merito all’esecuzione delle sentenze della Corte sembra rivelare il convincimento che dall’art. 46 derivi un obbligo di adozione di misure generali: gli Stati, nel comunicare al Comitato dei ministri le misure adottate in esecuzione della sentenza della Corte, dopo aver elencato le misure di ordine generale adottate nell’ordinamento giuridico interno, affermano di aver così adempiuto all’obbligo di cui all’art. 46 della Convenzione³⁸.

³⁶ La prassi è stata poi codificata nel nuovo Regolamento relativo all’applicazione dell’art. 46, par. 2 adottato il 10 gennaio 2001. L’art. 3 conferisce al Comitato il compito di esaminare “le misure individuali e/o generali che l’attuazione della sentenza eventualmente richieda, al fine di prevenire nuove violazioni analoghe a quelle contestate o di porre fine alla violazione”; cfr. A. TOMKINS, *The Committee of Ministers: Its Roles under the European Convention on Human Rights*, in *EHRLR*, 1995, p. 49 ss.; P. IMBERT, *L’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme. Le rôle du Comité des Ministres du Conseil de l’Europe*, in *La Corte europea*, cit., p. 20 ss.; C. ZANGHÌ, *op. cit.*, p. 241 s.

³⁷ Il Protocollo 14 prevede, infatti, l’integrazione di due nuovi paragrafi all’art. 46 che permetteranno al Comitato di rivolgersi alla Corte per chiarire il significato della sentenza, ai fini della sua piena “esecuzione” e consentiranno, altresì, di adottare “misure” nei confronti dello Stato che avesse violato l’obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte di cui al par. 1 dell’articolo.

³⁸ Tra i molteplici esempi, vedi il rapporto del Governo spagnolo per l’attuazione della sentenza *Fuentes Bobo c. Spagna* allegato alla risoluzione del Comitato dei ministri DH(2002)106 del 7 ottobre 2002 nel quale, ricordando che la Convenzione e le sentenze della Corte hanno efficacia diretta nell’ordinamento spagnolo, “(...) le gouvernement est convaincu que les tribunaux espagnols interpréteront désormais la législation pertinente dans toute affaire similaire, d’une manière conforme à l’arrêt Fuentes Bobo”. Si veda anche la conclusione delle informazioni fornite dal Governo italiano al momento dell’esame del caso *Craxi c. Italia* da parte del Comitato dei ministri; il testo trasmesso dal Governo italiano così conclude: “Le Gouvernement considère que les mesures ainsi adoptées permettent d’éviter la répétition de nouvelles violations semblables à celle constatée dans la présente affaire et que l’Italie a donc satisfait à ses obligations découlant de l’article 46, paragraphe 1, de la Convention dans la présente affaire”.

Il passo successivo, ed a mio avviso determinante, compiuto dal Comitato dei ministri, si realizza con la risoluzione 3 (2004). Proseguendo nel suo ruolo attivo, il Comitato dei ministri, ritenuto che “(...) la mise en oeuvre des arrêts serait facilitée si l’existence d’un problème structurel était déjà identifiée dans l’arrêt de la Cour”, invita espressamente la Corte ad identificare, nella stessa sentenza che constatata la violazione, i problemi strutturali sottostanti e l’origine degli stessi, in maniera da aiutare gli Stati a trovare la soluzione appropriata ed il Comitato dei ministri a sorvegliare meglio l’esecuzione delle sentenza.

A seguito di questo invito, la Corte, con la sentenza della Grande Camera del 22 giugno 2004 (*Broniowski c. Polonia*) : “Dit que l’Etat defendeur doit garantir par des mesures légales et des pratiques administratives appropriées, la mise en oeuvre du droit patrimonial en question pour les autres demandeurs concernés”. Ed il Comitato dei ministri, con la risoluzione provvisoria 58 (2005) del 5 luglio 2005, preso atto delle iniziative in corso in Polonia, “demande aux autorités polonaises d’intensifier leurs efforts afin d’adopter rapidement les reformes législatives (...)”³⁹.

7. La soluzione fornita al caso *Sejdovic c. Italia* conferma la tendenza, oramai frequente tra gli organi di Strasburgo, a dotare le proprie pronunce di un contenuto più ampio di quello che attiene l’oggetto formale di ciascuna causa. A differenza del passato, infatti, le sentenze della Corte non si limitano ad accertare la compatibilità con la Convenzione europea degli effetti che determinate misure statali producono in capo al ricorrente, ma sono altresì solite valutare, in astratto, le conseguenze che quelle stesse misure sono suscettibili di produrre nei confronti di chiunque venga a trovarsi in una posizione analoga a quella del ricorrente.

Ciò si verifica essenzialmente ogni qualvolta la Corte riscontra deficienze strutturali nell’ordinamento interno dello Stato, quali, ad esempio, il richiamato problema della procedura in contumacia, che viola sistematicamente il diritto ad un equo processo, così come l’eccessiva durata delle procedure giudiziarie e, da ultimo, la procedura di esproprio di beni che viola il principio dell’equo indennizzo, di cui all’art. 1 del primo Protocollo. Il nuovo approccio della Corte, al riguardo, è stato indicato con l’espressione “*procédure de l’arrêt pilote*”⁴⁰. La Corte applica la nuova procedura quando sussiste un reale pericolo sull’intero sistema della Convenzione che deriva dal rilevante numero di ricorsi ripetitivi derivanti dalla medesima causa strutturale. La Corte, però, utilizza la formula della sentenza “pilota” sia quando il problema è realmente strutturale, come è certamente il caso, ad esempio, per la lentezza

³⁹ È da sottolineare che il governo polacco aveva pienamente aderito all’invito della Corte, senza nulla eccepire al riguardo, ed aveva concluso la sua comunicazione al Comitato dei ministri “(...) convaincu que les mesures ci-dessus montrent sa détermination à rendre le droit interne pleinement conforme aux exigences de la Convention ainsi qu’énoncées par l’arrêt de la Cour et à assurer la mise en oeuvre effective du droit d’obtenir une compensation pour les demandeurs concernés”.

⁴⁰ Cfr. la posizione della Corte nella proposta di riforma della Convenzione riportata nel Rapporto del Comitato direttore per i diritti umani del 4 aprile 2003, adottato all’unanimità dalla Corte nella sua 43^a sessione plenaria amministrativa del 12 settembre 2003 (paragrafi 43-46).

delle procedure giudiziarie, sia quando si tratta di una situazione che è determinata da uno specifico regime giuridico, che non ha natura “strutturale”, ma ha solo l’effetto di poter determinare una serie di violazioni ripetute, quale è ad esempio, il problema dell’equo indennizzo in caso di esproprio. Questa soluzione, che riunisce due situazioni ben diverse, è determinata dalla preoccupazione concreta della Corte, di risolvere il problema all’origine – quale che sia la sua natura – allo scopo di non essere investita da ricorsi ripetitivi⁴¹.

In realtà, parte della dottrina esclude che le valutazioni attinenti a situazioni interne a portata generale, in quanto non rientranti nell’oggetto della causa, possano essere comprese nell’ambito di esecuzione della sentenza. Secondo questa impostazione, dunque, le eventuali misure a carattere generale adottate dagli Stati responsabili non costituirebbero esecuzione dell’obbligo di cui all’art. 46, par. 1 della Convenzione, ma rappresenterebbero solo misure volontariamente adottate per evitare ulteriori condanne⁴². L’ambito di rilevanza assunto dalle pronunce della Corte va ben oltre i limiti dell’oggetto formale della causa, come dimostra, del resto, la prassi seguita dal Comitato dei ministri e dagli Stati parte. Questi ultimi, infatti, ogniqualvolta la violazione ai danni del ricorrente sia risultata connessa ad una situazione interna a portata generale, hanno considerato rilevanti le statuizioni della Corte e hanno adottato, in attuazione dell’obbligo posto dall’art. 46, par. 1, misure generali idonee a scongiurare il ripetersi di violazioni analoghe⁴³.

Sulla scorta di quanto precede, le pronunce degli organi di Strasburgo non sarebbero qualificabili alla stregua di semplici sentenze di accertamento, ma si

⁴¹ Secondo E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *Le Protocole 14 et l’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, in G. COHEN-JONATHAN, J. FLAUSS (dir.), *La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruxelles, 2005, p. 79 ss., in questo secondo caso “le concept de problème structurel aurait été abusivement utilisé par la Cour”.

⁴² Cfr. J. VERHOEVEN, *A propos de l’autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation*, in *Revue critique de jurisprudence belge*, 1984, p. 285; G. MAROTTA, *Gli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento italiano*, in *RIDU*, 1989, p. 58; V. ZAGREBELSKI, *I mutamenti legislativi o regolamentari e di prassi amministrative volti ad impedire il riprodursi della violazione*, in *La Corte europea*, cit., p. 111.

⁴³ Numerosi sono i casi di adozione di misure generali: ad esempio la riforma costituzionale in Grecia del 1999; la riforma della procedura penale in Bulgaria nel 1999. In Austria, a seguito della sentenza del 16 settembre 1996, *Gaygusuz* e della risoluzione del Comitato dei ministri DH(98)372, la Corte costituzionale ha annullato le precedenti norme in contrasto; anche in Francia la Corte di cassazione ha fatto lo stesso a seguito del ricorso *Bozcurt* (Cass. 14 gennaio 1999); e la Corte costituzionale polacca, a seguito del ricorso *Lauko e Kadubec*, ha annullato le disposizioni all’origine della violazione. I casi del *Partito socialista c. Turchia*, risoluzione DH (989) 245 e 520 e *Scozzari e Giunta c. Italia*, cit., hanno determinato gravi difficoltà. Cfr. R. DE GOUTTES, *L’exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme: l’expérience française*, in *La Corte europea*, cit., p. 133 ss.; M. EATON, *Execution of Judgments of the European Court of Human Rights: The British Experience*, *ivi*, p. 150 ss.; J. MEYER-LADEWIG, *German Experience with the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, *ivi*, p. 158 ss.; P. PIRRONE, *L’obbligo di conformarsi*, cit., p. 224.

tradurrebbero in vere e proprie pronunce costitutive che, lungi dal produrre effetti nel solo caso oggetto di giudizio, imporrebbero allo Stato autore della violazione l'adozione di misure riparatorie con efficacia *erga omnes*⁴⁴.

La ricordata sentenza *Broniowski* ha aperto la strada a successive pronunce nelle quali la Corte, rilevando problemi strutturali, ha indicato allo Stato gli obiettivi specifici da perseguire nell'adottare le misure interne necessarie per conformarsi alla sentenza. Fra queste, assumono specifico rilievo le sentenze *Scordino*⁴⁵ e *Dorigo*⁴⁶ nei confronti dell'Italia, *Görgülü*⁴⁷ e *Sürmeli*⁴⁸ nei con-

⁴⁴ Alcuni autori affermano, altresì, che le sentenze della Corte, nonostante l'art. 46 si rivolga esplicitamente allo Stato parte in causa, avrebbero valore "*erga omnes*" coinvolgente cioè tutti gli Stati parti della Convenzione che si trovino in situazioni analoghe a quelle esaminate dalla Corte (cfr. A. DRZEMCZEWSKI, P. TAVERNIER, *L'execution des "décisions" des instances internationales dans le domaine des droits de l'homme*, in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg, Paris, 1998, p. 197 ss.) La tesi, elaborata sulla base delle affermazioni della Corte nella sentenza *Irlanda c. Regno Unito*, cit., par. 154, non appare condivisibile, avuto riguardo al contenuto dell'art. 46 e nei limiti quindi dell'obbligo di dare esecuzione alla sentenza. Diversa, invece, la situazione allorché la Corte interpreta in maniera evolutiva o anche integrativa le norme della Convenzione. Al riguardo, il carattere *erga omnes* della *res interpretata* trae origine dalla circostanza che alla Corte è attribuita una competenza esclusiva ad interpretare la Convenzione, le cui norme si impongono, quindi, a tutti gli Stati parti contraenti, non solo nel testo adottato, ma alla luce delle interpretazioni della Corte che formano parte integrante del testo stesso. In tal senso, ad esempio, la recente sentenza della Corte costituzionale italiana n. 349 del 24 ottobre 2007.

⁴⁵ La Grande Camera, nella sentenza del 29 marzo 2006 *Scordino c. Italia*, ha invitato l'Italia a sopprimere qualsiasi ostacolo per l'ottenimento di un indennizzo avente un rapporto ragionevole con il valore del bene espropriato: "Pour aider l'Etat défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour a cherché à indiquer le type de mesures que l'Etat italien pourrait prendre pour mettre un terme à la situation structurelle constatée en l'espèce. Elle estime que l'Etat défendeur devrait, avant tout, supprimer tout obstacle à l'obtention d'une indemnité en rapport raisonnable avec la valeur du bien exproprié, et garantir ainsi par des mesures légales, administratives et budgétaires appropriées la réalisation effective et rapide du droit en question relativement aux autres demandeurs concernés par des biens expropriés, conformément aux principes de la protection des droits patrimoniaux énoncés à l'article 1 du Protocole n° 1, en particulier aux principes applicables en matière d'indemnisation" (par. 237).

⁴⁶ Sentenza del 9 settembre 1998 nella quale la Corte invita l'Italia a rimuovere gli ostacoli per la riapertura del processo quando lo stesso si è svolto "in contumacia" in maniera tale da violare il diritto ad un processo equo; P. DE STEFANI, *op. cit.*, p. 64 ss.; vedi anche P. MOSCARINI, *Il giudizio in absentia nell'ottica delle giurisdizioni internazionali e in una recente legge italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 573 ss.

⁴⁷ Nella sentenza del 26 maggio 2004, *Görgülü c. Germania*, par. 64, la Corte afferma "(...) inter alia, that a judgment in which the Court finds a breach imposes on the respondent State a legal obligation not just to pay those concerned the sums awarded by way of just satisfaction, but also to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the general and/or, if appropriate, individual measures to be adopted in their domestic legal order to put an end to the violation found by the Court and to redress so far as possible the effects. Furthermore, subject to monitoring by the Committee of Ministers, the respondent State remains free to choose the means by which it will discharge its legal obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court's judgment (Scozzari and Giunta, cited above, par. 249)".

⁴⁸ Nello stesso senso anche la sentenza del 19 giugno 2006, *Sürmeli c. Germania*, par. 137.

fronti della Germania, *Lukenda c. Slovenia*⁴⁹ e *Hutten-Czapska c. Polonia*⁵⁰. Si è così instaurata una prassi, consolidata da numerose sentenze, secondo la quale la Corte, una volta constatata la violazione della Convenzione, a prescindere dal riconoscimento di un'equa soddisfazione di carattere pecuniario, interviene regolarmente nei confronti dello Stato, sia indicando le misure individuali da adottare per rimuovere le cause della violazione nel caso singolo, sia indicando le misure generali necessarie per risolvere un problema strutturale che rischia di ripetersi ben al di là del singolo ricorso che ha dato luogo alla sentenza.

Nonostante le opinioni discordanti in dottrina, gli Stati sembrano aver accettato questa innovazione. Quelli più direttamente coinvolti nelle recenti sentenze sopra richiamate (Germania, Italia, Polonia e Slovenia), nel dialogo di fronte al Comitato dei ministri, non hanno sollevato alcuna eccezione in ordine ai poteri della Corte. A volte il problema è stato risolto direttamente dall'intervento delle Corti Costituzionali⁵¹, in altri casi sono state necessarie iniziative legislative che gli Stati hanno dichiarato di voler adottare.

Il caso più recente è quello dell'Italia confrontata con due sentenze della Corte europea (*Scordino* e *Dorigo*) con le quali la Corte, nel primo caso, è intervenuta invitando lo Stato a rimuovere tutte le norme interne che impedivano l'equo indennizzo nel caso di espropriazione di beni per pubblica utilità (art. 1 del primo Protocollo), mentre, nel secondo caso, la Corte ha reiterato una precedente giurisprudenza, sempre critica nei confronti del regime della "contumacia" nel diritto processuale penale italiano, affermando, in termini ormai univoci che, per realizzare la "*restitutio in integrum*" in tali casi, l'unica soluzione è quella di

⁴⁹ Nella sentenza del 6 gennaio 2006, *Lukenda c. Slovenia*, la Corte insiste che: "l'Etat défendeur a l'obligation juridique non seulement de verser aux intéressés les sommes allouées au titre de la satisfaction équitable prévue par l'article 41, mais aussi de choisir, sous le contrôle du Comité des Ministres, les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles à intégrer dans son ordre juridique interne afin de mettre un terme à la violation constatée par la Cour et d'en effacer autant que possible les conséquences. L'Etat défendeur demeure libre, sous le contrôle du Comité des Ministres, de choisir les moyens de s'acquitter de son obligation juridique au regard de l'article 46 de la Convention, pour autant que ces moyens soient compatibles avec les conclusions contenues dans l'arrêt de la Cour (Scozzari et Giunta c. Italie [GC], n. 39221/98 et 41963/98, par. 249, e Broniowski c. Pologne [GC], n. 31443/96, par. 192". Nel caso di specie, inoltre, la stessa Corte indica allo Stato le misure che dovrebbero essere adottate: "la Cour incite l'Etat défendeur soit à amender la gamme actuelle des voies de recours soit à créer de nouveaux recours en sorte que les violations de ce droit puissent être redressées de manière réellement effective. Les éléments qui caractérisent un recours effectif sont indiqués dans la jurisprudence de la Cour qui est citée dans le présent arrêt" (par. 97).

⁵⁰ Anche nella sentenza del 19 giugno 2006, *Hutten-Czapska c. Polonia*, la Grande Camera, richiamando ripetutamente la sentenza *Broniowski*, afferma che "l'Etat défendeur doit ménager dans son ordre juridique interne, par des mesures légales et/ou autres appropriées, un mécanisme qui établisse un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires et l'intérêt général de la collectivité, conformément aux normes de protection du droit de propriété énoncées dans la Convention (par. 239 ci-dessus)" (par. 4 del dispositivo).

⁵¹ In questo senso la sentenza della Corte costituzionale polacca del 15 dicembre 2004 che ha dichiarato incostituzionali diverse norme della legge del dicembre 2003 che la Corte europea aveva dichiarato in contrasto con la Convenzione.

permettere la riapertura del procedimento, nonostane la sentenza contumaciale sia passata in giudicato⁵².

Il problema dell'equo indennizzo in caso di espropriazione di beni è stato recentemente risolto da due sentenze della Corte costituzionale (n. 348 e 349) del 24 ottobre 2007 che hanno posto termine ad un lungo dibattito, con tre statuizioni di principio, rese possibili anche dalla modifica dell'art. 117 della Costituzione italiana intervenuta nel 2001. Alle norme della Convenzione europea si riconosce, anzitutto, valore superiore alla legge, ancorchè subordinato alla stessa Costituzione; si riconosce altresì pieno valore alla interpretazione della Corte europea, affermandosi che le norme vigono e si applicano nel testo adottato ma così come interpretato dalla Corte, e ciò senza alcuna riserva (fatto salvo sempre il limite della compatibilità con la Costituzione)⁵³, e si riconosce, infine, che l'obbligo di dare esecuzione alle sentenze costituisce uno degli obblighi internazionali richiamati dall'art. 117 della Costituzione. La Corte ha così annullato la normativa interna in contrasto con la Convenzione ed il Governo ha proposto una nuova normativa al riguardo.

Il problema dei processi in contumacia, nonostante le parziali riforme intervenute, si trascina ormai da anni e peraltro, a livello europeo, ha coinvolto anche altri Paesi⁵⁴. La questione, da ultimo originata dalla ricordata sentenza *Dorigo*

⁵² Il caso *Dorigo* trae origine dalla sentenza del 9 settembre 1998. Il successivo intervento del Comitato dei ministri ha più volte constatato l'inadempienza da parte italiana – che ha ritenuto di non poter riaprire il procedimento perché questo era stato ormai deciso con sentenza passata in giudicato – adottando al riguardo due Risoluzioni provvisorie (il 19 febbraio 2002 ed il 10 febbraio 2004). La situazione è stata quindi trasmessa all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa che, dapprima in un rapporto del 2006 (11020), quindi con la raccomandazione 1764 del 2006, poi con la risoluzione 1516, sempre del 2006, ha deplorato che, nonostante i diversi solleciti, non era stata ancora adottata alcuna misura per ripristinare il diritto ad un equo processo. Soltanto dopo la sentenza della Corte di cassazione (vedi nota 55) il Comitato dei ministri ha adottato la risoluzione finale 83 (2007) nella quale, preso atto della sentenza della Corte di cassazione “(...) qui a déclarer la détention du requérant illégale et a ordonné sa libération définitive, en invoquant l'effet direct de la Convention en droit italien (...)”, dichiara di aver esaurito le sue funzioni di controllo e decide di chiudere il caso.

⁵³ “Poiché le norme giuridiche vivono nell'interpretazione che ne danno gli operatori del diritto, i giudici in primo luogo, la naturale conseguenza che deriva dall'art. 32, paragrafo 1, della Convenzione è che tra gli obblighi internazionali assunti dall'Italia con la sottoscrizione e la ratifica della CEDU vi è quello di adeguare la propria legislazione alle norme di tale trattato, nel significato attribuito dalla Corte specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione” (sentenza 348, par. 4.6). La Corte italiana ha così confermato la precedente giurisprudenza della Corte europea che aveva più volte affermato che, a fronte di una norma scritta, questa deve essere applicata così come la giurisdizione competente la ha interpretata (sentenza del 24 aprile 1990, *Kruslin c. Francia*, paragrafi 906-911). Cfr. anche P. PIRRONE, *Il valore della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'interpretazione del diritto interno*, in *DPCE*, 2005, p. 1971 ss.

⁵⁴ Il problema della riapertura dei processi, viziati da elementi di incompatibilità con la Convenzione, si era già posto, in Francia, con il ricorso *Hakkar* (19033/91) conclusosi con il rapporto della precedente Commissione del 27 giugno 1995 e ripreso dal Comitato dei ministri nella risoluzione provvisoria (97) 475 del 15 dicembre 1995. Soltanto dopo alcuni anni lo Stato si è adeguato adottando la legge del 15 giugno 2000. Anche in Turchia, la sentenza *Sadak, Zana e altri* del 17

del 1998, è ancora pendente di fronte la Corte costituzionale, anche se, il precedente appena evocato, lascia ipotizzare che una soluzione analoga potrà essere probabilmente adottata.

Rimane, invece, ancorato al precedente orientamento, il problema del valore delle sentenze della Corte europea nell'ordinamento interno. Nonostante la Corte di cassazione, in più occasioni, abbia ritenuto di poter riconoscere effetti diretti alle sentenze della Corte europea ed abbia quindi annullato provvedimenti interni in contrasto⁵⁵, la Corte costituzionale italiana nega gli effetti diretti della sentenza, rivendicando unicamente a se stessa il potere di sindacare l'eventuale contrasto del diritto interno ed assumere i provvedimenti di conseguenza.

La Corte europea, in numerose occasioni ha riconosciuto effetti immediati alle sue sentenze, in maniera da obbligare il giudice interno a considerare inapplicabile il diritto interno in contrasto con la Convenzione e ritenuto quale motivo della violazione della Convenzione. Soltanto il giudice interno, disapplicando la norma in contrasto, è in grado di garantire che non si ripetano altre violazioni. Ciò è particolarmente vero nel periodo necessario fra la sentenza della Corte e le modifiche legislative. Nella sentenza *Vermeire c. Belgio* del 29 *Marckx* rileva: "on ne discerne pas ce qui pouvait empêcher la Cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de Cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt Marckx". Nell'opinione della Corte, quando la sentenza è precisa e completa, deve essere considerata *self-executing* nell'ordinamento interno.

La giurisprudenza accennata è una conseguenza logica di un sistema di natura quasi costituzionale. Infatti l'inapplicabilità della norma in contrasto è un effetto classico del diritto costituzionale. Gli Stati, tuttavia, hanno sempre considerato che tali effetti derivano soltanto dal diritto interno e non derivano direttamente dalla Convenzione. La prassi al riguardo non è certo uniforme, dipendendo essenzialmente dagli ordinamenti nazionali. Così, ad esempio, in Austria, a seguito della sentenza *Toth*, del 12 dicembre 1991, in attesa della entrata in vigore della legge che modificava il Codice di procedura penale, il Ministro della giustizia, con circolare del 5 ottobre 1992, ha invitato i presidenti dei tribunali ed i procuratori generali a prendere le misure necessarie per evitare nell'avvenire il ripetersi di situazioni come quella che aveva condotto alla constatazione della violazione della Convenzione. Altri esempi possono essere citati, al riguardo con riferimento alla Grecia, al Belgio, alla Danimarca ed alla

luglio 2001 ha posto problemi analoghi ed ha già determinato la risoluzione provvisoria del Comitato dei Ministri (2002) 59 del 30 aprile 2002. La Corte di sicurezza di Ankara, con decisione del 28 febbraio 2003, ha dato seguito alla sentenza della Corte europea riaprendo i procedimenti a carico dei ricorrenti.

⁵⁵ Nel caso *Dorigo*, appena richiamato, ad esempio, la Corte di cassazione riconosce effetti diretti alla sentenza della Corte europea e dichiara inefficace, su questa base, l'ordine di carcerazione emesso il 27 marzo 1996 dalla Corte di assise di Udine nei confronti di Dorigo Paolo. Un precedente in tal senso era stato già pronunciato nella sentenza 32678/06 – *Somogyi*, dalla stessa Corte di cassazione. Sui problemi della mancata esecuzione delle sentenze della Corte europea, cfr. la Tavola rotonda "Non-enforcement of Domestic Courts Decisions in Member States: General Measures to Comply with European Court Judgements", Strasburgo, 21-22 giugno 2007.

Svizzera. Nel caso della Svizzera, ad esempio, l'art. 150 del Codice civile, a seguito della sentenza relativa all'affare "*F c. Svizzera*", non è stato più applicato da parte dei giudici nazionali, ancor prima della sua abrogazione formale; ciò che ha giustificato l'adozione della risoluzione definitiva da parte del Comitato dei ministri, anche di fronte al ritardo delle misure adottate dallo Stato (risoluzione 94/77 del 19 ottobre 1994). Nel caso *Kress c. Francia*, (sentenza della Grande camera del 7 giugno 2001) ed in altri cinque casi analoghi, tutti sul diritto ad un processo equo e, nel caso di specie, alla presenza del Commissario del governo nelle delibere del Consiglio di Stato⁵⁶, la Francia, a seguito delle conclusioni delle sentenze che richiedevano l'adozione di misure per evitare il ripetersi delle violazioni, ha modificato il Codice di giustizia amministrativa con decreto del 1 agosto 2006. Il Comitato dei ministri, con la risoluzione 44 del 20 aprile 2007, constatando l'avvenuta adozione delle misure richieste, ha concluso la procedura *ex art. 49*, par. 2.

Altrettanto numerosi sono però i casi contrari nei quali, cioè, i giudici nazionali si pronunciano contro l'effetto immediato delle sentenze europee, e ciò anche in quegli Stati che hanno incorporato la Convenzione nel diritto interno. La difficoltà deriva spesso dalla reticenza del giudice nazionale che si rifiuta di sottoporsi ad una evoluzione giuridica spesso non condivisa o estensiva adottata dalla Corte. Quando l'innovazione è così ampia, il giudice ritiene opportuna una modifica legislativa piuttosto che procedere attraverso l'applicazione diretta della giurisprudenza della Corte. Ancorché non previsto esplicitamente, l'effetto diretto appare come una modalità estremamente opportuna di esecuzione delle sentenze europee ed il corollario del principio dell'obbligo internazionale di evitare il ripetersi delle violazioni constatate. L'effetto diretto, inoltre, rimane l'unica modalità per l'esecuzione della sentenza, quando il legislatore rifiuta di intervenire⁵⁷.

L'autorità giurisprudenziale delle sentenze europee è rafforzata quando l'ordinamento nazionale, o meglio la Costituzione dello Stato, pone l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza internazionale. È il caso della Costituzione spagnola (art. 10, par. 2) e indirettamente della Costituzione portoghese (art. 16, par. 2), anche se in tal caso viene citata soltanto la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Disposizioni analoghe, sia pure a livello di leggi ordinarie o disposizioni regolamentari, esistono in altri Paesi⁵⁸.

⁵⁶ Cfr. sentenze del 21 marzo 2002, *APBP c. Francia e Groupe Kosser c. Francia*; del 21 maggio 2003, *Théraube c. Francia*; del 5 ottobre 2005, *Loyen e altri c. Francia*; del 4 gennaio 2006, *Maisons traditionnelles c. Francia*.

⁵⁷ A seguito della sentenza del 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia* e della risoluzione del Comitato dei ministri (97)576 del 15 dicembre 1997 il delegato del Governo "(...) précise que les procureurs et les chambres d'accusation des tribunaux ont adapté leur interprétation de la loi grecque aux exigences de l'arrêt de la Cour (...). Vu l'effet directe ainsi accordé à l'arrêt de la Cour il n'y a plus risque de répétition de la violation constatée".

⁵⁸ L'art. 10, 2° comma dispone: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados

Non può disconoscersi poi che l'accennata evoluzione delle sentenze della Corte ha trovato un valido appoggio nell'attività del Comitato dei ministri. Si ricorda in proposito che è stato lo stesso Comitato ad invitare la Corte a completare le proprie sentenze con l'indicazione delle misure che lo Stato deve adottare per conformarsi alle sentenze stesse. Ora, considerato che il Comitato dei ministri è l'organo rappresentativo degli Stati membri del Consiglio d'Europa ed allo stesso tempo parti contraenti della Convenzione; considerato che le decisioni del Comitato sono adottate all'unanimità, è agevole ritenere che l'apparente estensione dei poteri della Corte sia stata ritenuta pienamente legittima dagli Stati parti della Convenzione. Di là dal potere esclusivo riconosciuto alla Corte di interpretare la Convenzione stessa, l'atteggiamento del Comitato dei ministri può costituire una sorta di interpretazione "autentica" della Convenzione, che avalla quella già effettuata dalla Corte.

8. In conclusione, se le sentenze della Corte sono state considerate, per decenni, mere sentenze di accertamento, con le quali la Corte doveva limitarsi ad accertare l'eventuale violazione della Convenzione, lasciando ad altri (gli Stati attraverso l'obbligo assunto con l'art. 46, par. 1 ed il Comitato dei ministri nell'esercizio dei poteri conferitigli dall'art. 46, par. 2) le conseguenze derivanti dall'accertata violazione; fatta salva naturalmente l'ipotesi dell'equa soddisfazione concessa al ricorrente, oggi la situazione è certamente cambiata.

L'obbligo di risultato previsto dall'art. 1 della Convenzione, e quindi l'esigenza di assicurare il rispetto dei diritti umani, ha assunto sempre più un ruolo determinante, per il quale la cessazione delle cause che hanno determinato la violazione, in ogni singolo caso di specie, si accompagna necessariamente alla specifica situazione del ricorrente ed è spesso prevalente rispetto a quest'ultima. Il principio della *restituito in integrum*, appena evocato nell'art. 41, viene riaffermato nella sua piena integrità come obbligo che si impone agli Stati, anche quando l'ordinamento interno non lo consentirebbe ed anzi, proprio in tali casi, dalla sua applicazione, deriva l'obbligo di modificare l'ordinamento interno per consentire la *restitutio in integrum*⁵⁹.

por España". Fra gli altri Paesi, ad esempio: Ungheria e Romania. La sez. 6 della legge di Malta del 19 agosto 1987 n. 14 attribuisce forza esecutiva alle sentenze della Corte europea. In Italia, prima della richiamata interpretazione dell'art. 117 della Costituzione, era stata adottata la legge 9 gennaio 2006 n. 12 "Disposizioni in materia di esecuzione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo", in adempimento alla quale la Presidenza del Consiglio dei ministri "promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano, comunica tempestivamente alle Camere le medesime pronunce ai fini dell'esame da parte delle competenti Commissioni parlamentari permanenti e presenta annualmente al Parlamento una relazione sullo stato di esecuzione delle suddette pronunce". La norma ha lo scopo di consentire al Parlamento di avere tempestiva conoscenza delle sentenze pronunciate nei confronti dell'Italia al fine di poter adottare gli interventi legislativi necessari.

⁵⁹ L'obbligo di risultato che deve essere perseguito dal sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo è condiviso in dottrina, fra gli altri, da G. COHEN-JONATHAN, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, 1999, p. 61 ss.; E. LAMBERT, *op. cit.*, p. 247 s.

La Corte, pertanto, non si limita ad accertare l'eventuale violazione ma, ove ne riconosca la sussistenza, ne individua le cause ed invita lo Stato a rimuoverle, indicando allo stesso le misure individuali da adottare ovvero quelle a carattere generale, quando il problema evidenziato, ad avviso della stessa Corte, assume carattere "strutturale". L'obbligo di conformarsi alla sentenza si estende all'intera pronuncia della Corte e quindi non solo alla parte "dispositiva" ma anche ai motivi mediante i quali la Corte individua le cause che hanno dato luogo alla violazione. Gli Stati mantengono un margine di apprezzamento nell'adozione delle misure necessarie per conformarsi alla sentenza, ma questo margine si riduce progressivamente, ed a volte può anche annullarsi, in funzione delle indicazioni rivolte allo Stato dalla Corte.

Sarebbe facile sostenere che tutte queste innovazioni non erano certo nella volontà dei redattori della Convenzione nel lontano 1950, né nei successivi Protocolli che hanno modificato, in maniera assai limitata, le norme di riferimento; ma è altrettanto facile ricordare che, come la stessa Corte ha sempre sostenuto, la Convenzione è uno strumento vivo che si evolve nel tempo, anche senza bisogno di modifiche formali del testo⁶⁰.

Tale risultato potrà quindi avere carattere "innovativo" piuttosto che di interpretazione evolutiva ma è certo, a mio avviso, che, al di fuori delle qualificazioni e delle sfumature che alle stesse si vuol dare, le sentenze della Corte europea hanno perduto l'originario carattere di "sentenze di accertamento" per avvicinarsi oggi a sentenze di "piena giurisdizione", sia pure nei limiti nei quali ciò è possibile, operando, comunque, la sentenza stessa, nei confronti di Stati sovrani, ancorché Parti contraenti della Convenzione⁶¹.

⁶⁰ Affermazione già contenuta nella sentenza del 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 31 e molto spesso richiamata.

⁶¹ Il concetto di "piena giurisdizione", ampiamente utilizzato negli ordinamenti interni, può essere trasposto nell'ordinamento internazionale sempre che si tengano ben presenti le caratteristiche strutturali di quest'ultimo. È ovvio, quindi, che le sentenze della Corte, ancorché prossime all'accennato carattere di "piena giurisdizione" non potranno annullare atti o provvedimenti interni degli Stati, né tanto meno "ordinare" agli stessi l'adozione di determinati provvedimenti. La Corte "indica" quanto sarebbe opportuno fare, ma è poi lo Stato, nella sua sovranità, a decidere concretamente se, e come, annullare atti e norme e provvedimenti interni in contrasto, se, e come, adottare norme e provvedimenti per conformarsi agli obblighi internazionalmente assunti, fra i quali, non può certo ignorarsi quello di "conformarsi alle sentenze della Corte" (art. 46, par. 1). M. DE SALVIA, *La Cour européenne des droits de l'homme est-elle, par la nature de ses arrêtes, un véritable tribunal de pleine juridiction?*, in *RTDH*, 2006, p. 483 ss.

Antonio Troisi

Effetti economici della spesa pubblica di sostegno ai prezzi dei prodotti agricoli nei Paesi comunitari e nei Paesi del bacino del Mediterraneo con particolare riferimento alla Siria*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'esperienza degli incentivi industriali. – 3. Il sostegno pubblico nel settore agricolo. – 4. Implicazioni del ricorso ai contributi FEOGA. – 5. Il FEOGA e la riqualificazione del sostegno pubblico all'agricoltura. – 6. La politica del sostegno dei prezzi dell'olio di oliva in Siria. – 7. Le interrelazioni del sostegno pubblico all'agricoltura sulla funzionalità dei sussidi alla produzione dell'olio di oliva. – 8. Considerazioni conclusive.

1. Scopo della presente nota è la valutazione dei presumibili effetti economici della nuova struttura della PAC sullo specifico comparto dell'olio d'oliva: a tal fine è necessario tener conto della discussione in atto sul riordino delle leggi d'incentivazione del settore industriale. Trattasi di un riferimento obbligato perché l'ampia riflessione sull'esperienza realizzata sino ai nostri giorni ha posto, per gli studiosi di Economia pubblica e di Economia industriale, l'interrogativo sulla reale efficacia dello strumento degli incentivi.

2. Le più recenti ed autorevoli analisi sugli effetti della legge n. 488 del 1992 si contraddistinguono per non dare una risposta positiva all'interrogativo relativo al reale impatto di detta legge.

In particolare per valutare se la legge n. 488 del 1992 abbia reso possibili solo investimenti addizionali ovvero investimenti che, in assenza dell'incentivo, non sarebbero stati realizzati bisogna tener conto di diversi aspetti.

* Il dott. Roberto Dell'Anno, ricercatore di Scienza delle finanze nell'Università degli studi di Foggia, ha calcolato gli effetti economici degli aiuti FEOGA con la metodologia del "Panel data analysis".

Un primo elemento è *la selezione*: le imprese fruitrici dell'incentivo potrebbero essere "migliori" delle altre imprese, cioè pronte a intraprendere progetti di investimento profittevoli anche in assenza dell'aiuto pubblico: in questo caso gli incentivi non generano investimenti addizionali, perché sarebbero stati comunque realizzati.

In secondo luogo ci potrebbe essere un effetto di *spiazzamento*: le imprese vincitrici potrebbero effettuare investimenti che sarebbero stati effettuati comunque dalle imprese non finanziate: pertanto, anche in questo caso, non vi è addizionalità.

Infine è possibile che l'esistenza di programmi d'incentivazione produca distorsioni nelle scelte delle imprese che potrebbero anticipare progetti d'investimenti che, senza gli incentivi, sarebbero stati effettuati in periodi successivi.

Secondo alcuni ricercatori (R. BRONZINI, G. DE BLASIO, 2006), la valutazione del grado di addizionalità degli investimenti effettuati dalle imprese vincitrici dei sussidi, ha evidenziato che l'effetto netto dell'incentivo sul volume complessivo dell'investimento delle imprese finanziate è piuttosto contenuto.

Altro interrogativo è in che misura l'evidenza relativa agli effetti della legge n. 488 del 1992 sia generalizzabile alle altre forme d'incentivi.

La risposta a questa domanda è in un lavoro (Banca d'Italia, 2006) che riporta il risultato dell'interrogazione di un campione di tremila imprese industriali: di esse quasi un quarto aveva beneficiato nel 2005 di fondi pubblici (come agevolazioni, incentivi, ed altre forme di sostegno diretto ed indiretto).

In assenza di tali aiuti il 67,6% delle imprese agevolate avrebbe effettuato lo stesso ammontare d'investimenti negli stessi progetti, il 6% avrebbe destinato lo stesso ammontare d'investimenti a progetti in parte differenti, il restante 26%, in assenza di aiuti avrebbe fatto lo stesso investimento ma di minori dimensioni.

In conclusione il beneficio di stimolo degli investimenti pur maggiore per le imprese meridionali, è risultato modesto in rapporto alle risorse impiegate: per le imprese del Sud gli investimenti addizionali non raggiungono il 30% dei fondi distribuiti mentre rappresentano circa il 10% dei fondi per quelle del Centro Nord.

Infine, una terza analisi (C. ALTOBELLI, A. BIANCHI, F. CARAPPELLOTTI, R. GALLO, P. GUGLIELMETTI, 2006), ha dimostrato con un'ampia indagine empirica che la legge n. 488 del 1992 è stata sostanzialmente neutrale rispetto all'evoluzione della struttura produttiva del Mezzogiorno e che pertanto è completamente fallito l'obiettivo di specializzare gli interventi in chiave territoriale e settoriale.

3. Queste riflessioni, a mio avviso, rappresentano un punto di riferimento nel tentativo che intendo compiere di analizzare gli effetti economici della spesa di trasferimento a sostegno dei prezzi dei prodotti agricoli, in particolare dell'olio di oliva.

Per una compiuta valutazione è, tuttavia, necessario inquadrare detto sistema incentivante nel complessivo sostegno pubblico al settore agricolo.

Nel 2004 il sostegno al settore agricolo è ammontato a 16.405 meuro pari al 35% della produzione agricola ai prezzi di base ed al 53,7% del V.A.

Fra il 2000 ed il 2004 il sostegno, a prezzi costanti 2000, è ammontato in media a 10.152 meuro, con un'incidenza del 35,6% sulla produzione e del 53,7% sul V.A. e con oscillazioni relativamente limitate.

Nel 2004 i trasferimenti hanno costituito il 68,1% del totale e le agevolazioni (che sono solo nazionali) il 31,9%; oltre il 40% del totale viene dall'UE (PAC e fondi strutturali), che copre il 50,5% dei trasferimenti contro il 49,5% dello Stato e delle Regioni.

Poiché alcune spese nazionali discendono obbligatoriamente dalla PAC (spese connesse) o sono dovute per ottenere il cofinanziamento comunitario (fondi strutturali) l'influenza dell'UE è, di fatto, più elevata, sfiorando nel 2004 il 60% dei trasferimenti (6.588 meuro contro 4.580 imputabili alle politiche nazionali). I contributi UE si mantengono nel breve periodo relativamente costanti, ma con dinamiche interne differenziate: dal 2002 si registra infatti una diminuzione della spesa AGEA, bilanciata dall'incremento della spesa dei neo-costituiti organismi regionali pagatori (Orp); analoga tendenza mostrano le Regioni che stanno affidando agli Orp molte spese prima effettuate direttamente (R. FINUOLA, 2005).

La trasformazione in senso federale della Repubblica italiana ha ridotto la componente statale dei trasferimenti (8,9% di cui 6,8% imputabile al Mipaf) a favore delle Regioni che coprono quasi un terzo del sostegno (31,7%). Tra le agevolazioni, quelle contributive coprono più della metà del totale (52,3%), mentre fra quelle tributarie spicca l'agevolazione sull'imposta di fabbricazione degli olii minerali (sgravi su carburanti) che pesa per il 19,8%, seguita dagli sgravi fiscali sull'IRPEF (12,1%).

La rilevanza della PAC è confermata dall'analisi dei trasferimenti per origine dei fondi: nel 2003 il 53,6% delle erogazioni proviene dal bilancio UE ed il 46,4% da quelli nazionali: questi ultimi provengono per più della metà dalle Regioni ed il resto da interventi nazionali.

Il peso dell'UE sale ancora di più se si suddivide la spesa per centri di decisione: poiché alcune spese nazionali discendono obbligatoriamente dalla PAC (spese connesse) o sono dovute per ottenere il cofinanziamento comunitario (fondi strutturali), l'influenza dell'UE è, di fatto, più elevata, sfiorando nel 2004 il 60% dei trasferimenti (6.588 meuro contro 4.580 imputabili alle politiche nazionali).

L'incidenza dei trasferimenti e delle agevolazioni è diversa nelle varie aree del Paese. La relativa minor tutela della PAC alle produzioni meridionali è confermata dal più basso peso delle erogazioni AGEA nel Sud rispetto al Centro Nord; per quanto riguarda le agevolazioni nelle aree settentrionali prevalgono quelle legate all'uso dei fattori produttivi (carburanti) e al fatturato (IVA ed imposte sul reddito) mentre al Sud prevalgono le agevolazioni tributarie e contributive legate più allo *status* di operatori agricoli che al volume delle produzioni (R. FINUOLA, 2005).

4. Poiché ci troviamo di fronte ad un intervento finanziario pubblico fortemente condizionato dai finanziamenti di fonte comunitaria e povero di risorse, mi limiterò a fare qualche considerazione sugli effetti economici della spesa di trasferimento a sostegno dell'olio di oliva con riferimento ai contributi FEOGA al fine di verificarne gli effetti sul nanismo aziendale, principale imputato del sistema olivicolo italiano e sulla produttività di detto comparto (cfr. Tab. 1).

A tal fine analizzerò attraverso la metodologia del “*Panel data analysis*” come, e se, gli aiuti FEOGA erogati nel periodo tra il 2000 ed il 2004 siano stati efficaci nel determinare il risultato di un aumento della dimensione media aziendale (DIM—AZ).

I risultati cui faccio riferimento ovviamente non forniscono informazioni di tipo causale ma, semplicemente, un'indicazione della correlazione tra variabili incluse nel modello.

Da detta analisi risulta (Tab. 2) che gli aiuti FEOGA erogati in proporzione alla produzione (Accoppiamento) hanno svolto un effetto positivo che, seppur modesto in valore assoluto, è statisticamente significativo nel determinare l'aumento della dimensione media aziendale delle aziende agricole olivicole.

Altro elemento che risulta correlato (negativamente) con la dimensione aziendale è la variabile “Resa per ettaro” (Tab. 3). Questa variabile misura per ciascun anno (2001-2004) e per ciascuna Regione la “Resa in quintali di olive per ettaro di SAU”. Essa è considerata anche come indicatore del progresso tecnologico del processo di raccolta e coltivazione delle olive.

Interessante è notare che la pressione competitiva sia UE (IM—EXUE) che extra UE (IM—EX—NOUE) sul mercato agricolo nel suo complesso nonché le variazioni dal lato della domanda di consumo delle famiglie di olio d'oliva (SP—OLIO) non hanno effetti statisticamente rilevanti con le variazioni dimensionali delle aziende olivicole.

La simulazione dell'effetto che avrebbe avuto l'aiuto FEOGA sulla dimensione aziendale se allocato in base alla superficie (Disaccoppiamento) e non alla produzione (Accoppiamento) a parità di aiuto erogato a livello nazionale (Tab. 3) evidenzia:

1) L'aiuto FEOGA allocato attraverso il meccanismo del disaccoppiamento è positivamente correlato con l'aumento della dimensione media aziendale registrata nel periodo in esame. In particolare va rilevato che, ai fini dell'incremento della dimensione aziendale, il disaccoppiamento (0,028) è uno strumento più efficace rispetto all'accoppiamento (0,009), perché presenta un coefficiente di correlazione maggiore.

2) Il rendimento per ettaro è statisticamente significativo ed è correlato negativamente all'aumento della dimensione media aziendale.

3) Lo schema quantitativo incorpora il lato della domanda interna (SP—OLIO), il ruolo della concorrenza internazionale sul mercato agricolo distinto per intra (IM—EXUE) ed extra-UE (IM—EX—NOUE), il lato del progresso tecnico (resa per ettaro: RESA) si evidenzia, così, un'accettabile spiegazione del processo di aumento dimensionale della dimensione aziendale $R^2\text{-corretto}=0,718$ e $0,699$.

Per valutare l'apporto delle politiche di sostegno FEOGA alla dimensione aziendale, disaggregando il campione a livello di macro-aree (Nord e Sud) e valutando per ciascuna area i due metodi alternativi di allocazione dell'aiuto FEOGA (Tab. 4) risulta che l'aiuto FEOGA allocato con disaccoppiamento sembra essere più efficace nell'incrementare la dimensione aziendale al Nord $\beta=0,104$ che al Sud $\beta=0,013$.

Il meccanismo di allocazione con accoppiamento è statisticamente significativo solo al Sud, mentre il rendimento in quintali per ettaro (il segno negativo sta a significare che se aumenta il rendimento per ettaro si riduce la dimensione aziendale) è significativo solo al Sud.

L'indice di apertura del settore agricolo nel mercato UE (IM—XUE) è statisticamente significativo solo per il Sud: il segno positivo ci induce a pensare che aumenti della concorrenza europea producano incentivo all'aumento dimensionale qualsiasi sia il meccanismo di erogazione FEOGA.

Per il Nord l'unica variabile statisticamente significativa è il FEOGA con disaccoppiamento.

L'indice di produttività utilizzato (RESA) è piuttosto rozzo perché collega il prodotto ad un unico fattore produttivo (terra): tuttavia se si tenta in prima approssimazione (Tab. 5) di trovare evidenze empiriche circa le dipendenze statistiche della produttività in quintali di olive raccolte per ettaro (RESA), si può rilevare che gli aiuti FEOGA con accoppiamento sono statisticamente significativi.

Si trova, invece, una correlazione negativa tra dimensione aziendale e resa per ettaro (aumentando la dimensione aziendale il rendimento della terra si riduce).

Infine se prendiamo a riferimento il peso relativo, che il settore olivicolo ha rispetto alle altre colture agricole, calcolandolo come rapporto tra valore della produzione olivicola/valore delle altre coltivazioni agricole possiamo rilevare che, l'effetto degli aiuti FEOGA allocato con disaccoppiamento è analogo a quello ottenuto con l'accoppiamento. Pertanto si può affermare che, rispetto a coltivazioni agricole simili, l'effetto degli aiuti FEOGA sulla produzione olivicola non è influenzato sensibilmente dal tipo di allocazione dell'aiuto.

Ed allora una considerazione di massima ci porta a rilevare che con il disaccoppiamento è possibile rilevare una maggiore incidenza, rispetto al vecchio sistema, sulla dimensione aziendale e, quindi, una maggiore capacità di contrastare il nanismo aziendale, tipico del comparto olivicolo. Anche se la differenza tra accoppiamento e disaccoppiamento non è tale da poter rilevare una discontinuità particolarmente accentuata, tuttavia questa accentuazione si presenta in misura maggiore nel Nord Italia rispetto al Sud (Tab. 6).

Quanto all'incidenza sulla produttività, sia pure calcolata con il rozzo parametro della quantità prodotta, non c'è dubbio che il disaccoppiamento è destinato a modificare i rapporti di redditività tra le varie produzioni perché il sostegno comunitario da ricavo variabile è stato mutato in ricavo unico fisso per l'azienda, ricavo che, quindi, è per sua natura indipendente dalle scelte colturali. Queste ultime rimangono così in funzione di altri fattori quali le prospettive di

mercato, la vocazione territoriale dell'area in cui si trova l'azienda e soprattutto l'efficienza tecnica ed economica aziendale.

5. È proprio questa novità che fa sorgere l'interrogativo se, valutando nel complesso non esaltanti i risultati di questa provvisoria simulazione del disaccoppiamento, si compia una corretta analisi o, invece, non si rimanga legati ad uno schema di analisi teorica di tipo convenzionale, legato alla classica manovra incentivante articolata, da un canto, dal maggior alleggerimento possibile del gravame fiscale sull'agricoltura e, dall'altro, dalla massima erogazione di sostegno alle attività produttive. In altri termini c'è da chiedersi se sia corretta un'analisi che attende risultati da strumenti di politica economica che non ne possono più dare.

In effetti, se teniamo presente che dal 1999 al 2004 la pressione fiscale sull'agricoltura ha avuto un valore medio del 12,9% contro il 30,1% degli altri settori, che la pressione fiscale complessiva (al lordo di quella contributiva) sul settore agricolo è stata del 29,4% contro il 53,01% degli altri settori, che nel 2002 il sommerso economico dell'agricoltura rappresentava (Fonti ISTAT) il 36,9% del valore aggiunto ai prezzi di mercato contro una media del 15% degli altri settori, che nello stesso periodo il peso dei lavoratori dipendenti irregolari su quelli totali era del 63,1% contro il 16,7% degli altri settori, che il 70% della spesa pubblica in agricoltura è rappresentato da spesa di trasferimento, c'è da chiedersi perchè i risultati siano deludenti rispetto a quelli richiesti dalla gravità dei problemi strutturali. La spiegazione è da ricercare nel ricorso inerziale ad un modello d'intervento pubblico in agricoltura legato a schemi convenzionali. In altri termini alla logica dell'economia classica che, espunge dal ragionamento il concetto di progresso tecnico del III millennio e accetta solo il concetto di progresso tecnico della prima rivoluzione industriale, quella cioè delle macchine semplicemente imitative del lavoro dell'uomo. In tale schema la capacità produttiva potenziale diventa effettiva spontaneamente e, pertanto, il compito della finanza pubblica è solo quello di facilitare detta naturale evoluzione alleggerendo gli oneri di produzione dell'azienda.

È necessario, invece, adottare uno schema teorico capace di recepire il concetto di progresso tecnico della seconda rivoluzione industriale, quella cioè delle macchine che non imitano ma sostituiscono il lavoro dell'uomo e che pertanto esigono l'accumulazione di capitale necessaria per passare dalla capacità produttiva potenziale a quella effettiva. Solo in tal modo sarà possibile tener conto che il compito di alleggerire l'azienda agricola dagli oneri che ne impediscono efficienza e redditività è assolto strutturalmente dal progresso tecnico e quindi al sostegno finanziario pubblico non tocca il ruolo che è del progresso tecnico ma, piuttosto, il compito di agevolare l'accesso al progresso tecnico, unica garanzia di efficienza e redditività dell'azienda.

Pertanto a me sembra coraggiosamente innovativo l'abbandono del sistema di protezione dei prezzi agricoli previsto dalla riforma della PAC e la sua sostituzione con un sistema di aiuti disaccoppiati dalla produzione in funzione di garantire efficienza e produttività dell'azienda.

È una scelta coerente con l'abbandono del vecchio schema del sostegno finanziario pubblico per una più moderna concezione della politica di sostegno pubblico dell'agricoltura agevolativa e non sostitutiva del progresso tecnico.

È pertanto assolutamente indispensabile che questa scelta trovi i riflessi adeguati nella ristrutturazione della finanza pubblica imposta dal Trattato di Maastricht.

Del resto è questa una scelta obbligata perché il federalismo fiscale eliminando la finanza derivata e dando massima autonomia alle Regioni darà loro ampia autonomia nei criteri di politica incentivante dell'agricoltura e necessita pertanto di un chiaro indirizzo da parte della finanza pubblica centrale.

Dunque la traduzione del disaccoppiamento in una coerente architettura del sostegno finanziario pubblico all'agricoltura è certamente un lavoro comune tra economisti pubblici ed economisti agrari (cfr. le pregevoli analisi sulla Spesa pubblica sia dall'INEA che dal rapporto annuale sull'agricoltura) e può considerarsi un primo stimolante risultato scientifico del progetto PRIN (prot. n. 2004074322, PRIN 2004).

Credo quindi che questa ristrutturazione della PAC abbia il merito di reclamare una profonda ristrutturazione del sostegno pubblico all'agricoltura per poter incidere efficacemente sui problemi strutturali che contraddistinguono l'agricoltura italiana.

In altri termini anticipa quello che è oggi divenuto la direttiva base della finanza pubblica italiana: la necessità di una revisione sistematica della spesa (*spending review*) per migliorare efficacia ed efficienza delle strutture (Libro verde sulla Spesa pubblica, 2007).

6. Le considerazioni innanzi fatte aprono lo strada ad una breve riflessione sugli effetti economici della spesa pubblica di trasferimento in agricoltura in Siria con specifico riferimento al prezzo dell'olio di oliva. La Siria è stata scelta, nell'ambito del ricordato progetto PRIN 2004 perché l'Istituto Agronomico del Mediterraneo (IAM) è da oltre quattro anni, presente con una missione che ha impostato un programma di ristrutturazione della produzione olivicola. Come è noto trattasi di una nazione che non ha ancora compiutamente lo stato di Paese terzo del Mediterraneo e, pertanto, i rapporti di collaborazione con la CE sono ancora alla fase preliminare.

Nel settore dell'olio e in particolare nel sub/settore dell'olio d'oliva da tavola la Siria presenta una notevole crescita nel settore della produzione che l'ha portata dallo 0% della produzione mondiale nella prima metà degli anni ottanta al 5% negli anni 2000/2001 cui si riferiscono le statistiche disponibili; anche il consumo di olio di oliva è quasi il doppio dei valori riscontrati negli altri Paesi terzi del Mediterraneo, Marocco, Tunisia, Turchia così come per consumo *pro capite* (Tabelle 7, 8, 9).

Tuttavia, nella produzione siriana prevale l'approccio quantitativo rispetto a quello qualitativo: la politica governativa del recupero delle terre ha determinato l'aumento degli alberi di olivo, in Siria 377000 famiglie sono impegnate nella coltivazione degli alberi di olivo, la cui produzione cresce. Sicché oggi si pone

il problema della collocazione del *surplus* strutturale valutato in circa 85000 tonnellate (cfr. I. MALEVOLTI, 2003).

La soluzione ovvia della prevedibile crisi di questo settore è l'esportazione del *surplus*: trattasi, però, di un difficile sbocco a causa del basso livello della mano d'opera, dei prezzi siriani, della mancata soluzione del problema di definire il tipo di olio e garantire il livello qualitativo in conformità con le richieste del mercato. In ultima analisi il problema nel rinnovamento della cultura delle piante della tecnica di produzione dell'olio. ora l'esportazione assorbe solo una piccola parte di questo *surplus* (cfr. I. MALEVOLTI, 2003).

Come si è regolato il governo siriano per risolvere il problema della ricerca di un difficile sbocco all'eccedenza di produzione dell'olio di oliva?

Per rispondere a questa domanda occorre anzitutto tracciare un quadro sintetico dei sussidi in agricoltura in Siria, anche se recentemente è stata realizzata una ristrutturazione di dette erogazioni (A. SARRIS, 2003).

Allo stato attuale sussistono diverse aeree sussidiate secondo la regolamentazione internazionale, che possono così essere sinteticamente descritti: sussidi degli *input*, sussidi dei prezzi di mercato, sussidi all'esportazione, sussidi ai consumatori, sussidi ai pubblici servizi ed alle infrastrutture (Tab. 10).

Per quanto riguarda i sussidi agli *inputs* della produzione agricola e di alcuni servizi agricoli sono indirettamente sussidiati, non attraverso erogazioni di somme, ma con il blocco dei prezzi. Ad esempio, i prezzi di vendita dei fertilizzanti locali od importati per i produttori agricoli sono fermi alla stagione agricola 1992/1993 con riferimento alle fluttuazioni dei prezzi internazionali.

La differenza con i prezzi internazionali dei fertilizzanti, considerevolmente cresciuti negli anni recenti, viene coperta da sussidi ai produttori che hanno determinato un notevole onere per il bilancio dello Stato. Mentre i sussidi dei prezzi per il seme di grano coprono una quantità tra il 35 ed il 50% del totale degli acquisti compiuti, i bassi costi del servizio di irrigazione sono garantiti dal ricorso al programma governativo dell'irrigazione che copre un'area intorno al 30% del totale dell'area irrigata (cfr. P. WEHRHEIM, 2003).

Particolare consistenza hanno i sussidi per i motori elettrici usati per usi agricoli, poiché i motori elettrici sussidiati rappresentano il 34% dei motori impiegati ed irrigano il 16% del totale dell'area irrigata. Inoltre vengono anche erogati sussidi indiretti tramite gli interessi dei prestiti degli agricoltori, intorno al 4,5%-7,5%. Detto specifico intervento decresce con le modificazioni del tasso d'interesse della Banca di Siria.

Per quanto riguarda i sussidi per i carburanti, non sono limitati al settore dell'agricoltura, ma ad ogni settore che ha rapporti con esso, mentre sono previste esenzioni dal costo dei servizi (ricerche scientifiche, cure veterinarie, protezione delle piante, infrastrutture) per ogni settore dell'agricoltura. È tuttavia da sottolineare che, negli anni recenti, il livello dei sussidi è diminuito rispetto al livello degli anni '90, ora ridotti considerevolmente.

Alta forma d'intervento è rappresentata dai programmi governativi speciali, che fissano sussidi ai prezzi dei prodotti oggetto del piano: grano, cotone,

tabacco e barbabietola da zucchero che rappresenta circa la metà della produzione ed occupa circa due terzi dell'area coltivata in Siria (Tab. 11).

Il processo centrale dei prezzi delle derrate alimentari tocca la valutazione dei costi di produzione e dei margini di profitto. Il raccolto del cotone è considerato in più importante raccolto da esportare tra questi prodotti agricoli. La produzione del grano è incrementata e la Siria si è fatta esportatrice netta di grano. I prodotti che sono venduti tramite i programmi d'intervento statali generalmente hanno i sussidi all'esportazione o i sussidi al consumo quando questi prodotti sono venduti.

I dati disponibili al livello dei sussidi ai consumatori non sono chiari e precisi, tuttavia è possibile rilevare che i consumatori pagano un prezzo minore per la farina di grano generalmente usata per fare il pane, sussidiata dal governo. La farina di grano di alta qualità non è sussidiata ed il prezzo è il doppio di quella ordinaria.

Sussidi ai consumatori sono previsti per zucchero e riso attraverso *voucher* (1 kg di zucchero e 0,5 kg di riso a testa al mese). I consumatori comprano lo zucchero attraverso *voucher* pagando meno del 50% del prezzo internazionale.

Come accennato prima i prezzi locali per alcuni strategici raccolti sono più alti dei prezzi internazionali e sussidiati quando vengono esportati. Sussidio all'esportazione è considerato equivalente alla differenza tra il prezzo internazionale ed il prezzo locale, se il prezzo internazionale è distorto a causa dei sussidi previsti dalle nazioni sviluppate.

Il raccolto di cotone rappresenta la maggiore esportazione di derrate agricole, tuttavia l'esportazione del grano è in continuo incremento.

Molte imposte e dazi sono state abrogate nel corso dei recenti anni, come l'imposta sulle esportazioni di prodotti agricoli. In passato tutta la frutta ed i prodotti agricoli erano esenti da imposte, mentre essa aveva l'aliquota dell'imposta tra il 9,5% ed il 12% (imposta su numerose derrate agricole, come pollo, lenticchie, birra, cotone ed altri) ed è stata abrogata nel 2001 (cfr. P. WEHRHEIM, 2003).

7. Da questo quadro sintetico emerge un chiaro profilo di scarsa funzionalità dell'intero sistema di sostegno all'agricoltura perché inadatto a stimolare la competitività ed a determinare reale aumenti di produttività: conseguentemente gli effetti che si determinano sui produttori agricoli ed i consumatori sono negativi.

In questa strategia complessiva della finanza pubblica siriana nel settore dell'agricoltura va compiuta qualche considerazione sugli effetti economici della spesa di sostegno ai prezzi dei prodotti agricoli e con specifico riferimento all'olio di oliva. In particolare si tratta di verificare se essa sia funzionale o perversa rispetto all'obiettivo di aprire all'*export* il *surplus* di produzione dell'olio di oliva che attualmente si registra.

Quale è stata la scelta del Governo siriano?

Per evitare il pericolo di un improvviso calo dei prezzi e, nel contempo, tentare di superare gli ostacoli rappresentati dalla mancanza di qualificazione pro-

fessionale della mano d'opera, dalla scarsa remuneratività dei prezzi del prodotto, dalla sua scadente qualità che gli impedisce di rispondere alle sollecitazioni del mercato, dalla mancanza di una politica d'incentivazione della qualità del prodotto, il Governo siriano ha aperto alle esportazioni di olio di oliva, escludendole da ogni gravame fiscale. D'altro canto, per evitare il pericolo dell'ingresso dell'olio proveniente da altri Paesi concorrenti, ha chiuso alle importazioni e stabilito un sussidio (Sussidio Equivalente di Produzione) pari alla differenza tra il prezzo dell'olio praticato in Siria e quello praticato dagli altri Paesi del Mediterraneo non aderenti alla CE (Cfr. M. WESTLAKE, 2003).

Questa distorsione dei prezzi interni, se ha avuto un certo impatto sulla capacità di esportazione, sicché sono state collocate circa 8000 tonnellate, ha, però, creato un equilibrio precario, essendo basato su capacità di esportazione fittizia, perché sostenuta da esenzioni fiscali e dai costosi contributi pagati ai produttori siriani. Pertanto, inevitabilmente questa spesa pubblica di sostegno al prezzo dell'olio ha avuto ripercussioni sul mercato interno poiché non incide sulle cause strutturali della bassa produttività del comparto olivicolo, mentre col forte impatto sulla produzione interna crea una pericolosa distorsione tra la continua crescita della produzione interna ed i prezzi al consumo artificialmente tenuti alti.

La perversità di questa politica della spesa pubblica è rafforzata dalla considerazione che il costo del Sussidio Equivalente di Produzione viene coperto e ripartito col ricorso al Fondo Stabilizzazione Prezzi (PSF) che finanzia i sussidi ai consumi. Ha le sue fonti di reddito in: a) soprattasse su alcuni specifici beni come televisori, tappeti e frigoriferi; b) trasferimenti diretti dal bilancio.

Frequentemente queste fonti di reddito sono insufficienti a coprire i *deficit* pubblici determinati dalla politica di mercato dei beni protetti e, pertanto, il Fondo di Stabilizzazione Prezzi è obbligato a prendere a prestito dalla Banca Commerciale della Siria i cui *deficit*, a loro volta, sono ripianati dalla Banca centrale (Cfr. M. WESTLAKE 2003). Si spiega così perché il Fondo Stabilizzazione Prezzi sia la vera causa del *deficit* della finanza pubblica siriana.

Siamo, pertanto, di fronte ad una sostanziale perversità della politica di sostegno ai prezzi dei prodotti agricoli. Infatti detto criterio di copertura e riparto del costo della erogazione della spesa di trasferimento a sostegno dei prezzi dei prodotti agricoli, compreso quello dell'olio di oliva, non determina solo il *deficit* del bilancio, ma anche una distorsione strutturale della ripartizione della pressione fiscale tra i vari comparti produttivi che vede una chiara discriminazione a favore del settore dell'agricoltura.

Mentre le imposte sul reddito relative al petrolio rappresentano il 45% delle entrate totali, le imposte sul reddito non collegate al petrolio e le imposte sugli affari (soggetti passivi pubblici al 70%) rappresentano il 32 % del totale, le imposte su salari e stipendi solo il 6,6 (per lo più imposte sui datori di lavoro pubblici). Le imposte sulle esportazioni sono esigue, circa l'1,3% delle entrate fiscali: la più gran parte di dette entrate proviene dalle sovratasse sul petrolio, gas naturale, tabacco e materiali da costruzione e tariffe postali. Dal 2001 sono stati esentati tutti i prodotti agricoli ed è stata abrogata l'imposta sui prodotti

agricoli che colpiva i vari stadi della produzione con aliquota che poteva raggiungere il 10% ed anche il 12%.

In sostanza le imposte relative all'agricoltura comprendono sostanzialmente solo un'imposta fondiaria sulle terre incolte e l'imposta sul bestiame. Tutte queste imposte nel 1999 rappresentavano il 3,5% del complesso delle entrate fiscali non connesse al petrolio e 1,4% di tutte le entrate.

Invece il perverso meccanismo erogazione sussidi/copertura costo di erogazione ha portato l'ammontare delle spese in agricoltura al 2,29% del PIL nel 1995 che, dopo le imprese pubbliche e il finanziamento della sicurezza sociale, costituisce il terzo maggiore capitolo di spesa.

Ora queste distorsioni annullano l'effetto positivo della manovra incentrata sul minor gravame fiscale del settore agricolo e non sono di poco conto. In Siria il contributo dell'agricoltura alla formazione del PIL è tra il 28 ed il 30% mentre le famiglie spendono in media il 13,5% del loro reddito in cibo: le politiche agricole sono quelle che hanno l'effetto più significativo sull'intera economia.

In conclusione a dispetto delle riforme della politica agricola iniziate in Siria dal 1987, il settore dell'agricoltura rimane in una fase transitoria e le distorsioni del mercato sono ancora notevoli. È importante sottolineare che la trasformazione del settore e del mercato agricolo è inefficiente e necessita di modernizzazione.

Accanto alle mancanza di motivi di competitività, assenza di reali aumenti di produttività, le alte tariffe su alcune produzioni così come dei *containers* e degli imballaggi determinano un incremento dei costi. Inoltre grossi margini commerciali (prezzi al minuto, barriera prezzi agricoltori) hanno avuto effetto deleterio su produttori e consumatori tanto negativamente quanto gli effetti delle imposte sui prodotti agricoli.

Questa considerazione apre la strada alla riflessione sull'effetto più importante di dette distorsioni. Detta diseconomia infatti fa sì che il regime fiscale dell'agricoltura non sia funzionale, anzi assuma un profilo perverso rispetto alla politica di riforme strutturali del settore agricolo posta in essere dal governo siriano che, sin dal 1987, ha scelto una politica di graduale riforma con la quale l'economia è supportata da una liberalizzazione realizzata in *steps* successivi.

Questo include un graduale trasferimento dalla pianificazione centrale alla pianificazione indicativa che soprattutto comporta la determinazione delle quantità e dei prezzi per culture definite strategiche, sulla base di priorità e della disponibilità di risorse naturali.

Tuttavia è da notare in questa pianificazione centrale della Siria che le produzioni vincolate sono negoziate ai vari livelli di governo con le associazioni di agricoltori: è naturale che siffatti controlli alla produzione limitano la flessibilità degli agricoltori a reagire agli sviluppi del mercato e a mutare i relativi prezzi. Inoltre il sistema di pianificazione centrale della Siria interferisce non solo nelle produzioni agricole ma anche nel sistema di mercato delle derrate alimentari. Il mercato del grano è gestito da una compagnia pubblica che gestisce l'ammasso del grano e che è finanziata dal Ministero del Commercio Internazionale (cfr. M. WESTLAKE, 2003).

Nel 1987 il governo siriano iniziò una graduale riforma della politica agricola. L'obiettivo era quello di eliminare gradualmente le caratteristiche di agricoltura centralizzata per introdurre gradualmente una procedura di liberalizzazione della politica agricola. Questo approccio ha dato un risultato positivo in termini d'incremento del prodotto a partire dal 1990, con l'eccezione degli anni 2000 e 2001 nei quali le siccità ridussero la produzione agricola. Alla fine degli anni '90 la Siria diventò esportatore netto per molti prodotti agricoli e, nello stesso tempo, significative quantità di prodotti principali alimentari, come zucchero, riso, olio vegetale, mais, prodotti caseari come latte in polvere e burro, come pure la carne, sono stati importati. Inoltre l'aspetto più importante è che questo graduale approccio alle riforme ha evitato un improvviso declino della produttività dell'agricoltura siriana.

Al contrario di quanto è successo delle economie ex collettiviste dell'Est europeo e nell'agricoltura dell'Unione Sovietica nella quale la rapida abolizione della proprietà collettiva ha determinato un significativo declino della produttività dell'agricoltura nei primi anni della liberalizzazione.

In effetti nella Federazione Russa così come nella Repubblica di Albania, certamente la più stalinista tra le economie collettivistiche, il passaggio dall'economia di comando all'economia di mercato ha trovato nella politica agricola una delle tappe più difficili (A. TROISI, 2003). La Siria ha fatto ricorso al Sussidio Equivalente di Produzione, con i costi e gli sprechi allocatici che abbiamo visto avere dirette conseguenze sul bilancio dello Stato nella Federazione Russa. Invece, in Albania si sono aboliti subito i sussidi ai prezzi di largo consumo e a sostegno dei prezzi agricoli ed è stata posta in essere una inefficiente politica di polverizzazione della aziende agricole. L'impatto negativo è stato assorbito con un'accentuata politica previdenziale ed assistenziale riservata agli agricoltori, alleggerendo notevolmente il regime fiscale del reddito d'impresa agraria, creando apposite voci negli stipendi (indennità caropane, ecc.), che hanno consentito di recuperare in termini reddituali l'aumento dei prezzi determinato dall'abolizione della spesa di sostegno dei prezzi agricoli e dei generi di largo consumo (A. TROISI, 2005).

Inoltre, a differenza della Siria, nei due Paesi, sia pure in misura diversa, il ricorso alla discriminazione delle aliquote nell'IVA e nei dazi doganali ha consentito alle produzioni agricole nazionali di rafforzarsi e di non soccombere rispetto ai prezzi più competitivi dei prodotti agricoli dei Paesi vicini e, nel contempo, ha garantito un gettito di cassa prezioso: in altri termini un discreto successo di efficienza ed equità che non è dato riscontrare nell'esperienza siriana (A. TROISI, 2005).

Naturalmente i paragoni sono sempre relativi perché rispetto alla Siria oggi la Federazione Russa è divenuta il secondo esportatore di petrolio dopo l'Arabia Saudita ed il terzo fornitore di metano all'Europa, ha riequilibrato i propri conti con i cospicui proventi della vendita di queste due preziose risorse naturali, anche se si tratta di un equilibrio temporaneo che ha solo il vantaggio di concederle il tempo necessario per ritrovare il difficile equilibrio tra riforme strutturali

e politica fiscale senza del quale non riuscirà ad uscire dalla transizione ed a conseguire i titoli che possano legittimare un suo ingresso nella CE.

8. Da questo raffronto può derivare dal menzionato progetto PRIN un secondo ed originale spunto. Il capitolo più recente dell'economia pubblica è rappresentato dal ruolo delle istituzioni fiscali nella transizione dall'economia di comando a quella di mercato. Non sappiamo ancora con esattezza quale è il loro profilo, ma sappiamo che hanno un ruolo diverso da quello rivestito nell'economia collettivistica e che non è lo stesso di quello di un'economia capitalistica (A. TROISI, 2004).

Nel Dipartimento di Scienze economiche dell'Università degli studi di Foggia è stato possibile mettere a punto un modello econometrico che, innovando rispetto a quello del Fondo Monetario, ha dato la possibilità di quantificare il rapporto di perversità o funzionalità con le riforme di struttura tipiche di questa fase del tutto anomala dell'economia e tra le quali grande importanza riveste la ristrutturazione dell'agricoltura.

I risultati di detto modello sono stati positivamente confrontati con i colleghi della *Finance Academy* di Mosca (A. TROISI, 2001) e con quelli della Facoltà di Economia di Tirana ed hanno avuto il plauso della Conferenza dei Rettori delle università albanesi (A. TROISI, 2003).

Ora proprio esaminando i profili di scarsa funzionalità della spesa di sostegno pubblico al prezzo dell'olio di oliva in Siria mi sono convinto che la transizione non è tipica solo delle economie ex collettivistiche ma di tutte le transizioni da regimi autoritari quali quelli della Siria, Turchia, Algeria, Marocco, a regimi democratici. Credo quindi che detto modello possa trovare in quest'altro tipo di transizione un'interessante verifica integrando il lavoro dei colleghi economisti agrari con i quali potremmo andare in parallelo: del resto l'esperienza siriana dimostra che è necessario accanto all'impegno per rendere la produzione dell'olio di oliva efficiente e qualificata creare una politica pubblica di sostegno che sia funzionale e non perversa a questa finalità.

Riferimenti bibliografici

- C. ALTABELLI, A. BIANCHI, F. CARAPELLOTTI, R. GALLO, P. GUGLIEMMETTI, *Incentivi "488" all'industria negli anni 1996-2004: effetti settoriali e territoriali*, in *L'Industria*, n. 1/2006;
- R. BRONZINI, G. DE BLASIO, *Evaluating the Impact of Investment Incentives: The Case of Italy's Law 488/92*, in *Journal of Urban Economics*, 2006, p. 327 ss.;
- Banca d'Italia, *Questioni di Economia e Finanza*, Occasional Paper; 2006
- Banca d'Italia, *L'economia delle regioni italiane nel 2005*, e il Supplemento al Bollettino Statistico n. 41;
- R. FINUOLA, *La prima implementazione della PAC*, in *Rapporto sullo stato dell'agricoltura*, INEA, *Ministero delle politiche agricole e forestali*, 2005, pp. 13-15;
- R. FINUOLA, *Il sostegno pubblico al settore agricolo*, in *Rapporto sullo stato dell'agricoltura*, INEA, *Ministero delle politiche agricole e forestali*, 2005, pp. 45-51;

- Ministero dell'Economia e delle Finanze, *Libro verde sulla Spesa pubblica. Spendere meglio: alcune prime indicazioni*, Roma, 6 settembre 2007;
- I. MALEVOLTI, *The Syrian Olive Oil and Table Olive Sub-Sectors*, in C. FIORILLO, J. VERCUEIL (eds.), *Syrian Agriculture at the Crossroads*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Roma, 2003, p.167 ss.;
- A. SARRIS, *Agriculture in the Syrian Macroeconomic Context*, in C. FIORILLO, J. VERCUEIL (eds.), *Syrian Agriculture at the Crossroads*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Roma, 2003, p. 17 ss.
- Programma di ricerca cofinanziato Mod. C 2004, prot. n. 2004074322, Unità operativa presso il Dipartimento di Scienze Economiche dell'Università degli studi di Foggia, "Protezionismo, libero scambio ed economie di transizione di Paesi del Mediterraneo nel settore olivicolo";
- A. TROISI, *Finanza pubblica e riforme strutturali nella Federazione Russa e nella Repubblica Argentina*, in *Il Risparmio*, n. 3/2005, pp. 81-113;
- A. TROISI, *Le istituzioni fiscali della transizione: uno schema teorico*, in *Economia, Impresa e Mercati finanziari*, n. 2/2004;
- A. TROISI, *The Fiscal Policy Role in the Reconversion and Growing of the Transition Economies: The Albanian Case*, relazione al Convegno "Albania Sviluppo Sostenibile", organizzato dall'Ambasciata d'Italia in collaborazione con la CRUI (Conferenza Rettori Università Italiane), la KRUSH (Conferenza Rettori Università Albanesi) e l'Accademia delle Scienze dell'Albania, Tirana 13-15 novembre 2003 (mimeo);
- A. TROISI, *The Role of Fiscal Policy in the Process of Reconversion and Growth of Transition Economies: The Case of Russian Federation*, relazione alla International Scientific Conference "21-st Century: Financial Sector of the Economy and Training of Specialists", Mosca 28-29 novembre 2001 (mimeo);
- P. WEHRHEIM, *Agricultural and Food Policies in Syria Financial Transfers and Fiscal Flows*, in C. FIORILLO, J. VERCUEIL (eds.), *Syrian Agriculture at the Crossroads*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Roma, 2003, p. 91 ss.;
- M. WESTLAKE, *The Economics of Strategic Crops*, in C. FIORILLO, J. VERCUEIL (eds.), *Syrian Agriculture at the Crossroads*, Food and Agriculture Organization of the United Nations, Roma, 2003, p. 141 ss.;

Tab. 1. – Numero di Aziende per superficie aziendale (ettari) nel 2003

Rilevazione 2003	Meno di 1	1 – 2	2 – 5	5 – 10	10 – 20	20 – 50	50 – 100	100 ed oltre	Totale
LOMBARDIA	31,21%	32,38%	5,31%	19,43%	3,40%	5,63%	2,34%	0,32%	0,11%
TRENTINO-ALTO ADIGE	79,57%	10,30%	7,06%	0,57%	1,93%	0,57%	0,00%	0,00%	0,26%
VENETO	41,29%	13,50%	29,13%	8,54%	5,78%	1,39%	0,11%	0,26%	0,70%
FRIULI-VENEZIA GIULIA	37,91%	3,85%	37,91%	0,00%	8,79%	0,00%	6,04%	5,49%	0,02%
LIGURIA	65,04%	17,76%	13,96%	2,18%	0,80%	0,03%	0,20%	0,03%	1,64%
EMILIA-ROMAGNA	20,02%	28,77%	18,82%	13,70%	9,02%	6,78%	2,16%	0,73%	0,62%
TOSCANA	22,94%	23,85%	20,06%	12,33%	10,27%	7,08%	2,16%	1,31%	6,05%
UMBRIA	24,18%	18,89%	25,97%	15,78%	8,42%	4,61%	1,12%	1,03%	2,68%
MARCHE	17,95%	20,72%	28,69%	16,86%	8,24%	5,30%	1,59%	0,65%	2,34%
LAZIO	33,81%	30,34%	21,81%	7,57%	2,97%	2,47%	0,49%	0,54%	7,36%
ABRUZZO	24,17%	22,41%	34,65%	12,59%	3,95%	1,88%	0,26%	0,09%	5,20%
MOLISE	20,56%	17,35%	20,74%	16,41%	15,87%	7,92%	0,82%	0,33%	1,97%
CAMPANIA	35,09%	22,40%	26,56%	10,09%	4,22%	1,37%	0,22%	0,07%	9,67%
PUGLIA	37,78%	25,32%	20,33%	8,10%	4,38%	3,27%	0,61%	0,22%	23,14%
BASILICATA	42,95%	15,92%	18,28%	6,50%	8,12%	6,14%	1,31%	0,78%	3,70%
CALABRIA	45,04%	26,92%	17,92%	5,40%	2,65%	1,47%	0,42%	0,18%	13,53%
SICILIA	39,40%	20,81%	21,74%	9,11%	5,39%	2,53%	0,69%	0,33%	17,06%
SARDEGNA	35,17%	27,87%	15,01%	8,90%	5,25%	5,40%	1,69%	0,71%	3,97%
ITALIA	36,26%	23,71%	21,65%	9,03%	5,10%	3,13%	0,74%	0,38%	100,00%

Fonte: nostra elaborazione su dati ISTAT

Tab. 2. – Variabile dipendente: Dimensione aziendale. Italia – Accoppiamento

Var. Dipendente: Dimensione Aziendale	
Metodo: Pooled Least Squares	
Sample (adjusted): 2001 2004	
Cross-sections: 18 (regioni)	
Variabili indipendenti	ACCOPPIAMENTO
FEOGA_Produzione	0,009*
Variabili di Controllo	
RESA per ettaro	-0,028***
Imp_Exp UE	4,661
Imp_Exp_extra UE	-2,695
Spesa fam. Olio oliva	-9,039
Modello ad Effetti fissi regionali e temporali	
R-squared	0,805
Adjusted R-squared	0,699

(*, ** e *** indicano le significatività statistiche rispettivamente all'1%, 5% e 10%)

Fonte: nostra elaborazione su dati ISTAT

Tab. 3. – Variabile dipendente Dimensione aziendale. Italia – Confronto Acc-Disacc.

Var. Dipendente: Dimensione Aziendale		
Metodo: Pooled Least Squares		
Sample (adjusted): 2001 2004		
Cross-sections: 18 (regioni)		
Variable	DISACCOP.	ACCOP.
FEOGA_Superficie	0,028**	
FEOGA_Produzione		0,009*
Variabili di Controllo		
RESA per ettaro	-0,018*	-0,028***
Imp_Exp UE	3,978	4,661
Imp_Exp_extra UE	-2,900	-2,695
Spesa fam. Olio oliva	2,481	-9,039
Modello ad Effetti fissi regionali e temporali		
R-squared	0,817	0,805
Adjusted R-squared	0,718	0,699

Fonte: nostra elaborazione su dati ISTAT

Tab. 4. – Variabile dipendente: Dim. azie. Confronto Nord/Sud Accoppiamento/ Disaccoppiamento

Var. Dipendente: Dimensione Aziendale				
Metodo: Pooled Least Squares				
Sample (adjusted): 2001 2004				
Cross-sections: NORD 9 regioni; SUD 9 regioni				
Variable	DISACCOP. (NORD)	ACCOP. (NORD)	DISACCOP. (SUD)	ACCOP. (SUD)
FEOGA_Superficie	0,104**		0,013*	
FEOGA_Produzione		0,014		0,009***
Variabili di Controllo				
RESA per ettaro	-0,015	-0,026	-0,012*	-0,024***
Imp_Exp UE	4,983	5,659	6,147*	2,531
Imp_Exp_extra UE	-0,704	-0,874	-2,102	-1,259
Spesa fam. Olio oliva	21,653	-81,728	-37,590**	-54,905***
Modello ad Effetti fissi regionali e temporali				
R-squared	0,860	0,825	0,846	0,888
Adjusted R-squared	0,742	0,677	0,716	0,794

Fonte: nostra elaborazione su dati ISTAT

Tab. 5. – Determinanti della Resa per ettaro

Var. Dipendente: Resa per ha		
Metodo: Pooled Least Squares		
Sample (adjusted): 2001 2004		
Cross-sections: 18 (regioni)		
Variable	DISACCOP,	ACCOP,
FE_Superficie	-0,036	
FE_Produzione		0,214***
Variabili di Controllo		
Dimensione Aziendale	-4,642**	-5,421***
Imp_Exp UE	68,705	12,521
Imp_Exp_extra UE	-68,015	-51,174
Spesa fam. Olio oliva	658,527	349,294
Modello ad Effetti fissi regionali e temporali		
R-squared	0,879	0,901
Adjusted R-squared	0,813	0,848

Fonte: nostra elaborazione su dati ISTAT

Tab. 6. – Variabile dipendente: Effetto dell'aiuto feoga con disaccoppiamento (FE_Superficie) sul Rapporto Produz. olivicola/Produz. Coltivazioni agricole

Var. Dipendente: Produz. olivicola/Produz. Coltivazioni agricole		
Metodo: Pooled Least Squares		
Sample (adjusted): 2001 2004		
Cross-sections: 18 (regioni)		
Variable	DISACCOP.	ACCOP.
FE_Superficie	0,001***	
FE_Produzione		0,001***
Variabili di Controllo		
RESA per ettaro	0,003***	0,002***
Dimensione Aziendale	-0,001	-0,002
Imp_Exp UE	0,080	0,021
Imp_Exp_extra UE	-0,291**	-0,268***
Spesa fam. Olio oliva	0,706	-0,070
Modello ad Effetti fissi regionali e temporali		
R-squared	0,993	0,995
Adjusted R-squared	0,989	0,992

Fonte: nostra elaborazione su dati ISTAT

Tab. 7. – Olive oil production in the main countries
(Q biennial average, 000 Mt) (percentage out of world production)

Years	Italy		Spain		Greece		Tunisia		Turkey		Syria	
	Q	%	Q	%	Q	%	Q	%	Q	%	Q	%
1987-88	545	31,1	567	32,0	296	16,0	77	4,4	73	4,1	59	3,4
1992-93	500	26,7	586	31,3	331	17,6	165	8,0	53	2,8	82	4,4
1997-98	562	22,5	985	39,4	404	16,2	135	5,0	110	4,0	111	4,4
2000-01	533	20,4	1017	38,9	424	16,2	140	5,4	185	7,1	130	5,0

Fonte: I. MALEVOLTI, 2003, p. 167

Tab. 8. – Total consumption of olive oil in the main Mediterranean Countries (000 Mt)

Year	Italy	Spain	Greece	Morocco	Syria	Tunisia	Turkey
1987	679.2	439.4	195.7	41.3	59.3	42.0	47.8
1992	637.5	460.5	185.7	37.5	71.5	27.7	43.7
1997	698.0	459.9	187.7	37.6	84.0	60.0	42.0
2000	748.2	466.6	198.3	44.0	104.0	62.7	71.4

Fonte: I. MALEVOLTI, 2003, p. 168

Tab. 9. – Per capita consumption of olive oil in the main countries (kg/year)

Years	Greece	Italy	Spain	Tunisia	Syria	Australia	Turkey	Belgium Luxemb.	France	Canada	UK	USA	Germany
1987	19.5	12.0	11.3	5.5	5.3	0.4	0.9	0.1	0.5	0.2	0.1	0.3	0.1
1992	18.1	11.2	11.7	3.3	5.4	0.7	0.7	0.3	0.6	0.4	0.2	0.4	0.1
1997	17.8	12.1	11.5	6.5	5.6	1.1	0.7	0.7	1.0	0.6	0.4	0.6	0.2
2000	18.7	13.0	11.7	6.6	6.4	1.4	1.1	1.1	1.1	0.8	0.7	0.7	0.4

Fonte: I. MALEVOLTI, 2003, p. 169

Tab. 11. – Government price intervention: costs and beneficiaries

	Billion SP	Percentage of GDP*
WHEAT (1999)		
- GCM loss	26.29	3.24
- Subsidy to farmers	9.04	1.11
- Subsidy on standard flour	3.76	0.46
COTTON (1998/99)		
- CMO loss	6.42	0.79
- Subsidy to farmers	9.88	1.22
- Tax on domestic spinners	2.30	0.28
SUGAR (1999)		
- GEC loss	3.72	0.46
- Subsidy to farmers	1.55	0.19
- Subsidy to consumers	1.63	0.20
TOTAL		
- Losses	36.43	4.49
- Subsidy to farmers	20.47	2.52
- Subsidy to consumers	5.39	0.66
- Tax on domestic industry	2.30	0.28

Fonte: M. WESTLAKE, 2003, p. 161

Tab. 10. – Estimates of transfers associated with direct and indirect agricultural support policies in Syria in Mill. SP and as percent of Gross Agricultural Output (GAO), 1990-1999

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	
Gross agricultural output (GAO) in current producer prices		122861	145717	174360	186683	213451	241508	290272	288384	344709	298359
Producer Support Estimates (PSE)											
Market price support for Syria's major agricultural commodities calculated with different exchange rates											
Sum of MPS, trade weighted ER	in Mill. SP	34318	45094	62857	73881	63894	54282	54706	40499	31773	39862
Sum of MPS, official ER	in Mill. SP	43646	62463	88926	103982	103954	119322	135562	127439	145514	119904
Sum of MPS, neighbouring country ER	in Mill. SP	-33813	-4157	-607	19151	12979	-8459	2979	14416	23052	31060
Other indirect support											
Credit subsidies	in Mill. SP	344	467	533	541	575	618	602	553	504	449
Input subsidies	in Mill. SP	0	522	659	2095	1073	705	418	476	498	101
Total PSE, trade weighted ER	in Mill. SP	34662	46083	64049	76517	65542	55605	55727	41528	32775	40412
Percentage PSE	in % of GAO	28	32	37	41	31	23	19	14	10	14
General Services Support Estimates (GSSE)											
Budgetary expenditures MAAR	in Mill. SP	1517	1737	1950	2043	2487	2770	3812	4061	4322	3590
Operating expenditures MAAR	in Mill. SP	884	1275	1667	1288	1367	1701	1717	1798	1835	1883
Ministry of Irrigation	in Mill. SP	4608	12747	6517	8850	8826	11761	11343	14065	13389	11346
Ministry of Supply	in Mill. SP	n.a.									
Total GSSE	in Mill. SP	7009	15759	10134	12181	12681	16232	16872	19924	19546	16819
Percentage GSSE	in % of GAO	6	11	6	7	6	7	6	7	6	6
Total Support Estimate (TSE)											
Producer Support Estimates	in Mill. SP	34662	46083	64049	76517	65542	55605	55727	41528	32775	40412
General Services Support Estimates	in Mill. SP	7009	15759	10134	12181	12681	16232	16872	19924	19546	16819
Consumer Support Estimates	in Mill. SP	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Budget revenues from agriculture	in Mill. SP	4013	4013	6749	7771	9068	10599	16964	22280	22717	22978
TSE	in Mill. SP	34761	50384	52242	61607	55276	48785	45698	29166	16952	22896
Percentage TSE	in % of GAO	28	35	30	33	26	20	16	10	5	8

Fonte: P. WEHRHEIM, 2003, p. 105

L'eccezione di sicurezza nazionale e i “*defence procurement*” nell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Distinzione tra beni militari rilevanti per la protezione di “interessi essenziali della sicurezza nazionale” e beni militari soggetti al diritto comunitario. – 3. I beni strumentali alla protezione della sicurezza nazionale: dominio riservato degli Stati membri o sottoposizione al diritto comunitario suscettibile di deroga? – 4. L'applicazione restrittiva dell'eccezione di sicurezza nazionale e il potere discrezionale dello Stato di determinare gli “interessi essenziali della sicurezza nazionale”. – 5. L'*onus probandi* imposto agli Stati membri e la questione delle informazioni riservate o segrete. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Il carattere peculiare della sicurezza nazionale è riconosciuto a vario titolo nel diritto dell'Unione europea. Per esempio, agli Stati membri è consentito di non applicare la disciplina comunitaria in tema di valutazione di impatto ambientale qualora ne ritengano l'applicazione pregiudizievole per la difesa nazionale¹. Inoltre, la Corte di giustizia si è di recente occupata della questione in relazione al Trattato Euratom che pure è sprovvisto di norme riguardanti la sicurezza nazionale. Nel valorizzare la specificità delle attività militari, la Corte ha affermato che “l'assenza nel detto Trattato di qualsiasi deroga che fissi le modalità secondo le quali gli Stati membri sarebbero autorizzati ad invocare ed a proteggere tali interessi essenziali permette di concludere che le attività che rientrano nel settore militare sfuggono all'ambito di applicazione del Trattato”². La Corte, tuttavia, ha ammesso che in tale contesto “misure appropriate”, per proteggere la salute della popolazione e l'ambiente dai pericoli connessi all'utilizzo di energia nucleare “a fini militari”, possano essere adottate “sulla base delle disposizioni pertinenti del Trattato CE”³. Nel ragionamento della Corte la

¹ Cfr. ad esempio l'art. 1, par. 4 della direttiva 85/337/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1985, concernente la valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati, *GUCE* L 175, 5 luglio 1985, p. 40 ss., successivamente modificata dalle direttive 97/11/CE del Consiglio, del 3 marzo 1997, *GUCE* L 73, 14 marzo 1997, p. 5 ss., e 2003/35/CE del Parlamento e del Consiglio, del 26 maggio 2003, *GUUE* L 156, 25 giugno 2003, p. 17 ss.

² Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 12 aprile 2005, causa C-61/03, *Commissione c. Regno Unito*, *Raccolta*, p. I-2477 ss., punto 36. L'orientamento è stato ribadito nella sentenza del 9 marzo 2006, causa C-65/04, *Commissione c. Regno Unito*, *Raccolta*, p. I-2239 ss.

³ Sentenza del 12 aprile 2005, causa C-61/03, cit., punto 44.

lacuna normativa del diritto primario è sembrata decisiva per negare l'applicazione del Trattato Euratom. Si è così rovesciato l'approccio dell'Avvocato generale Geelhoed il quale, anche per interpretazione sistematica, aveva invece respinto la tesi che escludeva “di per sé il settore della difesa nucleare dalla sfera di applicazione del Trattato Euratom”⁴.

Nel Trattato istitutivo della CE, la tutela della sicurezza dello Stato è prevista da una pluralità di clausole derogatorie (articoli 30, 46, 55 e 58), tra le quali una funzione più specifica è svolta dalla clausola di salvaguardia di cui all'art. 296 che permette agli Stati membri di invocare gli “interessi essenziali della sicurezza nazionale” per sottrarsi agli obblighi comunitari sotto un duplice profilo. Anzitutto, per giustificare l'inadempimento di un obbligo di cooperazione con la Commissione che si dà per presupposto: uno Stato può infatti rifiutarsi di fornire informazioni che reputi pregiudizievoli alla propria sicurezza (par. 1, lett. a), la quale – giova sottolinearlo – non è espressamente qualificata in chiave militare. In secondo luogo, riguardo questa volta ai beni “destinati a fini specificamente militari”, per giustificare una certa condotta tenuta in violazione di norme comunitarie: uno Stato membro, invero, “può adottare le misure che ritenga necessarie alla tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza e che si riferiscano alla produzione o al commercio di armi, munizioni o materiale bellico”; ma ciò non gli consente di assumere misure che alterino le condizioni di concorrenza sui beni non destinati specificatamente a scopi militari (par. 1, lett. b).

Per motivo di uniformità – e talora, si osserva, per prevenire abusi – il 15 aprile 1958 il Consiglio definì i beni destinati a scopi “specificamente” militari. L'elenco, su proposta della Commissione, è modificabile all'unanimità (art. 296, par. 2), sebbene ciò non consta essersi mai verificato, probabilmente in ragione del meccanismo di voto. Inizialmente non ne fu reso pubblico il contenuto: una riunione Coreper del 17-19 luglio 1963 stabilì che la decisione continuasse a restare riservata e, nel contempo, attribuì ai governi nazionali il potere di autorizzarne l'accesso a coloro che avessero dimostrato un valido interesse⁵. Successivamente, in seguito ad una interrogazione parlamentare, l'elenco è stato riprodotto nella Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee nel dicembre 2001⁶.

La ricerca di un ragionevole equilibrio tra la protezione della sicurezza nazionale (*rectius*, degli “interessi essenziali” ad essa connessi) e l'applicazione delle regole del mercato interno – affinché si realizzi un'effettiva concorrenza⁷

⁴ *Ibidem*, punto 111.

⁵ Cfr. F. SCIAUDONE, *Art. 296*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1315 ss.

⁶ Cfr. l'interrogazione dell'On. Bart Staes al Consiglio e la relativa risposta che riporta l'elenco delle “armi, munizioni e materiale bellico, comprese le armi nucleari cui si applicano le disposizioni dell'art. 296, par. 1, lettera b) del Trattato di Roma”, *GUCE C 364 E*, 20 dicembre 2001, p. 85 s.

⁷ Un rapido sguardo alla giurisprudenza comunitaria in materia di appalti pubblici permette di rendersi conto che una compiuta realizzazione della concorrenza costituisce il generale criterio ispiratore sotteso a tale disciplina: cfr. ad esempio le sentenze della Corte di giustizia del 16 settembre 1999, causa C-27/98, *Fracasso e Leitschultz*, *Raccolta*, p. I-5697 ss.; del 27 novembre

– rappresenta l’intima essenza del problema interpretativo posto dall’art. 296. Si tratta di un esercizio cui si sono dedicate – come si sa – la dottrina e la giurisprudenza comunitaria. Recentemente anche la Commissione ha proposto vari spunti interpretativi in argomento con l’adozione, il 7 dicembre 2006, della “*Interpretative communication on the application of Article 296 of the Treaty in the field of defence procurement*” (COM(2006)779 final)⁸. La Commissione sembra, in

2001, cause riunite C-285/99 e C-286/99, *Bombardini e Mantovani*, *ivi*, p. I-9233 ss.; del 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universal-Bau*, *ivi*, p. I-11617 ss., e più di recente dell’11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo SpA e Consorzio Alisei*, *ivi*, p. I- 4137 ss., punto 58.

⁸ Come sovente accade, la comunicazione non reca la base giuridica, né la firma di Commissari. È atto quindi imputabile al collegio nel suo insieme in base al principio della responsabilità collegiale (che “si fonda sull’eguaglianza dei membri della Commissione nella partecipazione all’adozione di una decisione e, in particolare, implica, da un lato, che le decisioni siano deliberate in comune e, dall’altro, che tutti i membri del collegio siano collettivamente responsabili, sul piano politico, del complesso delle decisioni adottate”; sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 1986, causa 5/85, *Akzo chemie bv e Akzo chemie uk ltd c. Commissione*, *Raccolta*, p. 2585 ss., punto 30. Il richiamo alla direttiva 2004/18 e all’art. 296 TCE non sarebbe in sé sufficiente ad attribuire alla Commissione il potere di adottare atti in materia visto che né l’una, né l’altro le attribuiscono siffatto potere. L’atto potrebbe tuttavia fondarsi sulla prassi applicativa degli atti atipici. Tale prassi, oltre che consolidata, può ritenersi legittima, particolarmente riguardo alle comunicazioni di cui spesso la Commissione si serve per informare gli operatori di sviluppi giurisprudenziali (si ricordi la nota comunicazione sulle conseguenze della sentenza *Cassis de Dijon*, in *GUCE C 256*, 3 ottobre 1980, p. 2), per interpretare il diritto, ma altresì per decidere là dove – come in materia di concorrenza e di aiuti di Stato – disponga di un certo potere discrezionale nell’applicazione delle regole del Trattato. All’atto “comunicazione” non si riconducono normalmente effetti giuridici vincolanti, se non sotto il profilo del legittimo affidamento che può generare in capo ai destinatari. Nella prassi applicativa atti del genere sono ricorrenti e usualmente utilizzati per chiarire il punto di vista dell’istituzione al fine di interpretare certe norme comunitarie. Sarebbe inesatto sostenere che le comunicazioni, ancorché definite come “interpretative”, non siano impugnabili perché per definizione prive di effetti giuridici vincolanti. Ai fini dell’ammissibilità del controllo giurisdizionale sono invero rilevanti gli effetti e i contenuti dell’atto, non la denominazione formale. Riguardo agli atti c.d. atipici – quali istruzioni interne (sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 1990, causa C-366/88, *Francia c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-3571, punto 8), codici di condotta (sentenza della Corte di giustizia del 13 novembre 1991, causa C-303/90, *Francia c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-5315, punto 8) e comunicazioni in tema di aiuti (sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-3283, punto 9) – la Corte ne ha affermato l’impugnabilità se produttivi di effetti giuridici. Egualmente ha ammesso la possibilità di esperire un ricorso in annullamento avverso una comunicazione che stabilisca nuovi obblighi gravanti sugli Stati membri non insiti in norme del Trattato, e destinata quindi a produrre effetti giuridici propri e aggiuntivi. Nella sentenza del 20 marzo 1997, causa C-57/95, *Francia c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-1627 ss., la Corte ha preliminarmente esaminato il contenuto di una comunicazione interpretativa pubblicata nella Gazzetta e non notificata agli Stati membri e poi constatato la portata obbligatoria della medesima: le sue disposizioni non potevano “essere considerate come già insite nelle norme del Trattato (...) e intese soltanto a chiarirne la corretta applicazione” (punto 19), come invece asserito dalla Commissione (punto 14). Secondo la Corte, pertanto, la “comunicazione costituisce un atto destinato a produrre effetti giuridici propri, distinti da quelli già previsti dalle norme del Trattato relative alla libera prestazione di servizi, alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei capitali, di modo che essa è impugnabile con un ricorso di annullamento” (punto 23). Nel rilevare l’incompetenza della Commissione ad imporre obblighi ulteriori rispetto a quelli previsti dal Trattato, la

sostanza, aver inteso chiarire condizioni e modalità applicative dell'eccezione della sicurezza nazionale in tema di norme comunitarie applicabili agli appalti di forniture e servizi militari: in breve, le condizioni – a suo dire estremamente rigorose – che consentono ad uno Stato membro di invocare la tutela di interessi essenziali in materia di sicurezza.

Con l'approvazione della comunicazione, la Commissione ha chiuso un lungo *iter* di studio e di consultazioni *in primis* con gli Stati membri, non tutti forse favorevoli all'iniziativa. Avviate con una comunicazione del 2003, allo scopo di creare un mercato europeo delle attrezzature militari (*European Defence Equipment Market*), e proseguite con un Libro verde sui *defence procurement* del 2004⁹, le consultazioni avrebbero confermato la convinzione iniziale secondo cui il quadro normativo comunitario “is not functioning properly”¹⁰. La Commissione ha pertanto voluto fornire alle amministrazioni nazionali una serie di linee guida su limiti e modalità di invocazione dell'eccezione di sicurezza nazionale¹¹ e preannunciato, per il futuro, a “possible procurement directive for military equipment to which Article 296 TEC does not apply”. La misura sarà probabilmente ispirata alla direttiva 2004/18/CE, ma assai più flessibile nei contenuti al fine di apprestare una disciplina idonea a regolare gli appalti della difesa in cui, pur non essendo in gioco gli interessi essenziali della sicurezza nazionale, sussistano esigenze di segretezza o di particolari misure di sicurezza¹². La comunicazione dovrebbe quindi considerarsi un primo passo verso una normativa comunitaria vincolante che regoli l'appalto pubblico di beni nel settore della

Corte ha dichiarato nel contempo la ricevibilità e la fondatezza del ricorso (come nella sentenza del 16 giugno 1993, causa C-325/91, cit.). Il ricorso d'annullamento, in casi del genere, soggiace alle condizioni (anche temporali) previste dall'art. 230 TCE e l'atto sarebbe impugnabile qualora l'istituzione fosse sprovvista della competenza ad adottare atti normativi, a prescindere dalla rilevanza di vizi ulteriori, come la violazione di principi generali (certezza del diritto, legittimo affidamento ecc.) in cui la comunicazione incorra. Il vizio di incompetenza può, in simili circostanze, considerarsi di particolare gravità sia perché può di fatto rendere più difficile l'adozione di norme di diritto derivato (di armonizzazione, ad esempio) da parte delle istituzioni competenti, sia perché potrebbe porre in secondo piano il ricorso diretto alle norme del Trattato.

⁹ V. *Libro verde. Gli appalti pubblici della difesa*, del 23 settembre 2004, COM(2004)608 def.

¹⁰ A giudizio della Commissione: “Uncertainties persist regard the scope of Article 296 (...) Since the dividing line between defence acquisitions which concern essential security interests and those which do not is vague, it is not always clear which rules should apply to which contracts. In consequence, the application of Article 296 TEC remains problematic and varies considerably between Member States (...). The current Public Procurement (PP) Directive is considered ill-suited to many defence contracts (...). As a result, many Member States are reluctant to use PP Directive for defence equipment, even the conditions for the application of Article 296 are not met” (Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., pp. 2-3).

¹¹ La comunicazione “will (...) give contract awarding authorities some guidance for their assessment whether the use of the exemption is justified” (Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., p. 3).

¹² Cfr. la comunicazione del 6 dicembre 2005 COM(2005)626 def. della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo relativa ai risultati della consultazione avviata dal Libro verde sugli appalti pubblici della difesa e alle future iniziative della Commissione.

difesa per i quali non è possibile invocare l’eccezione di sicurezza nazionale. Dovrebbe quindi trattarsi, con una certa approssimazione, di beni e di servizi “non 296”, ossia non riconducibili alla lista del 1958 o *rectius*, più in generale, come si vedrà, non strumentali alla difesa nazionale¹³.

2. La comunicazione si riferisce quindi all’acquisto da parte degli Stati membri di “beni 296” nel settore della difesa, concerne i soli appalti intra-comunitari¹⁴ ed è probabilmente destinata ad influire, seppure in modo indiretto, sull’applicazione della direttiva 2004/18/CE contribuendo a definirne *a contrariis* la sfera di applicazione¹⁵.

Come accennato, il 15 aprile 1958 il Consiglio elencò i beni destinati a scopi “specificamente” militari al fine di individuare quelli cui è in principio applicabile l’eccezione di sicurezza nazionale di cui all’art. 296, par. 1, lett. b). È presumibile che, nella logica originaria, l’inclusione nella lista di un certo bene equivallesse ad una sorta di presunzione *iuris et de iure* di per sé esclusiva dell’applicazione della normativa comunitaria. La genericità della lista, sottolineata peraltro dalla Commissione, ne potrebbe consentire l’applicazione estensiva per interpretazione. Risulterebbe così compensata la sua non attualità (non essendo stata aggiornata) ed attenuato il rischio di impedire l’invocazione dell’eccezione di sicurezza nazionale riguardo a beni strategicamente necessari alla protezione di interessi essenziali alla difesa, ma frutto delle più recenti ricerche e innovazioni tecnologiche (si pensi, a titolo esemplificativo, a *software* e apparecchiature per l’addestramento); si tratta, in breve, di beni non inclusi nella lista, né ad essa immediatamente riconducibili. Sarebbe inoltre difficile impedire ad uno Stato di avvalersi dell’eccezione di sicurezza nazionale in presenza di materiale, in uso alle forze armate o alle forze adibite alla sicurezza del territorio statale, che sia strumentale alla protezione di interessi essenziali di sicurezza nazionale. Sua genericità a parte, considerare la lista un elenco tassativo indicante i beni funzionali alla protezione di interessi essenziali alla sicurezza di uno Stato finirebbe per restringerne le potenzialità applicative, le quali dipenderebbero dall’unanimità degli Stati *ex art.* 296, par. 2 e quindi dal veto di uno di essi. L’interpretazione sistematica delle due disposizioni indurrebbe piuttosto a pen-

¹³ Recentemente, il Commissario al mercato interno ha dichiarato che nell’autunno 2007 la Commissione presenterà un pacchetto normativo composto di tre atti: una direttiva sugli appalti pubblici della difesa, un regolamento sui trasferimenti intra-comunitari di attrezzature militari e una comunicazione sull’industria della difesa (v. *Agence Europe*, 21 giugno 2007).

¹⁴ Le procedure di appalto con i Paesi terzi continuano ad essere soggette all’Accordo WTO sugli appalti pubblici, il quale contempla peraltro, all’art. 23, una clausola di salvaguardia quando siano in gioco gli interessi essenziali della loro sicurezza.

¹⁵ Invero, il suo art. 10 si rivolge agli appalti pubblici nella difesa “fatto salvo l’art. 296 del Trattato” e ad eccezione di quelli “dichiarati segreti, quando la loro esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate, purché tali disposizioni siano compatibili con il trattato” (art. 14). Quest’ultima costituisce una clausola di deroga che esenta l’acquisto di un bene “non 296” dalla normativa generale in materia di appalti.

sare che l'esclusione di un bene dalla lista non sia elemento decisivo e, per contro, che l'inserimento di un bene non esima dall'esigenza di osservare i presupposti applicativi dell'eccezione di sicurezza nazionale, incluso l'obbligo di non "alterare le condizioni di concorrenza nel mercato comune" riguardo ai beni non specificamente militari. Si potrebbe invero pensare che non sempre (e comunque non necessariamente) l'acquisto, la progettazione e la produzione di un'arma leggera e delle relative munizioni in dotazione all'esercito siano funzionali alla protezione di interessi essenziali alla sicurezza nazionale. In definitiva, se non è sempre agevole stabilire *a priori* con certezza tutti i beni militari cui è applicabile l'eccezione di cui all'art. 296, non sembra irragionevole sostenere l'esigenza di interpretare la normativa in esame in modo dinamico, funzionalmente cioè alla protezione della sicurezza nazionale, individuando dei meccanismi di contemperamento con gli obblighi imposti dal diritto primario (su cui ci si soffermerà più avanti).

In questa logica dovrebbe esaminarsi l'affermazione, contenuta nella comunicazione, secondo cui è normalmente possibile distinguere gli appalti non militari da quelli militari, i quali ultimi sarebbero legati alla lista dei beni decisa dal Consiglio nel 1958: solo l'appalto di un bene *sviluppato e prodotto per specifici scopi militari* potrebbe essere esentato dall'applicazione delle norme comunitarie ai sensi dell'art. 296, par. 1, lett. b)¹⁶. L'appalto di beni non prettamente militari sarebbe allora escluso dalla sfera d'applicazione dell'eccezione di sicurezza nazionale poiché difetterebbe il requisito della strumentalità (si pensi, ad esempio, alle ordinarie cinture o calzature utilizzate da corpi militari)¹⁷. Sembra conseguente che tale requisito, ove si segua l'approccio suggerito dalla Commissione, debba essere valutato caso per caso. Sarà la prassi applicativa quindi a fornire auspicabilmente indirizzi interpretativi omogenei e coerenti. Ad ogni modo, e a parziale differenza di quanto asserito dalla Commissione¹⁸, neppure si potrebbero escludere *a priori* gli acquisti di beni c.d. a doppio-uso, civile e militare, dalla sfera di applicazione dell'art. 296 ove ricorra il requisito della strumentalità e purché l'*onus probandi* (di cui *infra*, par. 5) risultasse adeguatamente soddisfatto. Sembra ragionevole affermare infatti che, a prescindere dell'operatività in astratto di un bene per usi civili o militari, il bene stesso possa essere necessario per assicurare la sicurezza dello Stato: dimostrandone il nesso di strumentalità lo Stato ben potrebbe allora invocare sia l'esigenza di non fornire informazioni la cui divulgazione ponga a rischio gli interessi essenziali della

¹⁶ Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., p. 6.

¹⁷ Cfr. in particolare il passaggio in cui la Commissione chiarisce, a suo avviso, che "the specific military nature of the equipment included in the 1958 list is, by itself, not sufficient to justify exemption from EU procurement rules" (Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., p. 7).

¹⁸ Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., p. 6, la quale tende a ritenere che i beni a doppio uso ricadrebbero nella sfera di applicazione della direttiva 2004/18/CE, fatta salva la possibilità di invocare l'applicazione dell'art. 296, par. 1, lett. a) TCE "if the application of Community rules would oblige a Member State to disclose information prejudicial to the essential interests of its security".

propria sicurezza (art. 296, par. 1, lett. a), sia adottare le misure necessarie alla tutela dei medesimi interessi (art. 296, par. 1, lett. b).

Si conferma comunque – negli orientamenti della Commissione – la circostanza che gli appalti nel settore della difesa siano soggetti, di regola, al diritto comunitario e segnatamente alla direttiva 2004/18/CE, come si desume dall’art. 10 di quest’ultima. La relativa eccezione non include pertanto qualsivoglia bene che l’amministrazione statale della difesa intenda acquisire, bensì *solo quelli strumentali alla protezione di interessi essenziali della sicurezza nazionale*. Se è vero che l’acquisto di un dato bene non ricadente nell’eccezione di cui all’art. 296 ben potrebbe esigere segretezza o particolari misure di sicurezza, possono tuttavia ricorrere, in un caso del genere, i presupposti per rendere operante una diversa clausola di salvaguardia degli interessi nazionali. Si allude all’art. 14 della direttiva 2004/18/CE, a norma del quale gli Stati membri dispongono del potere di non applicare la direttiva agli appalti pubblici “dichiarati segreti, quando la loro esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza secondo le disposizioni legislative regolamentari o amministrative vigenti nello Stato membro di cui trattasi o quando ciò è necessario ai fini della tutela di interessi essenziali di tale Stato membro”¹⁹. Non sembra irragionevole pensare che lo Stato possa addurre le necessità legate alla sicurezza dei confini, agli approvvigionamenti, all’impiego in situazioni di protezione civile e del territorio o di urgenza allo scopo di sottrarsi all’applicazione della direttiva 2004/18/CE. Ciò sembra valere anche per i beni utilizzabili in astratto anche a fini civili purché se ne dimostri la necessità, la strumentalità per la sicurezza dello Stato (o dell’Unione)²⁰.

3. La comunicazione in oggetto è articolata, complessa e volutamente diretta a contrastare l’interpretazione estensiva della nozione di “interessi essenziali alla sicurezza nazionale”. Ne emergono spunti di notevole interesse, soprattutto per la sua “potenzialità espansiva”, suscettibile cioè di andare oltre l’invocazione della clausola di salvaguardia ai soli appalti pubblici della difesa. Certi passaggi della comunicazione si prestano infatti ad essere considerati come espressivi di un generale orientamento dell’istituzione circa l’applicazione dell’eccezione di sicurezza nazionale in tutti i casi in cui la protezione del relativo interesse produca elementi di frizione con l’applicazione del diritto comunitario. Si pensi, ad esempio, in materia di concorrenza al settore degli aiuti di Stato destinati a ricerca, produzione e sviluppo di armamenti e velivoli militari ovvero alle operazioni di fusione o concentrazione e agli accordi tra imprese attive nella fabbri-

¹⁹ Nello stesso senso v. l’art. 21 della direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (in *GUUE* L 134, 30 aprile 2004, p. 1 ss.).

²⁰ Si pensi altresì all’ipotesi dell’approvvigionamento di beni minori (come, per esempio, tute, scarpe o armi di piccolo calibro) di cui i militari debbano essere dotati prima di intraprendere una determinata missione militare di *peace-keeping* (decisa in sede PESC).

cazione di sofisticati beni militari destinati alla sicurezza di uno o più Stati membri²¹. La possibilità di far valere l'eccezione di sicurezza nazionale potrebbe porsi anche in relazione alla possibilità di pervenire in futuro, ai sensi dell'art. 95 TCE, al ravvicinamento delle legislazioni nazionali in tema di trasferimenti intracomunitari di prodotti militari²².

La Commissione muove dal presupposto che l'acquisizione di beni strumentalmente necessari alla protezione di interessi essenziali della difesa nazionale – compresi quelli contemplati dalla decisione del 1958 – non sia automaticamente esclusa dall'*emprise* del diritto comunitario. A suo giudizio: “According to existing EU law, defence contracts fall under Internal Market rules. Directive 2004/18/EC on the procurement of goods, works and services thus applies to ‘contracts awarded by contracting authorities in the field of defence, subject to Article 296 of the Treaty’ (Article 10 of the Directive)”²³.

La questione non è nuova e infatti ci si può chiedere, in termini più generali, se l'intero settore dei beni militari (armi, munizioni e materiale bellico in generale), in ogni suo aspetto relativo alla produzione e al commercio – nonché, secondo quanto prospettato poc'anzi, di tutti i beni strumentali alla difesa nazionale – sia di esclusiva sovranità statale ovvero rientri nella sfera di applicazione del diritto comunitario, fatte salve le puntuali deroghe da esso espressamente previste. La questione non assume una rilevanza esclusivamente teorica poiché nel primo caso si potrebbe ritenere che allo Stato membro sia sufficiente invocare *sic et simpliciter* l'eccezione di sicurezza nazionale per sottrarre una determinata fattispecie all'applicazione del diritto comunitario, mentre nel secondo quest'ultimo sarebbe presuntivamente applicabile, salvo che lo Stato interessato non dimostri che ciò rappresenti un rischio per la propria sicurezza.

La prima prospettiva potrebbe fondarsi sull'individuazione, nell'art. 296 TCE, di una clausola generale che escluda l'applicabilità *in toto* del sistema comunitario complessivamente considerato: sarebbero pertanto riservate alla sovranità esclusiva (al “riservato dominio”) dello Stato tutte le questioni che attengono alla sua sicurezza nazionale. Nella sentenza *Fiocchi*, il Tribunale di

²¹ In materia di concentrazioni, ciò è in principio riconosciuto anche dal 19° “considerando” del regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese (“Regolamento comunitario sulle concentrazioni”), *GUUE* L 24, 29 gennaio 2004, p. 1 ss.

²² Cfr. il *Documento di consultazione sulla circolazione intracomunitaria dei prodotti connessi alla difesa degli Stati membri*, 21 marzo 2006 (ENTR/C). La Commissione intenderebbe proporre il ravvicinamento delle procedure amministrative nazionali, la cui diversità – a suo giudizio – risulta onerosa, se non dissuasiva “per le industrie europee della difesa, in particolare per le piccole e medie imprese che producono sottosistemi e componenti”. Il miglioramento della competitività della base tecnologica e industriale della difesa europea può essere raggiunto – come sottolinea la Commissione – “anche agevolando il trasferimento dei prodotti militari a livello comunitario” (p. 1).

²³ Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., p. 4. Più in particolare, secondo la Commissione: “Military items included in the 1958 list are not automatically exempted from the rules of the Internal Market”, *ibidem*, p. 6.

primo grado affermò che l’adozione di una misura di aiuto a favore di produzioni o commercio di armi, di munizioni o di materiale bellico contenuti nell’elenco del Consiglio del 15 aprile 1958, se legata a considerazioni di tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza interna, rendeva inapplicabili le regole di concorrenza; conseguentemente – a suo giudizio – non sussisteva l’obbligo di notificare alla Commissione la progettata misura di aiuto²⁴. In una logica che giustifica la larga autonomia dello Stato membro nel decidere la non soggezione di una certa fattispecie all’*emprise* del diritto comunitario, si comprende l’ulteriore principio affermato in *Fiocchi* secondo cui “l’art. 296, n. 1, lett. b), CE attribuisce agli Stati membri un potere discrezionale particolarmente ampio nel valutare le esigenze che rientrano in tale tutela”²⁵.

Per contro, la formulazione dell’art. 296 potrebbe giustificare un diverso approccio “comunitario” in ragione della sua ristretta portata: la norma si limiterebbe a conferire agli Stati il duplice potere di non divulgare informazioni pregiudizievoli e di adottare le misure necessarie a proteggere gli interessi essenziali della propria sicurezza nazionale. Uno spunto letterale in questa direzione si potrebbe trarre dall’art. 298 che definisce l’invocabilità dell’eccezione di sicurezza nazionale quale “potere” spettante allo Stato membro. Con riguardo all’art. 296, par. 1, lett. b), la lista del 1958 indicherebbe allora i beni la cui circolazione può essere legittimamente esclusa o ristretta, mentre più difficilmente si presterebbe a essere concepita quale atto che riserva *in toto* i medesimi beni alla sovranità esclusiva degli Stati indipendentemente dall’essere in gioco gli “interessi essenziali” della sicurezza nazionale. In ogni caso, la collocazione dell’art. 296 tra le disposizioni finali lo renderebbe applicabile in astratto a qualsivoglia settore del diritto comunitario, ma non costituirebbe necessariamente un argomento a favore della tesi del “dominio riservato”.

Per di più questo secondo approccio sembra in linea con la giurisprudenza della Corte, da cui può ricavarsi che le compravendite di beni militari, inclusi quelli contenuti nella lista, siano soggette al regime dell’IVA, salvo che ciò non si riveli incompatibile con gli interessi essenziali della sicurezza nazionale²⁶. La

²⁴ Sentenza del Tribunale di primo grado del 30 settembre 2003, causa T-26/01, *Fiocchi Spa c. Commissione*, Raccolta, p. II-3951 ss., punto 59.

²⁵ *Ibidem*, punto 58.

²⁶ Nella sentenza del 16 settembre 1999, causa C-414/97, *Commissione c. Spagna*, Raccolta, p. I-5599 ss., la Corte respinse le eccezioni, giustificate sulla base dell’art. 296, sollevate dalla Spagna a favore della totale esenzione al regime IVA per le operazioni relative ad armi, munizioni e materiale d’uso esclusivamente militare. La Corte accolse invece le argomentazioni della Commissione secondo cui la sesta direttiva IVA non stabiliva alcuna esenzione di tale genere. Nell’esaminare l’applicabilità alla fattispecie delle clausole di deroga tra cui l’eccezione di sicurezza nazionale a norma dell’art. 296, la Corte sottolineò che la Spagna non aveva dimostrato che le esenzioni dell’IVA fossero “necessarie a tutela degli interessi essenziali della propria sicurezza” (punto 22), tanto più che l’assoggettamento all’IVA delle importazioni e dell’acquisto di armi non avrebbe intaccato le risorse finanziarie del Paese “poiché le entrate provenienti dal versamento dell’IVA che graverebbe sulle operazioni di cui si tratta rientrerebbero nelle casse dello Stato, tranne una piccola percentuale che, in quanto risorsa propria, entrerebbe in quelle della Comunità”

prassi non giudiziale sembra confermare che ad uno Stato membro non basti invocare *tout court* l'eccezione in esame per escludere l'applicabilità della disciplina sugli aiuti: nella decisione *Lürsen* la Commissione verificò che la Germania aveva destinato le misure controverse (e non preventivamente notificate) a produzioni cantieristico-navali di natura specificamente militare, prima di concludere che gli aiuti erano in effetti necessari a tutelare gli interessi essenziali di sicurezza dello Stato e di stabilire che nella fattispecie la disciplina sugli aiuti non era applicabile²⁷. Nella prassi applicativa della Commissione, concernente aiuti di Stato ad imprese produttive di beni militari e civili, sembra potersi rilevare un generale approccio che – pur essendo rispettoso dell'invocazione da parte degli Stati degli interessi essenziali di sicurezza nazionale, se corredata da sufficienti motivazioni²⁸ – separa gli effetti sul mercato degli aiuti concernenti la produzione di prodotti militari da quelli riguardanti prodotti di altro tipo: se i primi sono sottratti all'*emprise* della normativa comunitaria, ragionevolmente non lo sono invece i secondi²⁹.

La logica in esame potrebbe spingersi fino al punto di ipotizzare che la Comunità disponga di una competenza in materia di commercio di armi leggere (o di piccolo calibro) ovvero di armamenti, allo scopo di proibirne la vendita in zone di guerra o a regimi “*peu recommandables*” (non forse in base alle norme in materia di politica commerciale, ma almeno) ai sensi dell'art. 301 TCE, quindi con atti comunitari adottati sulla base di preesistenti misure PESC³⁰. Significativi appaiono poi i filoni giurisprudenziali che sottopongono all'*emprise* del diritto comunitario i beni suscettibili di uso promiscuo (civile e mili-

(punto 23). La lettura della sentenza, particolarmente là dove pone un obbligo di motivazione in funzione della protezione di interessi essenziali alla difesa statale, sembra più agevolmente in linea con l'approccio comunitario, piuttosto che con la tesi della sovranità esclusiva statale la quale avrebbe dovuto condurre la Corte a ritenere non applicabile la direttiva IVA.

²⁷ Cfr. *GUCE* L 301, 24 novembre 1999, p. 8 ss.

²⁸ V. sotto questo profilo ad esempio l'invito a presentare osservazioni ai sensi dell'art. 88, par. 2 del TCE, relativamente all'aiuto di Stato n. C 47/2005 (*ex NN 86/2005*) – ELVO, *GUUE* C 34, 10 febbraio 2006, p. 24 ss., spec. p. 25.

²⁹ Cfr. ad esempio la decisione del 5 giugno 2002 relativa alle misure adottate dai Paesi Bassi per la ristrutturazione e la privatizzazione di KSG, *GUCE* L 14, 21 gennaio 2003, p. 56 ss., in cui la Commissione asseriva *inter alia* che “conformemente alla pratica solitamente seguita, [essa] deve valutare le misure in funzione delle norme in materia di aiuti di Stato, nella misura in cui esse provocano o minacciano di provocare una distorsione della concorrenza sui mercati dei prodotti che non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 296” (p. 67).

³⁰ È noto che il 2 giugno 1998 il Consiglio dell'Unione europea ha adottato un Codice di condotta per le esportazioni di armi (v. *Boll. UE*, 1998, n. 6) che ha valore di accordo politico non vincolante. Il relativo elenco è periodicamente aggiornato (v. da ultimo l'atto 2007/197/PESC del 19 marzo 2007, *GUUE* L 88, 29 marzo 2007, p. 58 ss.). L'Italia dispone, a sua volta, di una normativa propria in materia di esportazioni, importazioni e transito di armamenti, contenuta nella legge n. 185/1990 (in *GURI*, 14 luglio 1990, n. 163, “Nuove norme sul controllo dell'esportazione, importazione e transito dei materiali di armamento”) ed essenzialmente fondata su un sistema autorizzatorio la cui violazione implica l'applicazione di sanzioni penali.

tare, i c.d. “*dual use goods*”³¹, nonché l’organizzazione e la gestione delle forze armate³²: si tratta infatti di decisioni in linea con l’approccio “comunitario”.

Dall’insieme di detti rilievi si potrebbe dedurre che non è priva di logiche argomentazioni la tesi della sottoposizione in principio – e salvo verificare la ricorrenza dei presupposti applicativi dell’art. 296 – alla disciplina comunitaria dell’acquisto di beni riguardanti la difesa nazionale. La comunicazione sul *defence procurement* rappresenta un ulteriore tassello tendente a rafforzare l’approccio “comunitario”. È vero che la tesi del “dominio riservato” statale potrebbe sostenersi sulla base del fatto che nella prassi istituzionale gli Stati membri appaiono talvolta restii ad utilizzare gli strumenti del primo pilastro: il Consiglio dell’Unione europea sembrerebbe infatti considerare questo settore quale parte integrante della politica estera e di sicurezza comune, come confermano gli atti PESC volti ad eliminare o ridurre la diffusione di *small arms and light weapons*³³. Una simile circostanza non sarebbe comunque in sé sufficiente a negare la competenza comunitaria. Le “sovrapposizioni” degli atti PESC potrebbero allora valutarsi alla stregua di un fatto erosivo di competenza del “primo pilastro” – spiegabile al più in chiave politica – a tutto favore di misure “intergovernative” nelle quali il peso degli Stati è ovviamente maggiore. In termini *stricto sensu* giuridici ciò potrebbe dare luogo a dubbi di compatibilità con la regola della “non affectation” (art. 47 TUE) in base alla quale gli atti PESC non debbono pregiudicare le competenze comunitarie³⁴.

Un discorso a sé merita l’Agenzia europea di difesa creata con azione comune PESC nel 2004³⁵, la cui sfera di attività appare riconducibile alla politica comune di sicurezza e difesa. L’Agenzia ha invero adottato nel 2006 un

³¹ Cfr. riguardo i c.d. *dual-use goods* la sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1995, causa C-83/94, *Leifer*, *Raccolta*, p. I-3231, punto 13 (“l’art. 113 del Trattato dev’essere interpretato nel senso che disposizioni intese a limitare le esportazioni verso Stati terzi di merci a duplice uso rientrano nella sua sfera di applicazione e che la Comunità dispone di una competenza esclusiva in materia, la quale esclude pertanto la competenza degli Stati membri, salvo in caso di un’autorizzazione specifica rilasciata dalla Comunità”).

³² Nel procedimento relativo alla sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 1999, *Sirdar*, causa C-273/97, *Raccolta*, p. I-7403 ss. i governi francese, portoghese e britannico sostennero l’argomentazione secondo cui l’organizzazione e la gestione delle forze armate, in particolare quelle che vengono adottate per garantire l’efficienza bellica nell’ambito della preparazione alla guerra, esulavano dall’ambito d’applicazione del Trattato. La Corte riconobbe che spetta agli Stati membri “stabilire le misure adeguate per garantire la loro sicurezza interna ed esterna” e “adottare le decisioni relative all’organizzazione delle loro forze armate”, ma negò che “siffatte decisioni debbano esulare del tutto dall’ambito di applicazione del diritto comunitario” (punto 15).

³³ Sia consentito il rinvio, per i necessari riferimenti alla prassi dell’Unione, a R. BARATTA, *Overlaps Between European Community Competence and European Union Foreign Policy Activity*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-London-New York, 2002, p. 51 ss., spec. p. 53, note 9-10.

³⁴ Cfr., per una prospettiva analoga, le sentenze della Corte del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2763 ss., punto 16; del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7879 ss., punto 39.

³⁵ V. azione comune 2004/551/PESC del Consiglio del 12 luglio 2004 relativa alla creazione dell’Agenzia europea per la difesa, *GUUE* L 245, 17 luglio 2004, p. 17 ss.

Codice di condotta volontario non vincolante, applicabile agli acquisti pubblici di prodotti militari che rientrano nella sfera di applicazione dell'art. 296³⁶. Se rigorosamente applicato, non dovrebbero sussistere, almeno in teoria, sovrapposizioni con il sistema comunitario.

4. Un secondo profilo della comunicazione merita di essere sottolineato. Secondo la Commissione, nel sistema comunitario l'art. 296 intende prevenire qualunque forma di abuso e assicurare che la deroga sia eccezionalmente limitata ai casi in cui gli Stati non hanno altro mezzo per proteggere la sicurezza nazionale. Ne segue che tale norma dovrebbe essere interpretata in senso restrittivo³⁷. La Commissione valorizza *inter alia* un argomento di carattere letterale tratto dall'aggettivo "essential" che correda il concetto di interesse statale alla propria sicurezza ai sensi di tale disposizione: se la protezione di tale interesse è formalmente limitato dall'art. 296, par. 1, lett. b) ai suoi aspetti *essenziali*, detto concetto non potrebbe intendersi estensivamente.

L'orientamento della Commissione appare sostanzialmente in linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia: nel riferirsi alle disposizioni del Trattato, incluso l'art. 296, che stabiliscono deroghe "da applicare in situazioni che possano compromettere la pubblica sicurezza", la Corte ha affermato che esse "riguardano ipotesi eccezionali, chiaramente delimitate. In ragione del loro carattere circoscritto, detti articoli non si prestano ad un'interpretazione estensiva"³⁸. Giova forse rammentare che questo è l'unico precedente in cui la

³⁶ Gli Stati membri, senza voler recare pregiudizio al sistema comunitario, hanno deciso di stabilire un regime intergovernativo volontario e "non-binding" volto a potenziare, su base reciproca, la concorrenza nel segmento dei *defence procurement* sui "beni 296". Gli Stati membri che decidano di aderire al Codice si adoperano per aprire ai fornitori di altri Stati membri gli appalti militari del valore di almeno un milione di Euro ove ricorrano i presupposti applicativi dell'art. 296, ad eccezione di talune fattispecie (ricerca, tecnologia, armi nucleari e sistemi di propulsione nucleare, beni e servizi chimici, batteriologici ecc.). È prevista comunque una clausola di salvaguardia applicabile ad acquisizioni specifiche in caso di urgenza straordinaria o altre ragioni imperative.

³⁷ Nel riferirsi alle condizioni applicative dell'art. 296, la Commissione rileva che "[t]he aim of these conditions is to prevent possible misuse and to ensure that the derogation remains an exception limited to cases where Member States have no other choice than to protect the security interests nationally" (p. 5).

³⁸ Sentenza del 16 settembre 1999, causa C-414/97, cit., p. I-5599 ss. La Commissione si riferisce altresì alla giurisprudenza comunitaria resa riguardo a fattispecie concernenti l'accesso alle forze armate o a corpi speciali e all'organizzazione delle medesime. In *Sirdar* (ingresso da parte di donne in corpi militari combattenti), *Kreil* (impiego nelle forze armate di personale femminile solo con mansioni sanitarie o musicali) e *Dory* (obbligo di leva imposto agli uomini) effettivamente la Corte ha affermato che le deroghe alla disciplina sul mercato interno fondate su motivi di pubblica sicurezza (in particolare, gli articoli 30, 39, 46 e 296) costituiscono "ipotesi eccezionali chiaramente delimitate", dalle quali "[n]on è lecito dedurre una riserva generale, inerente al Trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto comunitario qualsiasi provvedimento adottato per motivi di pubblica sicurezza" (sentenza *Sirdar*, cit., punto 16; in termini simili le sentenze dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, *Raccolta*, p. I-69 ss., punto 16; dell'11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory*, *Raccolta*, p. I-2479 ss., punto 31). Nel valorizzare detti precedenti,

Corte si è pronunciata sull’interpretazione dell’art. 296 (anche l’art. 297 TCE, che pone problemi simili, non ha dato luogo ad una giurisprudenza significativa)³⁹. La Corte ha adottato una impostazione simile a quella accolta nell’interpretazione delle norme del Trattato che contemplano limiti alle libertà di circolazione motivati sulla protezione della pubblica sicurezza (interna ed esterna), nel timore forse che, se avesse accolto orientamenti differenti, avrebbe potuto incentivare il ricorso alla clausola generale dell’art. 296 al fine di sfuggire ai limiti, anche sotto il profilo del controllo di proporzionalità, cui sono tradizionalmente sottoposte le clausole di salvaguardia previste in tema di libertà di circolazione.

Deve comunque osservarsi che l’applicazione, in chiave restrittiva, della deroga non potrebbe comprimere in alcun modo la prerogativa statale di invocare l’eccezione di sicurezza nazionale a norma dell’art. 296. L’attuale livello di integrazione non consente di escludere che rientri nel *potere discrezionale* dello Stato determinare quale o quali siano gli “interessi essenziali della sicurezza nazionale” che intende proteggere, tanto più che in un contesto mondiale le minacce possono assumere forme così complesse da rendere non distinguibili i profili interni da quelli esterni (si pensi al terrorismo). In questa prospettiva, il concetto di sicurezza nazionale difficilmente si presta ad essere cristallizzato in formule predefinite, assumendo anzi contorni “mobili” e funzionali.

Al momento, nel sistema comunitario, non potrebbe negarsi che lo Stato mantenga, seppure a certe condizioni, una sfera di competenza in materia di sicurezza nazionale ricostruibile, quanto meno, in termini di limite all’operatività degli obblighi comunitari. La salvaguardia della sicurezza nazionale potrebbe concepirsi sia quale potere derivante direttamente dalla sovranità dello Stato, sia quale potere tuttora riservato dal Trattato allo Stato membro: in questa seconda ipotesi, lo spazio operativo dello Stato si ridurrebbe perché vi potrebbe ricorrere soltanto se la deroga fosse necessaria e idonea a conseguire lo scopo perseguito, oltre che conforme al principio di proporzionalità. In entrambi i casi tuttavia, in assenza di una normativa uniforme, lo Stato sarebbe legittimato ad adottare misure funzionalmente volte alla realizzazione degli interessi di sicurezza nazionale.

La Commissione sembra accettare l’idea che esista un nucleo intangibile di potere statale: anzitutto, ammette di non poter definire la nozione di “interessi essenziali alla sicurezza nazionale”, né determinare *ex ante* a quali appalti pub-

la Commissione, peraltro, pone in secondo piano l’approccio – assai più favorevole agli interessi statali – seguito dal Tribunale di primo grado nella sentenza *Fiocchi munizioni Spa*, relativo ad una fattispecie maggiormente accostabile all’acquisto di beni militari (concernente sovvenzioni a favore di un’impresa pubblica di produzione di armamenti). Riferendosi esplicitamente all’elenco stabilito dal Consiglio nel 1958 (par. 57), il Tribunale sembra attribuire all’art. 296, par. 1, lett. b) “portata generale” (punto 58) così da escludere *in toto* che le misure di aiuto in favore di beni contenuti nell’elenco siano soggette alle regole della concorrenza (punto 59).

³⁹ Solo nella causa C-120/94, *Commissione c. Grecia*, relativa all’embargo imposto dallo Stato greco all’ex Repubblica jugoslava della Macedonia, la Corte avrebbe potuto pronunciarsi sull’art. 297, se non fosse intervenuta la rinuncia agli atti da parte della Commissione (v. ordinanza della Corte del 19 marzo 1996, *Raccolta*, p. I-1513).

blici sia applicabile la corrispondente eccezione⁴⁰; in secondo luogo, riconosce che gli Stati dispongono di un largo margine di discrezionalità nell'invocare la deroga di cui all'art. 296, pur rammentando che la valutazione statale non è priva di restrizioni (“unfettered”)⁴¹. Irrilevanti poi sono – e la Commissione lo sottolinea – interessi non strettamente inerenti alla sicurezza nazionale, di tipo economico e industriale, benché connessi alla produzione e al commercio di armamenti⁴².

Resta sullo sfondo, non toccato dalla Commissione, il delicato problema dei limiti del controllo, giurisdizionale e non, sull'invocazione dell'eccezione di sicurezza nazionale e, più in particolare, del concetto di “interessi essenziali” ad essa correlati. Appare evidente infatti che tale problema è strettamente connesso a valutazioni di ordine politico e strategico che spettano, in linea di principio, ai governi nazionali. Si ripropone qui una questione generale di non agevole soluzione, sulla quale è comunque arduo immaginare che la Commissione e la Corte di giustizia possano esercitare un pieno controllo di merito e di proporzionalità nell'esercizio dei poteri loro conferiti dal Trattato in tema di rispetto degli obblighi comunitari. Per converso, non sarebbe immaginabile neppure che i governi fruiscono di discrezionalità assoluta, se non altro perché il Trattato prevede, all'art. 298, lo scenario di un ricorso diretto alla Corte di giustizia da parte della Commissione “ove ritenga” che uno Stato membro “faccia un uso abusivo dei poteri contemplati dagli articoli 296 e 297. La Corte di giustizia giudica a porte chiuse”. Il ricorso all'eccezione potrebbe qualificarsi, in sede di controllo giurisdizionale, come abusivo se manifestamente irragionevole ovvero se la motivazione adottata dallo Stato membro presentasse gravi ed evidenti carenze.

5. Se così è, il problema si risolve nell'individuare un punto di equilibrio bilanciando il potere dello Stato di disciplinare in deroga al diritto comunitario certi rapporti o operazioni contrattuali, da un lato, e l'interesse della Comunità al rispetto della propria normativa, dall'altro. L'equilibrio andrebbe ricercato non nella determinazione di un interesse prevalente (statale o comunitario che sia), bensì in un contemperamento reciproco di interessi divergenti *da effettuarsi volta per volta* in relazione alle circostanze contingenti del caso di specie. La delineata prospettiva sembra ricevere conferma dalla giurisprudenza comunitaria. È la stessa Corte ad avere ammesso, per un verso, che “spetta” agli Stati membri “stabilire le misure adeguate per garantire la loro sicurezza interna ed esterna”⁴³ e, per un altro, che rientra nella competenza esclusiva dello Stato la scelta di ricorrere all'obbligo di leva per garantire la sua difesa⁴⁴. Nulla sembra escludere che l'autorità statale, con proprio atto amministrativo a contenuto decisorio, dichiari la sussistenza di un interesse essenziale alla propria sicurezza

⁴⁰ Comunicazione interpretativa del 7 dicembre 2006, cit., p. 3.

⁴¹ *Ibidem*, p. 6.

⁴² *Ibidem*, p. 7.

⁴³ Sentenza *Sirdar*, cit., punto 15.

⁴⁴ Sentenza *Dory*, cit., punto 39.

nazionale. Ciò tuttavia, come si preciserà tra poco, non esaurisce la questione dal punto di vista comunitario.

La comunicazione sembra allinearsi a questi principi là dove sottolinea di non poter fornire “an interpretation of Member States’ essential security interests”⁴⁵, pur auspicando *incidenter tantum*, poco più avanti, che la sicurezza nazionale possa essere in futuro considerata in una prospettiva europea, in ragione del progressivo processo di integrazione che determina vieppiù la convergenza degli interessi nazionali tra gli Stati membri⁴⁶. Non sembra azzardato infatti ipotizzare che ben potranno darsi programmi di ricerca, di sviluppo e produzione di beni essenziali per la protezione della sicurezza nazionale di due o più Stati membri affinché si realizzino beni più efficienti e tecnologicamente più competitivi sul mercato.

In una logica di “procedimentalizzazione”, se così può dirsi, del contemperamento di interessi in gioco, lo Stato dovrebbe in due fasi: a) indicare l’interesse essenziale che sarebbe a rischio ove sottoponesse un dato acquisto alla normativa comunitaria in tema di appalti (e il ragionamento non sarebbe dissimile riguardo una certa misura di aiuto o di acquisizione o concentrazione di imprese operanti nel settore della difesa), dopo avere esercitato la potestà interna con atto amministrativo; b) fornire le motivazioni sufficienti. La composizione tra il potere di invocare l’eccezione di sicurezza nazionale e l’ammissibilità della deroga nel caso concreto si riduce allora nell’imporre allo Stato membro – come afferma la stessa Commissione⁴⁷, in linea con la sua prassi applicativa⁴⁸ – l’onere di dimostrare, tramite congrua spiegazione delle ragioni sottostanti, che l’applicazione del diritto comunitario è suscettibile di compromettere uno o più interessi essenziali della propria sicurezza nazionale. L’*onus probandi* in capo allo Stato potrebbe ragionevolmente fondarsi sul generale obbligo di leale cooperazione previsto dall’art. 10 TCE. Una puntuale dimostrazione dovrebbe essere fornita dallo Stato membro ogniqualvolta vi sia attrito tra l’applicazione della normativa comunitaria e l’eccezione di sicurezza nazionale. La Commissione accoglie questa prospettiva riguardo agli appalti pubblici nel settore della difesa, là dove sottolinea che è lo Stato interessato a dover provare che l’applicazione della direttiva 2004/18/CE minaccia gli interessi essenziali della sua sicurezza⁴⁹.

⁴⁵ Comunicazione interpretativa del 7 dicembre 2006, cit., p. 3.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁸ Nel caso *Lürsen*, il Governo tedesco accettò di fornire le motivazioni e le informazioni necessarie, mentre la Commissione ribadì nella decisione che, in presenza di cantieri che svolgono attività cantieristica “sia civile che militare”, occorreva produrre “un attestato del revisore legale dei conti che certifica la ripartizione dei costi generali tra i due settori. Devono inoltre essere fornite separatamente informazioni sul fatturato nei settori civile e militare” (Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., p. 12).

⁴⁹ “(...) when the Commission investigates a defence procurement case, it is for the Member State concerned to furnish evidence that, under the specific conditions of the procurement at issue, application of the Community Directive would undermine the essential interests of its security”, Comunicazione del 7 dicembre 2006, cit., p. 8 (corsivo aggiunto); il carattere eccezionale della

Logica vuole che spetterà poi alla Commissione dedurre le allegazioni idonee a respingere gli elementi di fatto adottati dallo Stato membro.

Un approccio analogo dovrebbe valere *a fortiori* anche per la clausola di salvaguardia prevista dall'art. 14 della direttiva 2004/18/CE. Nel riferirsi ai beni esclusi dalla sfera di applicazione dell'art. 296, tale disposizione li sottrae alla normativa comunitaria in tema di appalti perché “segreti” o richiedenti “particolari misure di sicurezza” o qualora “ciò sia necessario ai fini della tutela di interessi essenziali” dello Stato membro. Ne conseguirebbe che gli Stati dispongono del potere di esentare un determinato appalto dall'applicazione della direttiva a condizione di spiegare le ragioni sottostanti. La prassi applicativa della Commissione confermerebbe tale rilievo: essa ha presentato il 15 settembre 2005 un ricorso per infrazione avverso lo Stato italiano contestandogli la prassi di affidamento diretto di appalti per l'acquisto di elicotteri in violazione della direttiva e, sotto il profilo che qui interessa, la carenza di dimostrazione che la pratica in questione si giustifichi a norma della richiamata clausola⁵⁰. In casi del genere, sembra conseguente che gli Stati potrebbero avvalersi dell'ulteriore facoltà di non divulgare informazioni riservate *ex art. 296, par. 1, lett. a)*. La sua natura di norma generale del Trattato la rende applicabile anche alle norme di diritto derivato.

Riguardo alle concrete conseguenze che la comunicazione potrebbe produrre nei confronti degli Stati membri, un'ulteriore osservazione sembra tuttavia imporsi. Se si considera congiuntamente l'*onus probandi* e l'assunto – evidenziato *in limine* – secondo cui l'acquisizione di beni necessari alla difesa nazionale, compresi quelli contemplati dalla decisione del 1958, non è automaticamente esclusa dalla sfera d'applicazione del diritto comunitario, né dai poteri di indagine della Commissione, si potrebbe profilare in futuro, quale esito ultimo della comunicazione, il rischio di un aumento delle procedure di infrazione e di indagine. Se ne potrebbe trarre conferma anche dai punti in cui la Commissione sottolinea che l'applicazione dell'art. 296 dovrà effettuarsi caso per caso e la verifica concernente la ricorrenza dei suoi presupposti sarà particolarmente rigorosa nei casi dubbi⁵¹.

Meno convincente appare invece il passaggio nel quale la Commissione specifica l'ampiezza dell'*onus probandi*. Esso appare concepito in senso così esteso da potervi includere la comunicazione di informazioni riservate o addirittura segrete; secondo la Commissione: “General references to the geographical and political situation, history and alliance commitments are not sufficient in this context. By means of Article 287 TEC it is guaranteed that the Commission

deroga *ex art. 296* “makes it clear that the specific military nature of the equipment included in the 1958 list is, by itself, not sufficient to justify exemption from the EU procurement rules” (*ibidem*, p. 7).

⁵⁰ I punti principali del ricorso n. C-337/05 sono pubblicati in *GUUE* C 281, 12 novembre 2005, p. 9. L'Avvocato generale Mazák ha reso le sue conclusioni, a sostegno delle tesi della Commissione, in data 10 luglio 2007.

⁵¹ Comunicazione interpretativa del 7 dicembre 2006, cit., pp. 7-8.

will grant Member States absolute confidentiality of the information received”⁵². Se l’onere probatorio dovesse intendersi in senso così ampio, si profilerebbero seri dubbi di compatibilità con l’art. 296, par. 1, lett. a). Indipendentemente dal fatto che una simile questione attenga alla esclusiva sovranità nazionale o sia invece spiegabile in base all’approccio comunitario sopra richiamato, è evidente che tale disposizione consente allo Stato di non rendere pubbliche notizie “la cui divulgazione sia dallo stesso considerata contraria agli interessi essenziali alla propria sicurezza”. Anzi, letteralmente intesa, la disposizione sembra addirittura riservare allo Stato la valutazione della pertinenza dell’informazione rispetto alla sicurezza nazionale. Sarebbe comunque arduo giustificare una lettura riduttiva del potere di non divulgare informazioni riservate in funzione dell’obbligo di segretezza incombenente sulla Commissione. È dubbio peraltro che la Commissione giunga effettivamente ad una simile conclusione, dato che a proposito dei beni c.d. a doppio-uso asserisce che essi sarebbero protetti dall’art. 296, par. 1, lett. a) qualora l’applicazione delle norme comunitarie obbligasse gli Stati membri a svelare informazioni pregiudizievoli agli interessi essenziali alla sicurezza nazionale⁵³: *a fortiori* ciò dovrebbe valere per l’acquisizione di beni esclusivamente ad uso militare.

6. In conclusione, è difficile negare che la protezione della sicurezza nazionale determini punti di frizione con l’affermazione delle regole del mercato interno. Per inquadrare correttamente la questione, sembra opportuno interrogarsi preliminarmente sulla natura dell’eccezione di sicurezza nazionale: essa rientra nel “riservato dominio” di ciascuno Stato membro, sì che la relativa valutazione è totalmente sottratta alla valutazione delle istituzioni deputate al controllo del diritto comunitario, ovvero tale invocazione è ricostruibile quale eccezione al funzionamento del sistema comunitario, spettando allo Stato dimostrare che l’applicazione delle regole comuni, rispetto ad una concreta fattispecie, costituisca un rischio per la propria sicurezza? Sebbene non manchino argomenti a favore della prima ipotesi, il secondo approccio appare maggiormente in linea con una interpretazione sistematica della normativa e con la prassi applicativa, anche giurisprudenziale. La stessa comunicazione della Commissione sul “*defence procurement*” sembra porsi nella medesima direzione. Ciò non significa necessariamente che, allo stadio attuale di evoluzione del sistema comunitario, il potere statale di invocare l’eccezione di sicurezza nazionale – interna o esterna che sia – risulti compresso in misura eccessiva. La stessa Commissione sembra ormai accettare l’esistenza di detto potere, là dove, per un verso, ammette di non poter definire *ex ante* la nozione di interessi essenziali alla sicurezza nazionale e, per un altro, riconosce che gli Stati dispongono di un largo – seppure non illimitato – margine di discrezionalità nell’invocare la deroga di cui all’art. 296.

⁵² *Ibidem*, p. 8.

⁵³ *Ibidem*, p. 6.

In questa prospettiva, il punto di equilibrio dovrebbe allora ricercarsi non nella determinazione *a priori* di un interesse prevalente (statale o comunitario che sia), bensì in un contemperamento reciproco di interessi divergenti *da effettuarsi volta per volta* in relazione alle circostanze contingenti del caso concreto; in altri termini, in una logica di “procedimentalizzazione” degli interessi in gioco, in cui lo Stato dichiara l’interesse essenziale di sicurezza nazionale che intende proteggere e fornisce le motivazioni sufficienti (pur nel rispetto del diritto a non divulgare informazioni riservate o segrete). Il corrispondente *onus probandi* può ragionevolmente fondarsi sul generale obbligo di leale cooperazione previsto dall’art. 10 TCE.

Giova forse aggiungere che il processo di riforma dei Trattati, appena avviato con la firma del Trattato di Lisbona, non dovrebbe recare sostanziali novità rispetto alla salvaguardia degli interessi essenziali alla sicurezza nazionale. L’art. 296 sembra destinato a restare inalterato nell’ambito del c.d. “Trattato sul funzionamento dell’Unione europea” (così sarà denominato l’attuale Trattato CE). È vero che la specificità della difesa militare sembrerebbe voler essere ulteriormente garantita dai capi di Stato e di governo, i quali – nel corso del Consiglio europeo svoltosi il 21-23 giugno 2007 a Bruxelles – hanno integrato il testo del mandato alla Conferenza intergovernativa negoziato dalla Presidenza tedesca: rispetto alla sua proposta è stata infatti aggiunta una disposizione, nell’articolo che sarà dedicato ai rapporti tra Unione e Stati membri, secondo cui “[i]n particular, national security remains the sole responsibility of each Member State”. Ma anche ammesso che tale disposizione sia riferibile alla sicurezza nazionale *lato sensu* intesa, ciò non esclude peraltro la possibilità di conciliarla con l’approccio “comunitario”. Con la riforma dei Trattati che si profila all’orizzonte, l’Unione potrebbe poi essere dotata delle potenzialità per avviare un processo che in futuro conduca progressivamente all’elaborazione di un concetto “europeo” di sicurezza, in una prospettiva cioè di convergenza di interessi nazionali da parte degli Stati membri che saranno disponibili a farlo, tramite programmi di ricerca, di sviluppo e produzione di beni essenziali per la protezione della sicurezza nazionale affinché si realizzino beni più efficienti e tecnologicamente più competitivi sul mercato. Il Trattato sull’Unione europea conterrà infatti una disposizione che, a livello di diritto primario in ambito PESC, sancirà le competenze dell’Agenzia europea di difesa, le quali comprenderanno “acquisitions and armaments”⁵⁴. Potrebbero così porsi le basi per sviluppare la cooperazione fra gli Stati membri e forse anche per stimolare la competitività delle imprese europee del settore.

⁵⁴ Sulla base del principio della “non affectation”, gli interventi dell’Agenzia non dovrebbero comunque essere in grado di incidere sull’*acquis* dell’Unione nell’ambito del Trattato sul funzionamento dell’Unione.

Maria Luisa Tufano

Il giudice comunitario e i rapporti tra diritto comunitario, diritto UE e diritto penale*

SOMMARIO: 1. L'imprevista influenza del diritto comunitario sul diritto penale: dalle origini agli anni '90. – 2. *Segue*: sotto l'impero del Trattato di Maastricht. – 3. *Segue*: orientamenti giurisprudenziali più recenti intesi al "ravvicinamento dei pilastri". – 4. Rapporti tra diritto comunitario e diritto UE. – 5. Le innovazioni introdotte dal Trattato di Lisbona.

1. Il titolo del convegno "Verso un sistema di giustizia europeo" induce a proporre qualche riflessione intorno al ruolo svolto dalla Corte di giustizia per quanto concerne l'influenza del diritto comunitario e del diritto dell'Unione europea sul diritto penale e processuale penale degli Stati membri.

Che la Corte di giustizia abbia svolto e svolga un ruolo di primo piano nello sviluppo e nel rafforzamento in generale del processo di integrazione europea non costituisce certo una novità.

Fin dai primi anni '60, infatti, con riguardo alla struttura delle relazioni tra Comunità e Stati membri, essa è andata progressivamente scolpendo i tratti e i valori dell'ordinamento comunitario come ordinamento giuridico autonomo da quello degli Stati, di tipo sopranazionale (gli aspetti sui quali ha inciso sono notissimi: penso alla dottrina del primato del diritto comunitario sul diritto degli Stati membri; a quella dell'effetto diretto, con cui la Corte ha dato senso al contenuto delle libertà del Trattato di Roma; a quella dei poteri impliciti, con cui ha superato il principio delle competenze di attribuzione; e, ancora, penso alle pronunce con cui essa ha garantito per via pretoria la tutela dei diritti fondamentali in ambito comunitario; infine, a quelle sul principio di leale cooperazione e sulla costituzionalizzazione dei Trattati).

Per quanto riguarda la materia che ci occupa, il ruolo della Corte non è stato da meno, inizialmente poco appariscente, di recente molto più marcato.

Infatti, per quanto i Trattati originari non prevedessero alcuna attribuzione espressa di competenza penale alle Comunità¹, la Corte è riuscita, fin dalla

* Comunicazione al Convegno "Verso un sistema di giustizia europeo", Università degli studi di Napoli "Federico II", 8-9 novembre 2007.

¹ Nei rari casi in cui erano individuate fattispecie delittuose di contenuto specificamente comunitario era rimesso agli Stati membri perseguirle applicando la stessa pena prevista dalle legisla-

metà degli anni '70, a coinvolgere la materia penale nell'ambito del diritto comunitario. Pur riconoscendo che la "legislazione penale e le norme di procedura penale sono in linea di principio riservate agli Stati membri", essa ha ammesso che "le norme considerate non possono limitare le libertà fondamentali garantite dal diritto comunitario" ed ha dichiarato che la competenza nazionale può essere circoscritta dal diritto comunitario².

Di conseguenza le disposizioni comunitarie possono influenzare il diritto penale degli Stati membri sia con un impatto negativo, incidendo sulla sfera di applicazione di una norma incriminatrice³, sulla tipologia e sulla misura delle sanzioni⁴, sia con un impatto positivo. In tal senso vanno le sentenze con cui la Corte ha iniziato ad inquadrare l'autonomia procedurale degli Stati affermando che l'art. 5 TCEE obbliga gli Stati membri ad equiparare la tutela degli interessi finanziari comunitari a quella dei propri interessi finanziari e a prevedere un dispositivo di sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive⁵.

Così, mentre il diritto interno finiva col risentire della spinta comunitaria, dal canto suo, la cooperazione giudiziaria penale tra gli Stati membri procedeva sulla base della cooperazione intergovernativa secondo modalità puramente *ad hoc*.

zioni nazionali per infrazioni analoghe (art. 194 CEEA; art. 27 Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia). La Comunità non disponeva neanche del potere di assortire i regolamenti emanati di sanzioni penali; era rimesso agli Stati membri il compito di sanzionare penalmente la regolamentazione comunitaria.

² Sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1981, causa 203/80, *Casati, Raccolta*, p. 2595.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan, Raccolta*, p. 195, punto 19, confermata dalla sentenza del 19 gennaio 1999, causa C-348/96, *Calfa, ivi*, p. I-11, punto 17. In tema v. G. GARBAGNATI KETVEL, *La giurisprudenza della Corte comunitaria in materia penale: verso un ravvicinamento tra i "pilastrini" dell'Unione europea?*, in *DUE*, 2007, p. 395, nota 27.

⁴ La Corte ha affermato che, allo stato attuale del diritto comunitario, spetta agli Stati membri determinare le procedure di constatazione delle infrazioni, la natura della pena e il suo *quantum*, salvo che le sanzioni scelte non costituiscano ostacoli alla realizzazione degli obiettivi dei Trattati; sentenza del 15 dicembre 1976, causa 41/76, *Donckerwolke, Raccolta*, p. 1921 (nel commercio intracomunitario gli Stati membri possono esigere talune dichiarazioni dagli importatori, tuttavia ogni sanzione sproporzionata alla natura di un'infrazione meramente amministrativa costituisce una misura di effetto equivalente a una restrizione quantitativa vietata); in materia di circolazione delle persone, sentenza del 7 luglio 1976, causa 118/75, *Watson, ivi*, p. 1185 (l'omessa dichiarazione alla polizia nei tre giorni della presenza non può essere punita con una pena sproporzionata, quale la detenzione).

⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia, Raccolta*, p. 2965, punto 2; del 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb, ivi*, p. 137, punto 32, nel senso di un obbligo per gli Stati membri, sulla base del principio di leale cooperazione, di sanzionare le violazioni del diritto comunitario. V., ancora, sentenza del 10 luglio 1990, causa C-326/88, *Anklagemyndigheden, ivi*, p. I-2911; del 13 luglio 1990, causa C-2/88 (ord.), *Zwertweld, ivi*, p. 3365, punto 17; dell'8 giugno 1994, causa C-382/92, *Commissione c. Regno Unito, ivi*, I-2435; dell'8 luglio 1999, causa C-186/98, *Nunes, ivi*, p. I-4883. In precedenza – cfr. sentenza del 2 febbraio 1977, causa 50/76, cit., punto 32 – era riconosciuta solo la facoltà per gli Stati.

2. L'istituzionalizzazione della cooperazione giudiziaria penale operata dal Trattato di Maastricht (titolo VI) e la sua integrazione in un quadro unitario non hanno comportato progressi decisivi.

Infatti, a parte l'asimmetria dei pilastri su cui è articolata la costruzione dell'Unione europea⁶, va evidenziato che i dubbi sull'idoneità delle disposizioni del terzo pilastro a costituire base giuridica sufficiente per armonizzare il diritto penale sostanziale degli Stati membri⁷ e la complessità della ripartizione di competenze tra pilastro comunitario e terzo pilastro con riferimento a materie che rivestivano carattere ibrido⁸, hanno posto immediatamente problemi di delimitazione tra il primo e il terzo pilastro.

Mentre il processo decisionale registrava un approccio bifronte⁹, che testimoniava la volontà di confermare la netta ripartizione di competenze, lasciando alla Comunità la sola facoltà di intervenire in materia di repressione amministrativa, ad esclusione della repressione penale, la Corte, dal canto suo, pur confermando che in via di principio la legislazione penale non rientra nella competenza della Comunità¹⁰, ancorava all'art. 5 TCE l'obbligo degli Stati membri di limitare la portata e il contenuto del diritto penale nazionale al fine di garantire la compatibilità con il diritto comunitario¹¹.

3. Con il Trattato di Amsterdam, nonostante il meccanismo di cooperazione intergovernativa continui a caratterizzare la cooperazione di polizia e giudiziaria penale, si sono registrati progressi in termini di strumenti giuridici¹², di proce-

⁶ G. ISAAC, *Le "pilier" communautaire de l'Union européenne, un "pilier" pas comme les autres*, in *CDE*, 2001, p. 45 ss. Con il Trattato di Maastricht, infatti, la costruzione dell'Unione europea è stata articolata su tre pilastri asimmetrici il primo, di tipo sopranazionale, caratterizzato dal c.d. metodo comunitario, gli altri due, PESC e GAI, caratterizzati da procedure e atti giuridici differenti improntati alla cooperazione intergovernativa. La cooperazione giudiziaria penale è stata così istituzionalizzata e integrata in un quadro unitario senza perdere la sua peculiarità sotto il profilo dei protagonisti, degli atti, dei meccanismi procedurali; in più, per essa non è stata prevista alcuna forma di controllo della Corte di giustizia. Sono state inoltre escluse dalla sfera di operatività della norma la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione doganale e di polizia. *Amplius* sul punto E. DENZA, *The Intergovernmental Pillars of the European Union*, Oxford, 2002.

⁷ A parte le differenze esistenti tra norme penali, per cui certi comportamenti non sono incriminati in tutti gli Stati membri oppure non sono puniti allo stesso modo – con conseguenti fenomeni di *forum shopping* e ostacoli alla cooperazione internazionale (doppia incriminazione, regola della specialità) –, varie infrazioni non sono disciplinate dal diritto penale, ma dal diritto civile (ad es., il diritto societario, bancario, finanziario ed amministrativo, che presentano un contenuto differente da Stato membro a Stato membro).

⁸ M. L. TUFANO, *La cooperazione giudiziaria penale e gli sviluppi del terzo pilastro del Trattato sull'Unione europea*, in *DPCE*, 2001, p. 1030 ss., spec. p. 1035.

⁹ Si rimanda alla prassi citata da M. L. TUFANO, *op. cit.*, p. 1035 ss.

¹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1998, causa C-226/97, *Lemmens*, *Raccolta*, p. I-3711, punto 19.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 29 febbraio 1996, causa C-193/94, *Skanavi*, *Raccolta*, p. I-929, punto 36.

¹² Oltre a convenzioni e posizioni comuni, sono previste decisioni quadro, decisioni. In particolare, per la decisione quadro il cambiamento non è solo terminologico, ma sostanziale. Essa è

dures¹³, di controllo giurisdizionale¹⁴ e non ultimo in termini sostanziali, aprendo la strada ad un approccio globale, in cui non è solo questione di cooperazione ma di creazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la prevenzione e la lotta alla criminalità.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, il titolo VI presenta un contenuto più vasto e più ambizioso che concerne, oltre alla facilitazione e accelerazione della cooperazione¹⁵, anche l'armonizzazione, che diventa per la prima volta un obiettivo dell'Unione europea nella prospettiva dell'attuazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. E su questa via si è posta l'Unione, tanto è che sono state adottate varie decisioni quadro finalizzate al ravvicinamento e all'armonizzazione tanto del diritto sostanziale quanto processuale¹⁶.

finalizzata al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari, amministrative degli Stati membri, è vincolante quanto al risultato da raggiungere, salva la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi. Si tratta dunque di una sorta di direttiva del terzo pilastro, viene però precisato che essa non ha efficacia diretta. Cfr. P. BERTHELET, *Le droit institutionnel de la coopération policière et judiciaire pénale*, Grenoble, 2001, p. 50 ss.

¹³ La procedura decisionale richiede l'unanimità in seno al Consiglio, la maggioranza è richiesta solo per le questioni procedurali o per le misure di attuazione di decisioni e per l'applicazione di convenzioni. Il Parlamento svolge un ruolo marginale essendo previsto solo che debba essere "regolarmente" informato dei lavori del Consiglio e della Commissione. Cfr. P. BERTHELET, *op. cit.*, p. 29 ss.

¹⁴ Ai sensi dell'art. 35 TUE, la Corte è investita di competenze (pregiudiziale, di legittimità, competenza relativa alle controversie tra Stati membri o tra questi ultimi e la Commissione) che sono più circoscritte rispetto a quelle del primo pilastro. Quanto alla competenza pregiudiziale, essa è depotenziata da un sistema a geometria variabile (dichiarazione di accettazione, inoltre gli Stati membri hanno la facoltà di decidere se le questioni possono essere sollevate da tutti i giudici nazionali o solo da quelli "avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno") che crea notevole pregiudizio alla *ratio* del meccanismo (garantire l'uniformità interpretativa e applicativa del diritto comunitario in tutti gli Stati membri); inoltre essa può concernere la validità o l'interpretazione delle decisioni quadro, mentre per le decisioni è ammesso solo il rinvio interpretativo. Quanto al ricorso di legittimità, esso ricalca quello *ex* 230 TCE, ma è circoscritta la legittimazione attiva agli Stati membri e alla Commissione e gli atti impugnabili alle sole decisioni e decisioni quadro, nulla è disposto quanto agli effetti delle sentenze che attestino l'illegittimità di un atto. Quanto all'ultima competenza si distingue tra l'ipotesi di controversie tra Stati membri e controversie tra Stati membri e Commissione. Nella prima ipotesi l'esercizio della competenza della Corte è sussidiaria rispetto all'intervento del Consiglio, che svolge una funzione conciliativa. Nella seconda, l'assenza della fase precontenziosa denota che la Commissione è privata del ruolo essenziale di guardiana dei trattati. Per un'analisi della disposizione in parola, v. commento di L. DANIELE, *Art. 35 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 143 ss. Sul punto cfr. anche P. BERTHELET, *op. cit.*, p. 45 ss.

¹⁵ Sotto quest'ultimo profilo, la creazione dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia implica una modernizzazione della cooperazione giudiziaria penale e concretamente si esprime nella libera circolazione delle decisioni giudiziarie. Il principio del reciproco riconoscimento diventa il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione. Esso non si applica alle sole sentenze, ma dovrà riguardare tutte le fasi del procedimento penale, prima, durante e dopo la sentenza di condanna (provvedimenti giudiziari relativi alla preservazione delle prove, al sequestro e alla confisca dei beni, alle misure di sorveglianza, ecc.).

¹⁶ Con riferimento al diritto sostanziale, è stata trasfusa in decisioni quadro la disciplina adottata sotto l'impero del Trattato di Maastricht con azioni comuni (es. sulla lotta contro il terrorismo,

Tuttavia, la triplice frammentazione – materiale, istituzionale e procedurale – del nuovo spazio che appare spezzettato tra Trattato CE (articoli 61, 62, 67), Trattato UE (articoli 29, 31, lett. e) e 42), protocolli allegati al Trattato CE e al Trattato UE o allegati al solo Trattato CE, dichiarazioni adottate dalla Conferenza intergovernativa e infine dichiarazioni unilaterali di cui la Conferenza intergovernativa ha preso nota, consentendo l’interoperabilità tra il primo e il terzo pilastro e la *cross-pillarization* delle politiche dell’Unione (interconnessione tra differenti politiche esterne CE e UE e conseguente superamento della separazione dei pilastri)¹⁷, oltre a far riemergere conflitti di competenze¹⁸, ha dato luogo ad un contenzioso di seconda generazione relativo agli effetti degli strumenti giuridici del TUE, alla scelta della base giuridica, alla questione della protezione dei diritti fondamentali nel terzo pilastro, aspetti che sottendono problematiche più ampie relative al carattere del terzo pilastro dell’UE e al suo rapporto con il primo pilastro.

Il contenzioso in parola ha costituito l’occasione per il giudice comunitario di poter svolgere un ruolo importante nel rafforzamento dell’integrazione giuridica e giudiziaria tra gli Stati dell’Unione europea sotto il profilo che ci interessa.

Ed infatti, nonostante la dicotomia tra diritto comunitario, “sopranazionale”, e diritto dell’UE, “intergovernativo”¹⁹, nonostante i differenti approcci nel configurare i rapporti tra diritto comunitario e diritto del terzo pilastro²⁰, di fronte all’interpretazione restrittiva da parte degli Stati degli obblighi assunti con il TUE, la Corte non ha esitato a stemperare la specificità della cooperazione disciplinata nel terzo pilastro e a ravvicinare il terzo pilastro a quello comunitario.

contro la corruzione nel settore privato, sulla tratta degli esseri umani, sullo sfruttamento sessuale dei bambini, ecc.). Quanto al diritto processuale, vanno ricordate la decisione quadro relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, quella relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato. Un altro gruppo di decisioni quadro è inteso a garantire l’applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali.

¹⁷ V., tra gli altri, M. CREMONA, *External Relations of the EU and the Member States: Competences, Mixed Agreements, International Responsibility, and Effects of International Law*, in *EUI Working Paper*, 2006, n. 22, p. 9 ss.; M. WASMEIER, N. THWAITES, *The Battle of the Pillars: Does the European Community Have the Power to Approximate National Criminal Law?*, in *ELR*, 2004, p. 614.

¹⁸ M. WASMEIER, N. THWAITES, *op. loc. cit.*

¹⁹ La struttura del terzo pilastro è rimasta sostanzialmente immodificata con il Trattato di Nizza.

²⁰ La dottrina tradizionale è nel senso che i Trattati CE e UE formino due ordinamenti giuridici separati con caratteri essenzialmente dissimili; v., tra gli altri, M. PECHSTEIN, C. KOENIG, *Die Europäische Union*, Tubingen, 2000, p. 28 ss. Per la “tesi dell’unità”, v. A. VON BOGDANDY, *The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organisation with a Single Legal System*, in *CML Rev.*, 1999, p. 887 ss.; B. DE WITTE, *The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral?*, in T. HEUKELS, N. BLOKKER, M. BRUS (eds.), *The European Union after Amsterdam – A Legal Analysis*, The Hague, 1998, p. 51 ss.; A. VON BOGDANDY, M. NETTESHEIM, *Ex Pluribus Unum. Fusion of the European Communities into the European Union*, in *ELJ*, 1996, p. 267 ss.

Ciò appare evidente laddove si consideri la giurisprudenza con cui ha esteso al pilastro intergovernativo il metodo interpretativo usato per il diritto comunitario e, poi, proseguendo per tale via, ha finito col far rientrare nell'ambito di operatività di quest'ultimo materie che il Consiglio invece aveva ritenuto di disciplinare con atti del titolo VI del TUE.

Sotto il primo profilo ricordo la nota sentenza *Pupino*²¹ del 2005, in cui la Corte, affermando che i principi enunciati in materia di rinvio pregiudiziale *ex art. 234 TCE* operano anche, in via di principio, per le questioni relative al terzo pilastro *ex art. 35 TUE*, ha applicato al rapporto tra ordinamento italiano e decisione quadro non trasposta in diritto interno e priva, *ex art. 34 TUE*, del carattere dell'efficacia diretta, un principio fino ad allora affermato solo per le direttive, quello dell'interpretazione conforme, facendo leva sull'obbligo di leale cooperazione desunto dall'*art. 1 TUE* ("nuova tappa nel processo di integrazione") e sul fatto che il titolo VI è interamente fondato sulla "cooperazione tra gli Stati". La sentenza è importante sia perché relativizza le differenze tra gli atti del primo e del terzo pilastro sia perché attesta il grado di penetrazione del diritto dell'UE nei sistemi penali nazionali.

E penso anche alle, forse meno note, sentenze *Gestoras*²² e *Segi*²³ del 2007 in cui la Corte, investita della richiesta di risarcimento danni derivante dall'iscrizione dei ricorrenti nell'elenco di coloro cui si applicano misure antiterrorismo ai sensi di una posizione comune adottata in base all'*art. 34 TUE*, pur negando che tra i rimedi giuridici del terzo pilastro vi sia il ricorso per il risarcimento dei danni, ha fissato due principi che permettono per altra via di assicurare tutela giurisdizionale a coloro i cui interessi siano toccati dagli atti in questione. Il primo principio concerne la possibilità di un più ampio sindacato attraverso la riqualficazione dell'atto quale atto suscettibile di produrre effetti giuridici e dunque oggetto di rinvio pregiudiziale alla Corte *ex art. 35 TUE*²⁴. Il secondo principio muove dalla giurisprudenza comunitaria *Union de Pequeños Agricultores* del 2002, secondo cui spetta agli Stati membri, in particolare agli

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285 ss.; v. i commenti di F. KAUFF-GAZIN, in *Europe, Jurisclasseur*, Août-Septembre 2005, p. 10 ss.; F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme sconfinava nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, 2006, p. 157 ss.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2007, causa C-354/04 P, *Gestoras*, *Raccolta*, p. I-1579 ss.

²³ Sentenza della Corte di giustizia del 27 febbraio 2007, causa C-355/04 P, *Segi*, *Raccolta*, p. I-1657 ss.

²⁴ Le posizioni comuni ai sensi dell'*art. 34 TUE* non producono di per sé effetti giuridici verso i terzi, quindi non possono essere né impugnate direttamente, né costituire oggetto di interpretazione in via pregiudiziale *ex art. 35 TUE*. Facendo applicazione della *giurisprudenza AETS* (sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Raccolta*, p. 263 ss., punto 38 ss.) secondo cui il giudice comunitario deve poter essere adito riguardo a tutti gli atti produttivi di effetti giuridici a prescindere dalla loro denominazione, la Corte ha affermato che anche l'*art. 35 TUE* vada interpretato in tal senso se la posizione comune, come nel caso di specie, ha tali caratteristiche. Tale soluzione è necessaria per salvaguardare l'effetto utile dell'*art. 35*, in particolare par. 1.

organi giudiziari, interpretare e applicare le norme processuali nazionali disciplinanti il diritto di azione in modo da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziaria la legittimità di ogni provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto dell'UE e di chiedere, se del caso, il risarcimento dei danni subiti.

Sotto il secondo profilo, cito la pronuncia *reati ambientali*²⁵, relativa alla delimitazione di competenze tra primo e terzo pilastro, in cui la Corte ha utilizzato, nell'interpretazione di una decisione quadro in materia di sanzioni penali per reati ambientali gravi, criteri interpretativi elaborati in ambito comunitario relativi alla scelta della base giuridica²⁶. Basandosi sulla considerazione che la preminenza della tutela ambientale, confermata anche dal posto che essa occupa negli articoli preliminari del TCE, conferisce poteri impliciti, la Corte ha concluso che "in ragione della loro finalità e del loro contenuto, le disposizioni della decisione quadro hanno ad oggetto principale la protezione dell'ambiente e avrebbero potuto essere validamente adottate sulla base dell'art. 175 TCE". In tal modo la Corte ha affermato che incombe alla Comunità definire l'incriminazione dei comportamenti che pregiudicano gravemente l'ambiente, ha ritenuto di competenza comunitaria l'adozione di provvedimenti che impongono agli Stati membri la previsione di sanzioni penali necessarie a garantire la piena efficacia delle norme comunitarie in materia ambientale e ha annullato la decisione quadro in quanto sconfinava nelle competenze comunitarie²⁷.

4. Va evidenziato che queste pronunce sono intervenute nel periodo di *impasse* del processo di integrazione conseguente all'esito negativo dei *referendum* francese e olandese sul Trattato costituzionale.

In dottrina si è sottolineato che la Corte ha ripreso con sentenze audaci²⁸ a promuovere lo sviluppo del processo di integrazione nell'ottica dell'unità dell'ordinamento giuridico (abbattimento dei pilastri) svolgendo un ruolo sup-

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Raccolta*, p. I-7879. Il Consiglio aveva adottato una decisione quadro sulla base degli articoli 29, 31, par. 1, e 34, par. 2, lett. b) TUE, che richiedeva agli Stati membri di assicurare che i reati ambientali gravi fossero puniti con sanzioni penali. La Commissione, ritenendo che la materia fosse di competenza comunitaria (art. 175 TCE), presentò un ricorso *ex art. 35 TUE* chiedendo l'annullamento della decisione quadro per violazione di una competenza comunitaria. Sulla base della giurisprudenza "visti di transito aeroportuale" la Corte ha ritenuto ricevibile il ricorso, ha ritenuto che la Comunità avesse competenza ad imporre l'obbligo agli Stati membri di prevedere sanzioni penali per specifici reati ambientali e ha annullato la decisione quadro.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-939 ss., punto 7, ove la Corte fa riferimento alla valutazione dell'oggetto e dello scopo dell'atto impugnato o, nel caso che l'atto persegua più obiettivi, alla valutazione della finalità prevalente.

²⁷ J. F. CASTILLO GARCIA, *The Power of the European Community to Impose Criminal Penalties*, in *Eipascope*, 2005, p. 27 ss.

²⁸ E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, *Actualité du droit communautaire*, in *Actualités juridiques. Droit administratif*, 2005, p. 2335.

pletivo della volontà degli Stati nella realizzazione di taluni obiettivi compromessi dalla stasi del processo di riforma²⁹.

In particolare, sono state mosse critiche sia di carattere generale (si evidenzia che la Corte ha operato un'interpretazione conforme al ... Trattato costituzionale che aveva eliminato i pilastri; che c'è il tentativo di far rientrare dalla finestra il Trattato costituzionale uscito dalla porta; che aleggia lo spettro del "governo dei giudici"³⁰) sia con specifico riguardo ai problemi che potrebbero derivare dall'applicazione al terzo pilastro di principi "comunitari", quali quello di leale cooperazione, dell'effetto utile o della riquilificazione degli atti: si evidenzia, ad esempio, che la sentenza *Pupino* potrebbe avere ulteriori sviluppi per quanto concerne l'estensione alle decisioni quadro di principi elaborati rispetto alle direttive, ad esempio nella giurisprudenza *Francovich*³¹; che la sentenza *reati ambientali* stessa sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva nel senso che si tratterebbe di una sentenza di principio che va al di là della normativa ambientale, e quindi sarebbe possibile prevedere misure penali per garantire la piena effettività di una politica comunitaria o di una delle libertà. In tale ultimo senso sembra muoversi la Commissione nella Comunicazione sulle conseguenze della sentenza³². Un'interpretazione della sentenza più restrittiva è stata sostenuta invece dal Consiglio informale GAI di Vienna di gennaio 2006.

La prospettiva sostenuta dalla dottrina e dagli Stati sembra essere stata accolta dalla Corte costituzionale tedesca nella sentenza del 2005, in cui ha dichiarato incostituzionale la legge di trasposizione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo³³, rafforzando in tal modo quanto già espresso nella Maastricht *Urteil* in ordine alla differenza tra diritto comunitario e diritto UE³⁴.

Peraltro, va rilevato che la sentenza della Corte costituzionale tedesca segue di un mese la sentenza *Pupino*. Sembra di assistere a un *dejà vu*, a quel dialogo tra Corti avviato nei primi anni di vita della Comunità relativamente ai rapporti diritto comunitario/diritto degli Stati membri.

Indubbiamente, la tesi dell'unità è la sola costruzione giuridica capace di spiegare le decisioni richiamate in cui la Corte ha applicato al TUE e agli strumenti giuridici adottati ai sensi del terzo pilastro alcuni principi sviluppati in base al TCE.

²⁹ C. MORVIDUCCI, *Unità del sistema e articolazione in pilastri nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, dell'8 agosto 2007, consultabile *on line* sul sito *Federalismi.it*.

³⁰ V. il commento di F. RICCARDI, in *Agence Europe*, 26 gennaio 2006, n. 9117.

³¹ Cfr. C. W. HERRMANN, *Much Ado about Pluto? The "Unity of the Legal Order of the European Union" Revisited*, in *EUI Working Paper*, 2007, n. 5, p. 3; E. CANNIZZARO, M. E. BARTOLONI, *La "costituzionalizzazione" del terzo pilastro dell'Unione europea*, in *DUE*, 2007, p. 471 ss., spec. p. 474 ss.; M. CONDINANZI, *Fonti del "terzo pilastro" dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, *ivi*, 2007, p. 513 ss., partic. p. 530 ss.

³² Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio sulle conseguenze della sentenza della Corte del 13 settembre 2005 (causa C-176/03) del 23 novembre 2005, COM(2005)583 def./2.

³³ C. W. HERRMANN, *op. cit.*, p. 3, considera la sentenza in parola come un segnale alla Corte di giustizia di non ignorare le differenze tra TCE e TUE.

³⁴ In dottrina si è evidenziato che la Corte costituzionale tedesca ha ignorato l'obbligo di interpretazione conforme, v. C. W. HERRMANN, *op. loc. cit.*

La giurisprudenza citata indubbiamente rappresenta un importante passo nel processo verso la necessaria comunitarizzazione del terzo pilastro al fine di realizzare l'obiettivo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tuttavia la stessa Corte ha usato cautela quando nella sentenza *reati ambientali* ha configurato la competenza comunitaria come strumentale al principio di effettività del diritto comunitario³⁵ e ne ha delineato i limiti: il diritto dell'ambiente, in particolare la piena efficacia della tutela ambientale; la procedura, che prevede la codecisione del Parlamento europeo; la competenza degli Stati membri a determinare le sanzioni penali applicabili³⁶.

Pertanto, se la sentenza costituisce un passo avanti del diritto comunitario, essa non rimette in discussione la struttura a pilastri³⁷.

Una conferma è data dalle sentenze *Yusuf e Kadi* in cui il Tribunale di primo grado ha escluso che l'interoperatività dei Trattati possa riferirsi ai rispettivi obiettivi³⁸. In particolare, esso ha negato che l'art. 308 TCE possa essere utilizzato per realizzare gli obiettivi degli altri due pilastri, enfatizzando la coesistenza dell'Unione e della Comunità come ordinamenti giuridici *integrati ma distinti*.

Del resto, il giudice comunitario è perfettamente consapevole che il riconoscimento della competenza penale alla Comunità deve fare i conti con il *deficit* democratico, frequentemente denunciato in ambito comunitario e che assume qui un rilievo particolare da giustificare la persistente riluttanza degli Stati membri ad abbandonare le proprie prerogative sovrane.

È lo schema decisionale dell'Unione che è in causa!

Tuttavia, a medio termine, l'empirismo resta la via migliore di cui la Corte si serve per garantire l'efficacia della normativa sostanziale e per la realizzazione progressiva di uno spazio giudiziario effettivo.

5. In tale prospettiva è da chiedersi quali sono le novità del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e quale è il suo contributo per la creazione di uno spazio di libertà, sicurezza, giustizia.

³⁵ La Corte non fa riferimento all'art. 10 TCE; sul punto, v. H. LABAYLE, *L'ouverture de la jarre de Pandore sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, in *CDE*, 2006, p. 379 ss., p. 411.

³⁶ In tal senso, D. RUIZ-JARABO COLOMER, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal en matière de protection de l'environnement*, in M. L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, p. 125 ss., partic. p. 141.

³⁷ D. RUIZ-JARABO COLOMER, *op. cit.*, p. 141.

³⁸ Emanate entrambe il 21 settembre 2006, causa T-306/01, *Yusuf, Raccolta*, p. II-3533, e causa T-315/01, *Kadi, ibi*, p. II-3649, riguardano la possibile interconnessione degli obiettivi del TCE e TUE. Il caso concerneva il congelamento dei beni nel quadro della lotta al terrorismo. Al fine di dare esecuzione a una decisione del Consiglio di sicurezza, l'UE e la CE hanno adottato alcuni strumenti giuridici, tra questi un regolamento CE basato sugli articoli 60, 301 e 308 TCE. Sulla problematica in parola, v. U. VILLANI, *L'attuazione da parte dell'Unione europea delle decisioni del Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace e la lotta al terrorismo*, in M. L. TUFANO (a cura di), *op. cit.*, p. 163.

Lo scenario che si intravede sembra caratterizzato dall'”abbattimento dei pilastri” – quindi dal superamento della distinzione tra metodo comunitario e metodo intergovernativo – per quanto riguarda:

- 1) gli atti;
- 2) la procedura legislativa ordinaria (la procedura di codecisione e il voto a maggioranza) in molti campi³⁹;
- 3) la competenza della Corte⁴⁰;
- 4) il controllo della sussidiarietà da parte dei Parlamenti nazionali⁴¹.

Di contro, va rilevata anche:

- 1) la persistenza del voto all'unanimità in alcune disposizioni⁴²;
- 2) la previsione della procedura legislativa speciale, con relativa consultazione del Parlamento europeo, in altre⁴³;
- 3) la permanenza del potere di iniziativa degli Stati⁴⁴;
- 4) l'esclusione della competenza della Corte sulle operazioni di polizia o sulle azioni degli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna.

A ciò si aggiunga la previsione, oltre a numerose deroghe preesistenti⁴⁵, di svariate forme di flessibilità: il c.d. freno di emergenza, cioè la possibilità di sospendere la decisione in seno al Consiglio e rimetterla al Consiglio europeo, l'*opting out* di uno Stato dalla decisione assunta dal Consiglio europeo, la predisposizione di procedure semplificate per l'istituzione di cooperazioni rafforzate⁴⁶. Tali forme di flessibilità consentono agli Stati che non siano disposti a limitazioni di sovranità di non partecipare a determinate azioni.

³⁹ I campi sono il riconoscimento delle sentenze (art. 69 E); le norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità a dimensione transnazionale (art. 69 F); le misure di incentivo e sostegno all'azione degli Stati membri nella prevenzione della criminalità (art. 69 G); le caratteristiche di Eurojust (art. 69 H); la cooperazione di polizia; le caratteristiche di Europol (art. 69 H).

⁴⁰ Cfr. art. 240 *ter* sulla competenza della Corte in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁴¹ Art. 63.

⁴² Decisione del Consiglio che estende gli elementi specifici della procedura penale in cui si possono stabilire norme minime (art. 69 E) e estensione delle sfere di criminalità in cui possono stabilirsi norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni (art. 69 F); istituzione e statuto della Procura europea (art. 69 I).

⁴³ In particolare, in materia di cooperazione operativa di polizia (art. 69 J) e di azioni in collegamento e d'intesa tra autorità statali (art. 69 L).

⁴⁴ Art. 68. Tuttavia mentre attualmente tale potere è esercitabile da parte di un solo Stato (art. 34 TUE), secondo il nuovo Trattato sarà necessario che l'iniziativa provenga da un quarto degli Stati.

⁴⁵ La particolare situazione della Danimarca con riferimento all'*acquis* di Schengen assorbito dai Trattati, l'*opting out* di Regno Unito e Irlanda, che, attualmente vigente per la cooperazione in materia di libera circolazione delle persone, è esteso nel nuovo Trattato a tutto lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

⁴⁶ Queste forme di flessibilità riguardano: 1) la cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 69 E); 2) le norme minime in materia di reati e sanzioni (art. 69 F); 3) l'istituzione della Procura europea (art. 69 I); 4) la cooperazione di polizia (art. 69 J).

Questi elementi di differenza dal metodo comunitario fanno ritenere che i limiti del processo decisionale non sono completamente rimossi e che il sistema non si è ancora dotato delle garanzie democratiche pretese dagli Stati membri per accettare sostanziali limitazioni della loro sovranità in materia penale.

In questo scenario poco chiaro è presumibile che la Corte continuerà ad avere un atteggiamento di prudenza; prudenza che ha, peraltro, manifestato ancora nella recentissima sentenza *Repressione dell'inquinamento provocato da navi*⁴⁷ in cui essa ha annullato la decisione quadro in materia di inquinamento provocato da navi, riconoscendone lo sconfinamento nelle competenze in materia di trasporti di cui all'art. 80 TCE⁴⁸. Richiamando la sentenza *reati ambientali*, la Corte ribadisce la competenza comunitaria ad obbligare gli Stati ad adottare sanzioni penali per garantire l'efficacia delle norme adottate nel campo della sicurezza marittima, la cui inosservanza può avere gravi conseguenze per l'ambiente. Diversamente la Corte ha ritenuto per quanto riguarda la determinazione del tipo e della misura delle sanzioni penali applicabili che restano di competenza degli Stati.

⁴⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*. La sentenza riguarda un ricorso in cui la Commissione ha richiesto l'annullamento della decisione quadro del Consiglio 12 luglio 2005/667/GAI, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato da navi.

⁴⁸ Sulla problematica in parola, v. L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il "caso" dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 769 ss.

Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*

SOMMARIO: 1. Premessa e oggetto del lavoro. – 2. Le conseguenze giuridiche della *reductio ad unum* dello SLSG. – 3. Le novità istituzionali dello SLSG. – 4. Le basi giuridiche per la regolamentazione dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione. – 5. Il valore giuridico della Carta e le norme in materia. – 6. L'evoluzione della cooperazione Schengen. – 7. Le proposte nel settore dell'immigrazione legale. – 8. Le proposte nel settore dell'immigrazione illegale. – 9. La revisione della regolamentazione del diritto di asilo. – 10. Le questioni relative alle banche dati Eurodac, SIS e VIS e le proposte per la raccolta dati dei soggiornanti fuori-termine e dei viaggiatori registrati. – 11. Gli sviluppi della politica nelle relazioni esterne. – 12. Conclusioni.

1. Il Trattato di Lisbona prevede nuove politiche comuni in materia di controlli alle frontiere, di asilo e di immigrazione, nell'ambito dello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia (titolo V TFUE). Le azioni si svilupperanno ora nel quadro sistematico di specifiche politiche, le cui caratteristiche fondamentali hanno già iniziato a delinearsi, nell'ambito del processo di attuazione dei Programmi di Tampere e dell'Aja¹.

* La numerazione degli articoli e dei Protocolli indicati nel presente lavoro segue la versione consolidata del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, Doc. 6655/08, Consiglio dell'Unione europea, Bruxelles, 15 aprile 2008 (reperibile *on line*). I riferimenti nel testo agli articoli del Trattato costituzionale sono limitati esclusivamente alle modifiche o omissioni operate dal Trattato di Lisbona.

¹ Nei limiti di questa trattazione rinviamo alle Conclusioni della presidenza del Consiglio europeo, Bruxelles, 14 dicembre 2007, paragrafi 16-26. L'evoluzione dell'azione comunitaria è racchiusa tra i due documenti, COM(2000)757 def., comunicazione su una politica comunitaria in materia di immigrazione, 22 novembre 2000 e COM(2007)780 def., Verso una politica comune di immigrazione, 5 dicembre 2007.

Molte delle considerazioni, che si possono svolgere in materia, sono debitorie delle analisi condotte sul testo del Trattato costituzionale², almeno in quanto “riprodotto” nel Trattato di Lisbona. Appare, comunque, utile analizzare le caratteristiche giuridiche dello SLSG³ e, specialmente, dei settori in parola, alla luce dell’*acquis* di questi ultimi anni, nonché delle proposte *in itinere*.

Negli ultimi anni, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Amsterdam sono stati adottati molti atti sulla base del titolo IV TCE, che, nella maggior parte dei

² V. tra gli altri, P. J. KUIJPER, *The Evolution of the Third Pillar from Maastricht to the European Constitution: Institutional Aspects*, in *CML Rev.*, 2004, p. 609 ss.; B. NASCIMBENE, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia in una prospettiva costituzionale europea*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell’Unione europea*, Milano, 2004, p. 273 ss.; ID., *Il Progetto di Costituzione europea e l’immigrazione*, in *Dir. imm.*, 2004, p. 13 ss.; ID., *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della costituzione europea*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 1295 ss.; ID., *Nuovi profili di competenza del giudice comunitario in materia di cooperazione giudiziaria*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 55 ss.; J. MONAR, *Justice and Home Affairs in the EU Constitutional Treaty: What Added Value for the “Area of freedom, security and justice”?*, in *EuConst*, 2005, p. 226 ss.; U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella “Costituzione europea”*, in *CI*, 2005, p. 643 ss. Sulla giurisdizione nel Trattato costituzionale, v. A. TIZZANO, *La “Costituzione europea” e il sistema giurisdizionale comunitario*, in *DUE*, 2003, p. 455 ss. In generale sulle riforme istituzionali, v. L. DANIELE, *Costituzione europea e riforma istituzionale dell’Unione*, *ivi*, 2006, p. 1 ss.

³ Per la trattazione del quadro giuridico generale in materia, nonché per ulteriori indicazioni giurisprudenziali e bibliografiche, ci sia consentito rinviare, *una tantum*, al nostro lavoro, *L’evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un’Unione basata sul diritto*, in questa *Rivista*, 2007, p. 335 ss. In dottrina, *ex pluribus*, v. L. S. ROSSI, *Verso una parziale “comunitarizzazione” del terzo pilastro*, in *DUE*, 1997, p. 448 ss.; N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Giustizia e Affari Interni nell’Unione europea. Il terzo pilastro del Trattato di Maastricht* (con appendice di aggiornamento), Torino, 1998; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 227 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 (ed.), *Europe’s Area of Freedom, Security and Justice*, Oxford, 2004; T. BALZACQ, S. CARRERA, *The Hague Programme: The Long Road to Freedom, Security and Justice*, in T. BALZACQ, S. CARRERA (eds.), *Security versus Freedom: A Challenge for Europe’s Future*, Aldershot, 2006; C. FIJNAUT, *The Hague Programme and Police Cooperation between Member States of the EU*, in J. W. DE ZWAAN, F. A. N. J. GOUDAPPEL (eds.), *Freedom, Security and Justice in the EU*, The Hague, 2006, p. 233 ss.; U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Lo “Spazio di libertà, sicurezza e giustizia” dell’Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, 2007; G. GAJA, *Caratteri del diritto dell’Unione europea concernenti il secondo e terzo pilastro*, in P. FOIS, R. CLERICI (a cura di), *I caratteri del diritto dell’Unione europea*, Padova, 2007, p. 31 ss.; S. PEERS, *Salvation outside the Church: Judicial Protection in the Third Pillar after the Pupino and Segi Judgments*, in *CML Rev.*, 2007, p. 883 ss. Per i primi commenti sulla materia, dopo il Trattato di Lisbona, E. CANNIZZARO, M. E. BARTOLONI, *La «costituzionalizzazione» del terzo pilastro dell’Unione europea*, in *DUE*, 2007, p. 471 ss.; F. MUNARI, C. AMALFITANO, *Il «terzo pilastro» dell’Unione: problematiche istituzionali, sviluppi giurisprudenziali, prospettive*, *ivi*, p. 773 ss.; V. HATZPOULOS, *With or without You – Judging Politically in the Field of Area of Freedom, Security and Justice*, in *ELR*, 2008, p. 44 ss.; R. CAFARI PANICO, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel Trattato di riforma: le disposizioni generali*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1 (www.sudineuropa.net, reperibile on line).

casi, rappresentano uno sviluppo dell'*acquis* di Schengen. Non mancano, però, anche atti basati sulle norme del titolo VI TUE (terzo pilastro).

Sui temi politicamente più rilevanti, la legislazione comunitaria in vigore si caratterizza per la flessibilità della tecnica legislativa utilizzata e per il riconoscimento di deroghe a favore degli Stati membri. La Corte di giustizia, nell'interpretare, ad esempio, la direttiva sul ricongiungimento familiare, ha considerato tali deroghe come "l'espressione della difficoltà di procedere ad un ravvicinamento delle legislazioni in un settore che, sino a quel momento, ricadeva unicamente nella competenza degli Stati membri"⁴.

La competenza per il controllo delle frontiere, comprensiva della disciplina dei visti, ha registrato una rapida evoluzione verso lo sviluppo di una disciplina comune dell'Unione e dello spazio Schengen. Tale politica ha per oggetto anche la libertà di movimento dei cittadini dell'Unione, a differenza delle politiche dell'asilo e dell'immigrazione, che riguardano solo i cittadini degli Stati terzi. Le misure riguardano: la gestione dei visti, le disposizioni sull'attività degli organi esterni degli Stati membri (consolati), la collaborazione con i Paesi terzi confinanti e le procedure di attraversamento della frontiera. Il nuovo concetto di "gestione integrata delle frontiere" implica, poi, anche meccanismi operativi con caratteristiche di "amministrazione comune" o di tipo intergovernativo, soprattutto nell'alveo dell'Agenzia Frontex (operativa dalla seconda metà del 2005). Infine, complesse appaiono le questioni giuridiche dei collegamenti tra le banche-dati *ad hoc*, finanziate a livello comunitario e gestite, almeno in prospettiva, da organi comunitari.

Per quanto riguarda l'asilo, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali sarà oggetto, nei prossimi anni, di una nuova fase⁵. Il Piano d'azione per l'attuazione del programma dell'Aja prevede la creazione, entro il 2010, quale parte qualificante dello SLSG, di un regime europeo, costituito da una procedura comune ed uno *status* uniforme dei rifugiati, oltre che dal trattamento convergente delle questioni della protezione umanitaria. Lo "spazio unico di protezione" sarà basato sull'applicazione del sistema di Ginevra e sui valori umanitari comuni a tutti gli Stati membri.

In materia di immigrazione, la normativa comunitaria non disciplina ancora compiutamente l'interconnessione tra i due *volet* che la caratterizzano (immigrazione regolare/legale ed irregolare/illegale)⁶. Nel settore dell'*immigrazione*

⁴ V. direttiva del Consiglio, del 22 settembre 2003, 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, *GUUE* L 251, p. 12. Sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio, Raccolta*, p. I-5769, punto 102.

⁵ V. COM(2007)301 def., Libro verde sul futuro regime comune europeo in materia di asilo, 6 giugno 2007.

⁶ V. comunicazione della Commissione COM(2004)412 def., Studio sulle connessioni tra migrazione legale e illegale, 4 giugno 2004. In dottrina, v. specialmente, R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, in *DUE*, 2004, p. 723 ss.; E. GUILD, *Who is an Irregular Immigrant*, in B. BOGUSZ, R. CHOLEWINSKI, A. CYGAN, E. SZYSZCZAK (eds.), *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*, Leiden, 2004, p. 159 ss.

legale si è ormai rinunciato, dopo anni di stallo del negoziato, all'armonizzazione delle regole sull'ammissione per motivi di lavoro e sulla decadenza dall'autorizzazione al soggiorno. Così, una recente proposta di direttiva si limita solo all'effettività ed equivalenza delle procedure amministrative e delle garanzie processuali nelle legislazioni nazionali⁷. Si discute, poi, da anni, senza successo, della proposta di direttiva sull'allontanamento o sul ritorno volontario⁸. Sul contrasto dell'*immigrazione illegale* si è, invece, consolidato notevolmente l'*acquis* di Schengen, che si collega alla cooperazione per il controllo delle frontiere.

In generale, l'intera disciplina comunitaria su controlli alle frontiere, asilo e immigrazione si è sviluppata sulla base di un approccio pragmatico di adattamento alle esigenze della *sicurezza*. È evidente, però, che l'accrescimento generalizzato dei controlli produce rischi per la tutela dei diritti fondamentali e per l'effettività dei rimedi giurisdizionali, vale a dire, per le componenti dello SLSG (libertà e giustizia), determinanti per lo sviluppo di una "comunità di diritto". Inoltre, si può anche revocare in dubbio che l'azione comunitaria sia sempre improntata correttamente ai principi di sussidiarietà e proporzionalità. Si pensi, ad esempio, da un lato, al "vuoto legislativo" sull'ammissione per motivi di lavoro, che rappresenta la vera e unica motivazione di qualsiasi movimento migratorio; dall'altro, alla panoplia di misure per contrastare l'ingresso o "sanzionare" la permanenza dei cittadini degli Stati terzi, quando il soggiorno non sia (o non sia più) autorizzato.

Tuttavia, occorre prendere atto delle posizioni prevalenti a riguardo tra gli Stati membri. Anche da parte del Regno Unito, le cui posizioni sono, in generale, contrarie al trasferimento di nuovi poteri all'Unione in materia di giustizia e affari interni, si riscontra un atteggiamento favorevole alla cooperazione di polizia, anche nel contesto dell'*acquis* di Schengen. L'Irlanda ha, peraltro, dichiarato, negli Atti allegati alla Conferenza di Lisbona, che riconsidererà, entro tre anni dall'entrata in vigore del Trattato, la possibilità di rinunciare alle deroghe a suo favore e di partecipare *pleno iure* allo SLSG⁹. In ogni caso, il Parlamento europeo potrà dare il suo contributo, nel prossimo futuro, al bilanciamento degli interessi in gioco tra libertà e sicurezza, promuovendo i diritti fondamentali nel processo legislativo ordinario.

In questo lavoro, esamineremo le novità istituzionali dei Trattati riformati e della Carta dei diritti fondamentali e ci limiteremo ad analizzare i processi deci-

⁷ COM(2007)638 def., proposta di direttiva del Consiglio relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di Paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e a un insieme comune di diritti per i lavoratori di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro, 23 ottobre 2007.

⁸ COM(2005)391 def., proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente, 1 novembre 2005.

⁹ Dichiarazione dell'Irlanda relativa all'articolo 3 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, Allegato n. 56 all'Atto finale della Conferenza intergovernativa.

sionali *in itinere* in materia di controlli alle frontiere, di asilo e di immigrazione, per tracciarne le tendenze e le questioni aperte¹⁰. La trattazione di profili comuni renderà necessario il riferimento anche ad altri settori dello SLSG, quali la cooperazione penale e di polizia in materia penale o la cooperazione in materia civile, che restano però esclusi dall'ambito di riflessione.

2. Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione si collocano nella nuova architettura unificata dello SLSG e sollevano, in parte, questioni relative al processo di costituzionalizzazione del terzo pilastro.

Sul piano dei principi costituzionali, i “valori” posti alla base dell'azione dell'Unione europea (tolleranza, giustizia, solidarietà ed eguaglianza tra uomini e donne) hanno un particolare impatto giuridico sul trattamento degli stranieri (art. 2 TUE nuovo)¹¹. Si tratta di un'enunciazione dei fondamenti di un ordinamento democratico, nel quale i diritti umani non dipendono dalla cittadinanza dell'Unione.

Secondo il nuovo Trattato, lo SLSG assicura “la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione e la lotta della criminalità” (art. 3, par. 2 TUE nuovo). In questa definizione, però, il collegamento tra i vari settori assume una connotazione semantica di segno negativo. Lo SLSG rappresenta, comunque, una dimensione integrativa del mercato unico, il cui concetto giuridico viene definito come “spazio senza frontiere interne”, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali (art. 3, par. 2 TUE nuovo e art. 14, par. 2 TCE, ripreso senza modifiche dall'art. 26, par. 2 TFUE).

Per le competenze dello SLSG a carattere concorrente (art. 4, par. 2, lett. j TFUE), vale il principio che gli Stati membri conservano la propria competenza sino al momento in cui l'Unione non procede all'esercizio della propria (art. 2, par. 2 TFUE)¹². Il Protocollo *ad hoc*, allegato al Trattato di riforma, precisa che

¹⁰ Per un approfondimento della disciplina in vigore, rinviamo ai numerosi contributi in dottrina. Tra i più recenti, v. B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; L. S. ROSSI, E. BERGAMINI, *Gli stranieri*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2006, II ed., p. 128 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed.; G. PAPAGIANNI, *Institutional and Policy Dynamics of EU Migration Law*, Leiden, 2006; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006; A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice?: EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford, 2007. Per un quadro completo della materia, si segnala specialmente l'esattivo lavoro di G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006.

¹¹ A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea*, in *DPCE*, 2005, p. 574 ss. Per ulteriori riferimenti, v. T. RUSSO, *Le norme “anti-deficit” democratico nell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2007, p. 589 ss.

¹² In altri termini, gli Stati “dipendono” dalle decisioni dell'Unione e conservano, in via eccezionale, la potestà di disciplinare “direttamente” solo alcune materie (ricerca, sviluppo tecnologico e dello spazio, cooperazione allo sviluppo e aiuto umanitario, art. 4, paragrafi 3 e 4 TFUE). Sul sistema delle competenze, v. per tutti A. VON BOGDANDY, J. BAST, *I poteri dell'Unione: una*

l'esercizio della competenza concorrente deve considerarsi limitato agli "elementi disciplinati" dai singoli atti normativi e non si estende all'intero settore. Come in altre disposizioni del nuovo Trattato, e del suo corredo di protocolli e dichiarazioni, questa affermazione rappresenta una enunciazione di carattere politico e una ripetizione pleonastica del *principio di competenze di attribuzione* dell'Unione. In ogni caso, la maggior parte delle competenze, in materia di controlli alle frontiere, asilo e immigrazione, appartiene, in concreto, ancora agli Stati membri, perché l'Unione europea non ne ha esercitato, ad oggi, che una parte piuttosto limitata. Paradossalmente, si potrebbe dire che, per questa ragione, esiste una procedura per l'informazione reciproca tra gli Stati membri in tali materie¹³.

Quale conseguenza dell'esigenza di compromesso tra le diverse posizioni, si registra ora, così come già avvenuto in occasione del Trattato di Amsterdam, il ricorso ad un regime transitorio parziale. Gli atti adottati sulla base del titolo IV TCE¹⁴, al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, saranno oggetto di costituzionalizzazione automatica, vale a dire, di estensione/genera-

questione di competenza. L'ordine verticale delle competenze e proposte per le sue riforme, in *RIDPC*, 2002, p. 303 ss. (anche in *CML Rev.*, 2002, p. 227 ss.); da ultimo R. MASTROIANNI, *Competenze delle comunità europee*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 1091. Sulla dottrina della *pre-emption*, v. A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *ELR*, 1998, p. 132 ss.; R. SCHÜTZE, *Supremacy without Pre-emption? The Very Slowly Emergent Doctrine of Community Pre-emption*, in *CML Rev.*, 2006, p. 1023 ss.; A. SPADARO, *Sulla finzione della c.d. potestà legislativa concorrente degli Stati: i riverberi sull'Unione e sul principio di sussidiarietà*, in *Pol. dir.*, 2007, p. 125 ss.

Nel medesimo Protocollo sulle competenze concorrenti, si revoca però in dubbio l'irreversibilità dell'*acquis* comunitario, di cui si ricorda la possibilità di revisione in occasione di conferenze intergovernative (art. 48 TUE). Secondo il diritto internazionale e comunitario, gli Stati membri sono "padroni del Trattato", ma sinora mai un'affermazione ufficiale a riguardo era stata così esplicita. Peraltro, in una dichiarazione *ad hoc*, allegata agli atti della Conferenza di Lisbona, si ritrova una precisazione di valore giuridico "quasi nullo", secondo cui il Consiglio potrà avanzare richieste di abrogazione di atti legislativi in vigore, sulla base dei principi di sussidiarietà e proporzionalità; la Commissione "presterà particolare attenzione a queste richieste". Si tratta di un compromesso politico che annulla del tutto il carattere giuridico dell'originaria proposta che avrebbe potuto minare il monopolio dell'iniziativa legislativa.

¹³ Decisione 2006/688/CE del Consiglio, del 5 ottobre 2006, che istituisce un meccanismo d'informazione reciproca sulle misure degli Stati membri nei settori dell'asilo e dell'immigrazione, *GUUE* L 283, 14 ottobre 2006, p. 40.

¹⁴ In dottrina, v. tra i tanti, C. CURTI GIALDINO, *Schengen e il terzo pilastro: il controllo giurisdizionale secondo il Trattato di Amsterdam*, in *RDE*, 1998, p. 41 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.; I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il Terzo Pilastro dell'Unione europea*, in *CI*, 2000, p. 477 ss.; G. L. TOSATO, *Atti giuridici vincolanti e competenze della Corte comunitaria nell'ambito del "terzo pilastro"*, in A. COLOMBO, N. RONZITTI (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2000, p. 331 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.; L. DANIELE, *Commento all'art. 35 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 142 ss.

lizzazione del diritto comunitario (*melius*, del nuovo diritto dell'Unione europea, che ne prende il posto)¹⁵. Invece, gli atti “provenienti” dal titolo VI TUE completeranno il processo in parola solo alla fine di tale periodo, in considerazione dei cambiamenti istituzionali più radicali: adeguamento del *nomen* ed effetti giuridici da questo conseguenti, quali modifica della procedura decisionale, ampliamento della competenza della Corte ai procedimenti pregiudiziali provenienti da tutti gli Stati membri, pieni poteri della Commissione nella procedura di infrazione. Si pensi, infine, alla straordinaria differenza di ruolo del Parlamento europeo, in caso di adozione di un atto nell'ambito del terzo pilastro¹⁶ o secondo il nuovo regime decisionale.

Tuttavia, l'applicazione del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie (art. 10) determinerà una fase di incertezza nel previsto periodo di cinque anni. Nel frattempo, gli atti adottati dall'Unione resteranno in vigore *tel quels* sino al momento in cui non verranno modificati¹⁷. Diversi scenari istituzionali alternativi sono ipotizzabili in questo periodo: da un lato, una possibile accelerazione dei negoziati in corso, su iniziativa di Stati membri che ritengano più vantaggioso il ricorso agli attuali meccanismi decisionali, ottenendo, così, l'applicazione del regime transitorio per misure del terzo pilastro, adottate, per così dire, *in limine*; dall'altro, in senso opposto, un rallentamento dei negoziati in corso, per evitare di dover procedere ad un successivo riadattamento degli atti appena adottati con l'attuale regime.

Secondo il diritto internazionale, nel periodo tra la firma e la ratifica del nuovo Trattato, gli Stati membri dovranno agire in buona fede e non ostacolare, in alcun modo, gli obiettivi convenzionali (art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969)¹⁸. In ogni caso, durante il periodo transitorio, in cui si svolgerà la revisione degli atti “provenienti dal terzo pilastro”, tutti gli attori istituzionali dovranno porre in essere comportamenti rispettosi del principio di leale collaborazione (art. 10 TCE)¹⁹.

¹⁵ Nel settore specifico dell'immigrazione illegale è già in vigore la procedura di co-decisione v. decisione 2004/927/CE del 22 dicembre 2004 del Consiglio, che assoggetta alcuni settori contemplati dal titolo IV, parte terza, del Trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'art. 251 di detto Trattato, *GUUE* L 396, 31 dicembre 2004, p. 45.

¹⁶ Il Consiglio deve richiedere un parere non vincolante al Parlamento europeo prima di adottare decisioni quadro, decisioni o testi di convenzioni (art. 39 TUE), mentre dopo la riforma nella stessa materia, il Parlamento europeo diverrà co-legislatore.

¹⁷ Una procedura particolare consente al Regno Unito di comunicare, almeno sei mesi prima della scadenza del periodo transitorio, di non accettare le nuove attribuzioni della Corte, con un effetto di *opting out* dalla disciplina dell'intero SLSC. In questa ipotesi, il Consiglio determinerebbe il necessario regime transitorio ed, eventualmente, le dirette conseguenze finanziarie a carico del Regno Unito per la sua mancata partecipazione.

¹⁸ Per un'interessante analisi delle conseguenze giuridiche nel periodo tra firma e ratifica del Trattato di Amsterdam, v. P. J. KUIJPER, *Some Legal Problems Associated with the Communitarization of Policy on Visas, Asylum and Immigration under the Amsterdam Treaty and Incorporation of the Schengen Acquis*, in *CML Rev.*, 2000, p. 345 ss., spec. p. 363 ss.

¹⁹ Secondo quanto previsto dal Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, la realizzazione effettiva del regime unitario dello SLSC non si realizzerà automaticamente, ma il regime applica-

Certamente, la scelta più coerente sarebbe l'attivazione della clausola-passeggera da parte del Consiglio (art. 42 TUE), che consentirebbe di applicare, sin d'ora, il regime comunitario alla cooperazione giudiziaria in materia penale e alla cooperazione di polizia. In ogni caso, se quest'ultima opzione non verrà prescelta, come è facile prevedere, non sembra possano discendere conseguenze giuridiche dall'adozione di misure giuridiche *sub specie* di *decisione o decisione quadro*, piuttosto che di *regolamento o direttiva*. Si potrebbe sostenere, a nostro avviso inutilmente, che si tratta di "uno sviamento di potere", in riferimento ad un concetto giuridico sempre di difficile individuazione nella categoria dei vizi di validità degli atti comunitari.

Nelle materie oggetto di questo lavoro, saranno interessati alla trasformazione/costituzionalizzazione sia la *decisione quadro* sul favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, che la *decisione* per la costituzione della banca dati SIS II (in quanto adottata sulla doppia base giuridica del primo e del terzo pilastro). Si potrebbe determinare incertezza anche per taluni processi decisionali *in itinere*, quali la proposta di *decisione* sulla banca dati VIS (la cui adozione procede parallelamente a quella della direttiva per gli aspetti comunitari della stessa materia)²⁰, la proposta di *decisione quadro* per l'armonizzazione delle sanzioni contro il razzismo e la xenofobia²¹, nonché la proposta di *decisione quadro* sulla protezione dei dati personali nel terzo pilastro²². Diversamente, il processo di *unionizzazione* del Trattato di Prüm del 27 maggio 2005, tramite

bile agli atti del terzo pilastro resterà invariato sino al momento della loro revisione.

²⁰ Il quadro normativo per l'istituzione del VIS non è stato ancora del tutto completo, anche se esiste un orientamento generale. Per le proposte originarie del primo e del terzo pilastro, v. COM(2004)835 def., proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata, presentata, 28 dicembre 2004; COM(2005)600 def. Proposta di decisione del Consiglio relativa all'accesso per la consultazione al sistema di informazione visti (VIS) da parte delle autorità degli Stati membri competenti in materia di sicurezza interna e di Europol ai fini della prevenzione, dell'individuazione e dell'investigazione di atti terroristici e di altre gravi forme di criminalità, 24 novembre 2005.

²¹ COM(2001)664 def., Proposta di decisione-quadro del Consiglio sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia, 28 novembre 2001. Sulla proposta di decisione quadro, bloccata sino al 2006 dall'opposizione della delegazione italiana, è stato raggiunto un orientamento generale che, tra l'altro, prevede che siano punibili in tutti gli Stati membri dell'UE: l'istigazione pubblica alla violenza o all'odio, anche mediante la diffusione e la distribuzione pubblica di scritti, immagini o altro materiale, nei confronti di un gruppo di persone, o di un suo membro, definito rispetto alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica. Gli Stati membri possono decidere di rendere punibili soltanto i comportamenti atti a turbare la quiete pubblica o che sono minacciosi, vessatori o insultanti. Gli Stati membri provvederanno affinché i comportamenti di cui sopra siano resi punibili con la reclusione per una durata massima compresa almeno tra uno e tre anni. La decisione quadro non avrà effetti sulla libertà di espressione (è così possibile la propaganda) e di associazione (è possibile iscriversi e dirigere un'associazione) purché non collegati a comportamenti delittuosi. V. Comunicato stampa, 2794^a sessione del Consiglio dell'Unione europea GAI, tenutasi a Lussemburgo il 19 e 20 aprile 2007.

²² COM(2005)475 def., Proposta di decisione quadro del Consiglio sulla protezione dei dati personali Trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, 4 ottobre 2005.

l'adozione di una *decisione*²³, è certo ormai riguarderà solo i profili della cooperazione di polizia, ad esclusione, cioè, delle norme sull'immigrazione. Infine, l'iter negoziale del pacchetto di proposte della Commissione sui controlli alle frontiere (febbraio 2008), di cui diremo in seguito, dovrà svolgersi sotto l'egida del nuovo regime istituzionale.

A seguito delle sentenze della Corte di giustizia in materia ambientale (2005) e repressione dell'inquinamento delle navi (2007)²⁴, è entrato in crisi il mecca-

²³ Proposta di decisione del Consiglio dell'Unione europea sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo ed alla criminalità transfrontaliera su iniziativa di alcuni Stati membri, *GUUE* C 71, 28 marzo 2007, p. 35 ss. Non verranno riprese le norme del Trattato di Prüm relative al contrasto dell'immigrazione illegale, quali l'invio nei Paesi di provenienza dei flussi migratori clandestini di esperti in documenti falsi (art. 20) e l'assistenza reciproca nei provvedimenti di rimpatrio congiunto (art. 23). Malgrado la decisione non sia stata ancora adottata, esiste già una proposta della delegazione tedesca sulle misure esecutive, che estende quasi integralmente il regolamento di attuazione del Trattato di Prüm, v. Doc. 11045/07, progetto di decisione del Consiglio, 25 giugno 2007. Sulla base giuridica proposta, v. la differente posizione del PE, A6-0207/2007, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, relatore Fausto Correia, 24 giugno 2007, secondo cui l'iniziativa del Consiglio avrebbe dovuto assumere la forma di una decisione quadro (art. 34, par. 2, lett. b TUE) e non di una decisione (art. 34, par. 2, lett. c TUE).

²⁴ La Corte ha statuito che, malgrado, in via di principio, la legislazione penale e di procedura penale non rientrino nella competenza della Comunità, l'armonizzazione dell'obbligo di introdurre sanzioni deve rientrarvi, quando l'applicazione di sanzioni penali "effettive, proporzionate e dissuasive" da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile, v. sentenze della Corte di giustizia 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, I-1789 e 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio* (non ancora pubblicata). Per un commento, v. H. LABAYLE, *L'ouverture de la jarre de Pandore sur la compétence de la Communauté en matière pénale*, in *CDE*, 2006, p. 379 ss., p. 411; L. SCHIANO DI PEPE, *Competenze comunitarie e reati ambientali: il 'caso' dell'inquinamento provocato da navi*, in *DUE*, 2006, p. 769 ss.; C. TOBLER, 'Case C-176/03, *Commission v. Council, Judgement of the Grand Chamber of 13 September 2005*', in *CML Rev.*, 2006, p. 835 ss.; S. WHITE, *Harmonisation of Criminal Law under the First Pillar*, in *ELR*, 2006, p. 81 ss.; A. BERNARDI, *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in T. RAFARACI (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 193 ss.; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *L'incidence du droit communautaire sur le droit pénal en matière de protection de l'environnement*, in M. L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, p. 125 ss.; A. DAWES, O. LYNKEY, *The Ever-longer Arm of EC law: The Extension of Community Competence into the Field of Criminal Law*, in *CML Rev.*, 2008, p. 131 ss.

Nell'attuale contesto istituzionale appare meno rilevante la discussione sulla precisa determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali, che continuano a non rientrare nella competenza della Comunità, v. COM(2005)583 def., comunicazione in merito alle conseguenze della sentenza 13 settembre 2005 della Corte (C-176/03 *Commissione c. Consiglio*), 23 novembre 2005. A seguito delle due sentenze, la Commissione ha presentato proposte riviste, di cui non è facile prevenire il corso del processo decisionale considerata l'opposizione di numerosi Stati membri al nuovo equilibrio istituzionale, v. COM(2007)51 def., proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela penale dell'ambiente, 9 febbraio 2007; COM(2008)134 def., proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, 11 marzo 2008.

nismo del “doppio strumento”, vale a dire, dell’adozione parallela di una *direttiva*, per la base giuridica comunitaria, e di una *decisione quadro*, per gli aspetti relativi alle sanzioni penali (titolo VI TUE). In qualche modo, si è anticipata, così, l’unificazione dello SLSG, già prevista dal Trattato costituzionale, con il trasferimento del “baricentro” dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali a favore delle competenze comunitarie. La Corte ha reso possibile questo riassetto, sia pur parziale, delle competenze tra primo e terzo pilastro, interpretando evolutivamente il *principio di prevalenza*, previsto dall’art. 47 TUE, che costituisce la garanzia a favore del diritto comunitario dagli “sconfinamenti di campo” del diritto dell’Unione europea.

Vale la pena di ricordare, poi, che, non a caso, le due pronunce della Corte sono state promosse dalla Commissione, sulla base del suo (residuo) potere relativo alla legittimità degli atti adottati (art. 35, par. 6 TUE), nell’indisponibilità, nell’ambito del terzo pilastro, della procedura di infrazione. Anche con rimedi giurisdizionali “spuntati” è stato possibile, così, ugualmente determinare la costituzionalizzazione di alcuni aspetti dello SLSG, in una direzione che dovrà concludersi con la sua unificazione.

In questo senso, la proposta di direttiva sul contrasto allo sfruttamento del lavoro degli immigrati clandestini da parte dei datori di lavoro (2007)²⁵ appare, per il contenuto e le finalità di armonizzazione, proprio l’espressione del mutato equilibrio tra competenze del primo e terzo pilastro in materia penale, che accresce l’efficacia dell’azione dell’Unione e la deterrenza dei disvalori coinvolti nel fenomeno.

3. Il nuovo SLSG si basa sull’applicazione dei *principi di leale cooperazione e di reciproca fiducia* tra gli Stati membri. Quest’ultimo principio è alla base del mutuo riconoscimento nello SLSG²⁶, quale strumento complementare o sostitutivo dell’armonizzazione delle legislazioni nazionali per la realizzazione della cooperazione giudiziaria in materia penale. Si tratta della codificazione nel diritto primario del principio che ha reso possibile il rilancio della cooperazione in materia, a partire dalla decisione quadro sul mandato di arresto europeo²⁷.

²⁵ V. COM(2007)249 def., Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente nell’UE, 16 maggio 2007.

²⁶ V. COM(2005)195 def., comunicazione sul reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie in materia penale e il rafforzamento della reciproca fiducia tra Stati membri, 19 giugno 2005. In dottrina, v. S. PEERS, *Mutual Recognition and Criminal Law in the European Union: Has the Council Got It Wrong?*, in *CML Rev.*, 2004, p. 5 ss.; C. AMALFITANO, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell’Unione europea*, Milano, 2006, p. 355 ss.; I. BANTEKAS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Criminal Law*, in *ELR*, 2007, p. 365 ss.; M. POIARES MADURO, *So Close and yet so Far: The Paradoxes of Mutual Recognition*, in *JEPP*, 2007, special issue n. 5, p. 814 ss.

²⁷ In dottrina, *ex pluribus*, v. A. LANG, *Il mandato d’arresto europeo nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d’arresto europeo e garanzie*

Gli sviluppi futuri dello SLSG saranno improntati ad un approccio all' *integrazione giuridica progressiva*, che tenga in debito conto la situazione dei "diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri" (art. 67 TFUE). La formula utilizzata, che richiama quella utilizzata in materia di politica sociale (art. 136 TCE), esprime una specifica cautela istituzionale in un passaggio delicato e innovativo dell'integrazione europea in materie così sensibili per la sovranità degli Stati membri.

Un altro aspetto rilevante del nuovo Trattato riguarda il *principio di solidarietà e di equa ripartizione* della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario²⁸. Tale criterio, già richiamato dal Programma dell'Aja e dal Programma quadro sulla solidarietà e gestione dei flussi migratori, acquista così il valore di base giuridica per le future azioni comunitarie. Il medesimo principio determina, altresì, il trasferimento di poteri all'Unione europea per i flussi migratori nel settore della protezione umanitaria, in cui sono possibili misure temporanee, a beneficio di uno o più Stati membri, in situazione di emergenza dovuta all'afflusso improvviso e di massa di cittadini di Stati terzi (art 78, par. 3 TFUE). Si tratta, anche qui, di codificazione, a livello di diritto primario, di un criterio già affermato, ma in senso repressivo, con l'adozione del regolamento per la creazione di un dispositivo per fornire assistenza tecnica a uno Stato membro, che si trovi in situazione di "particolare pressione" alla frontiera esterna²⁹.

Gli aspetti istituzionali più innovativi per lo SLSG nel Trattato di riforma riguardano gli atti e la procedura decisionale, il ruolo del Consiglio europeo e dei parlamenti nazionali, la giurisdizione della Corte di giustizia.

Per gli atti, rispetto al Trattato costituzionale, non ne viene più modificato il *nomen*, e si definisce meglio la disciplina delle misure esecutive, tramite la distinzione tra atti esecutivi e atti delegati (articoli 290 e 291 TFUE)³⁰. Per la

della persona, Milano, 2004, p. 19 ss.; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione nel diritto italiano*, in *DUE*, 2005, p. 21 ss. e p. 203 ss.

²⁸ V. art. 80 TFUE e COM(2005)123 def., comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, che istituisce un programma quadro sulla solidarietà e gestione dei flussi migratori per il periodo 2007-2013, 6 aprile 2005. V. anche le decisioni del Parlamento e del Consiglio per l'istituzione dei Fondi europei per i rifugiati (Decisione n. 2007/573/CE, 23 maggio 2007, *GUUE* L 144, 6 giugno 2007, p. 1 ss.), le frontiere esterne (Decisione n. 2007/574/CE, 23 maggio 2007, *ivi*, p. 22 ss.) e i rimpatri (Decisione n. 2007/575/CE, 23 maggio 2007, *ivi*, p. 45 ss.), nonché la decisione del Consiglio n. 435/2007/CE per l'istituzione del Fondo europeo per l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi, *GUUE* L 168, 25 giugno 2007, p. 18 ss.

²⁹ V. regolamento (CE) n. 863/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un meccanismo per la creazione di squadre di intervento rapido alle frontiere e modifica il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio limitatamente a tale meccanismo e disciplina i compiti e le competenze degli agenti distaccati, *GUUE* L 199, 31 luglio 2007, p. 30.

³⁰ Si tratterà di tornare a modificare gli atti oggetto di recenti adeguamenti alla nuova procedura di regolamentazione con controllo (art. 5 *bis* della decisione comitologia, v. decisione 1999/468/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, recante modalità per l'esercizio delle competenze di esecuzione conferite alla Commissione, *GUCE* L 184, 1 luglio 1999, p. 23, modificata dalla decisione 2006/512/CE, *GUUE* L 200, 22 luglio 2006, p. 11. La procedura riguarda le misure di portata

procedura decisionale si prevede, in linea di principio, l'applicazione della procedura legislativa ordinaria³¹, che recepisce la procedura di co-decisione. Il potere di iniziativa legislativa è condiviso dalla Commissione con gli Stati membri (almeno un quarto), solo nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia (art. 76 TFUE), quale traccia "persistente" del precedente assetto istituzionale di origine intergovernativa.

Il nuovo ruolo del *Consiglio europeo*, in conformità della costante tendenza verso la verticalizzazione istituzionale a partire dalla sua formalizzazione nell'Atto unico, comporta la definizione di orientamenti strategici della programmazione legislativa e operativa, senza consultazione o qualsivoglia partecipazione del Parlamento europeo (art. 68 TFUE). Tale ruolo si esprime anche nel

generale intese a modificare elementi non essenziali di un atto di base adottato con la procedura di codecisione, anche sopprimendo taluni di questi elementi o *integrando* l'atto con l'aggiunta di nuovi elementi non essenziali. Sulla problematica generale ci sia consentito rinviare ai nostri lavori: *Il consolidamento della disciplina delle misure di esecuzione e della comitologia a Trattato invariato*, in questa *Rivista*, 2007, p. 505 ss. e *Atti delegati e di esecuzione tra equilibrio istituzionale e comitologia*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1 (www.sudineuropa.net, reperibile *on line*).

³¹ Completamente modificata dal Trattato di Lisbona, appare la procedura decisionale degli atti nel nuovo SLSG. La procedura legislativa ordinaria si applicherà in materia di: immigrazione (art. 79 TFUE); controlli alle frontiere, (art. 77 par. 2 TFUE); asilo (art. 78 TFUE); cooperazione giudiziaria in materia penale, accompagnata dal meccanismo di freno di emergenza (art. 82, paragrafi 1 e 2 TFUE); ravvicinamento delle disposizioni in materia penale, delle infrazioni e delle sanzioni, accompagnata dal meccanismo di freno di emergenza (art. 83, paragrafi 1 e 2 TFUE); Eurojust (art. 85 TFUE); cooperazione di polizia non operativa (art. 87 par. 2 TFUE); Europol (art. 88 TFUE); misure di sostegno nel settore della prevenzione della criminalità (art. 84 TFUE).

Una procedura legislativa speciale, simile a quella già nota del parere conforme per i Trattati internazionali prevede l'*approvazione* del Parlamento europeo: il Consiglio all'unanimità adotta un atto a seguito di parere favorevole del PE senza possibilità di modifiche o emendamenti. Questa procedura si applica: alla decisione preliminare sugli "*altri elementi specifici della procedura penale*", che possono essere armonizzati (art. 83, par. 2, lett. d TFUE); alla decisione che individua *altre sfere* di criminalità particolarmente gravi alle quali applicare *norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni* (art. 87, par. 1, TFUE); alla decisione che crea la procura (art. 86, par. 4, TFUE) e a quella per l'estensione di attribuzioni in materia di lotta contro la criminalità grave (art. 86, par. 1, alinea 3 TFUE).

Una procedura legislativa speciale con semplice consultazione del PE è prevista in materia di: cooperazione amministrativa (art. 74 TFUE); emergenza umanitaria (art. 78, par. 3 TFUE); misure di valutazione sull'attuazione dello SLSG (a maggioranza qualificata dopo aver informato anche i parlamenti nazionali, art. 70 TFUE) e per i documenti dei cittadini degli Stati membri. Quando è prevista l'approvazione del PE, gli accordi tra l'Unione e i Paesi terzi o le organizzazioni internazionali devono essere conclusi a seguito di *approvazione* del Parlamento europeo (art. 218, par. 6, lett. a, v TFUE). La previsione di una norma-passerella consente di passare alla maggioranza nel settore del diritto di famiglia, ma ciascun parlamento nazionale può comunque esercitare a riguardo un diritto di veto, v. R. CAFARI PANICO, *op. cit.* In tutti i casi di procedura legislativa speciale, il Consiglio europeo può però sempre adottare una decisione che consenta di passare alla procedura legislativa ordinaria (revisione semplificata, ex art. 48, par. 7, 2° comma TUE nuovo).

La sola modifica rilevante nella materia in parola, rispetto al Trattato costituzionale, riguarda l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che dovrà essere approvata all'unanimità (invece che a maggioranza qualificata).

potere di mediazione tra eventuali posizioni divergenti degli Stati membri, evidenziate durante la procedura decisionale in sede di Consiglio dei ministri. Il meccanismo del “freno di emergenza” può portare ad una cooperazione rafforzata “agevolata”, quando uno Stato membro ritenga che una proposta incida sugli aspetti fondamentali del proprio sistema giudiziario penale (art. 82, par. 3 TFUE). Così, il ricorso a forme di cooperazione rafforzata, sinora rimasto puramente teorico, potrebbe iniziare a funzionare su singoli atti (cooperazione *ad acta*). Si tratta di un’utile alternativa decisionale, ancorché nella direzione della geometria variabile, che può ridurre il rischio di armonizzazione “al ribasso e ad ogni costo”³².

Per quanto riguarda la competenza della *Corte di giustizia*, le novità più importanti, nell’ambito dello SLSG, consistono nell’eliminazione di ogni limitazione al regime del rinvio pregiudiziale (articoli 35 TUE e 68 TCE), così come la previsione di una procedura di urgenza nelle ipotesi di giudizio che riguardino la situazione di una persona in stato di detenzione (art. 234 TCE, nuovo art. 267 TFUE)³³.

Per i *parlamenti nazionali*, si afferma il ruolo di garanzia e di legittimazione ad agire per il rispetto del principio di sussidiarietà con procedure abilitative *ex ante* ed *ex post*³⁴.

³² G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in AA.VV., *Il Trattato di Amsterdam*, Estratto, Milano, 1998, p. 61 ss.; L. S. ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l’Europa allargata?*, in *DUE*, 2001, p. 815 ss; A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell’integrazione differenziata*, Bari, 2005. Le specifiche norme per la cooperazione rafforzata per lo SLSG nel terzo pilastro (articoli 40 e seguenti TUE) vengono ora risistemate (art. 20 TUE nuovo e articoli da 326 a 334 TFUE). La procedura generale per la cooperazione rafforzata è quella prevista dall’art. 329 TFUE, che prevede una proposta dalla Commissione al Consiglio (maggioranza qualificata) e l’approvazione da parte del Parlamento europeo. Un’eventuale partecipazione tardiva determina una decisione della Commissione e, se del caso, un rinvio al Consiglio in cui votano solo gli Stati partecipanti alla cooperazione (art. 16 TFUE). Sono previste passerelle per il sistema decisionale (art. 333 TFUE).

³³ Il Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia è stato emendato dalla decisione del Consiglio n. 2008/79, *GUUE* L 24, 29 gennaio 2008, p. 42; così anche il regolamento di procedura (art. 104b) tramite la costituzione di una nuova Camera *ad hoc* (attraverso la modifica dell’art. 9). V. Modifiche del regolamento di procedura della Corte di giustizia, *ivi*, p. 39. La Corte ha, infine, emanato la relativa Nota informativa, *GUUE* C 64, 8 marzo 2008, p. 1. Il nuovo procedimento distingue tra i soggetti ammessi a partecipare alle fasi scritte e orali del procedimento; produce una notevole accelerazione del trattamento interno, specie tramite il ricorso a comunicazioni elettroniche. Per un breve commento, cfr. I. OTTAVIANO, *Verso un procedimento pregiudiziale d’urgenza nell’ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 3 (www.sudineuropa.net, reperibile *on line*).

³⁴ Il ruolo dei parlamenti nazionali in materia di controllo (allarme preventivo) del principio di sussidiarietà nel Protocollo allegato al nuovo Trattato è già di fatto operativo dal settembre 2006. Nello SLSG, qualora i pareri negativi sulla proposta rappresentino almeno un quarto dei voti attribuiti ai parlamenti (al posto della regola generale di un terzo), il progetto dovrà essere riesaminato e in caso di riconferma viene previsto l’obbligo di motivazione della decisione. In dottrina, F. FERRARO, *Il ruolo dei Parlamenti nazionali nella fase ascendente del diritto dell’Unione europea*, in *DPCE*, 2003, p. 183 ss.; C. MORVIDUCCI, *Convenzione europea e ruolo dei parlamenti nazionali: le scelte definitive*, in *RIDPC*, 2003, p. 1061 ss.; S. WEATHERILL, *Using National Parliaments to*

Un'ulteriore novità riguarda l'adozione del *metodo di coordinamento aperto*³⁵, vale a dire, la valutazione reciproca “tra pari” ed il “mutuo apprendimento” tra gli Stati membri in collaborazione con la Commissione, secondo le modalità definite dal Consiglio (art. 79 TFUE). L'esigenza di trasparenza determina una particolare enfasi sull'informazione congiunta del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali. La discussione dei risultati, da parte degli organi di rappresentanza diretta, dovrebbe così garantire l'*input* democratico, anche sulla base dalla valutazione/monitoraggio, da parte della Commissione, dei risultati acquisiti, con la consultazione degli ambienti giuridici interessati³⁶. L'esperienza pregressa di applicazione di tale *metodo di coordinamento*, ad iniziativa della Commissione nel settore dell'immigrazione ed, in particolare, per le politiche dell'integrazione, viene così formalizzata per tutto lo SLSG. In generale, possiamo dire che il *metodo di coordinamento aperto* ha dimostrato di poter essere un utile strumento di governance comunitaria, soprattutto nell'ambito della politica sociale, per la condivisione tra gli Stati membri di “valori costituenti” che concorrono alla definizione di un modello sociale europeo. Altrettanto potrebbe verificarsi per lo SLSG, determinando, tramite la valutazione dell'impatto dei progressi legislativi comunitari negli ordinamenti interni, la condivisione di un modello (sociale) europeo di diritti, giurisdizione e garanzie di sicurezza per la società statale. Si potrà verificare, però solo nel tempo, se la trasposizione del *metodo di coordinamento aperto* nello SLSG sia un “valore aggiunto” del processo di integrazione nel settore, oppure esprima, di fatto, una preferenza degli Stati membri per il ridimensionamento del controllo della Commissione sull'attuazione del diritto comunitario, a favore di metodi non vincolanti.

4. Come abbiamo detto, le basi giuridiche per la regolamentazione dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione vengono meglio specificate nella cornice generale delle nuove politiche, agli articoli 77, 78 e 79 TFUE.

Improve Scrutiny of the Limits of EU Action, in *ELR*, 2003, p. 909 ss.; L. S. ROSSI, *Il “paradosso del metodo intergovernativo”. L'equilibrio istituzionale nel progetto di Trattato-Costituzione*, in L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 160 ss.; F. BRUNO, *La Costituzione europea ed i Parlamenti nazionali*, in *DPCE*, 2005, p. 620 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*; M. C. BARUFFI, *Rafforzato il principio di sussidiarietà: protagonisti i parlamenti nazionali*, in *Guida al Diritto, Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 6, p. 15 ss.; C. MORVIDUCCI, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel nuovo Trattato*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1 (www.sudineuropa.net, reperibile *on line*); G. BARRETT, *“The King is Dead, Long Live the King”: the Recasting by the Treaty of Lisbon of the Provisions of the Constitutional Treaty Concerning National Parliaments*, in *ELR*, 2008, p. 66 ss.

³⁵ Cfr. COM(2001)387, comunicazione della Commissione su un metodo aperto di coordinamento in materia di immigrazione, 11 luglio 2001.

³⁶ COM(2006)332 def., comunicazione della Commissione sulla valutazione delle politiche dell'UE in materia di libertà, sicurezza e giustizia, 28 giugno 2006. V. anche COM(2008)38 def., comunicazione della Commissione sulla creazione di un forum di discussione sulle politiche e sulle prassi dell'UE nel settore della giustizia, 4 febbraio 2008, che prevede un dialogo aperto agli operatori per discutere e migliorare l'attuazione, l'applicazione e le conseguenze delle politiche dello SLSG.

Anche la cooperazione amministrativa assume una funzione più definita in materia.

La politica dei controlli alla frontiera, che include quella dei visti, diventa una competenza a carattere universale, non diretta esclusivamente alla disciplina dell'immigrazione dei cittadini degli Stati terzi, ma anche alla "mobilità internazionale" dei cittadini dell'Unione. Così, per l'esercizio del diritto di movimento dei cittadini dell'Unione, è prevista una nuova specifica base giuridica (art. 77, par. 3 TFUE). Dalle disposizioni vigenti "intese a facilitare l'esercizio" del diritto di circolare e di soggiornare liberamente *nel territorio degli Stati membri* resta esclusa la materia dei passaporti, carte d'identità, titoli di soggiorno o altri documenti assimilati (art. 18, par. 3 TCE). Già nella prassi successiva al Trattato di Amsterdam, ragioni di sicurezza avevano però indotto il Consiglio ad adottare misure sui dati biometrici nei passaporti dei cittadini dell'Unione³⁷, ricorrendo alla base giuridica dei controlli alle frontiere (art. 62, par. 2, lett. a TCE). Ora, la nuova base giuridica costituzionalizza tale prassi, accorpendo le misure sul diritto di circolazione dei cittadini dell'Unione all'interno dello spazio e quelle relative all'ingresso/uscita dall'Unione (art. 77, par. 3 TFUE)³⁸.

Con riferimento all'asilo si registra una più chiara base giuridica ed una sostanziale convergenza dei regimi del diritto dei rifugiati e della protezione umanitaria, proprio quale risultato dell'*acquis comunitario* (art. 78 TFUE).

Per l'immigrazione, la formulazione delle basi giuridiche è articolata tra: condizioni di ingresso e soggiorno e relativo rilascio di visti e titoli di soggiorno di lunga durata; diritti degli immigrati regolari e condizioni di trasferimento nel territorio degli Stati membri diversi da quello primario; posizione degli immigrati irregolari compresi l'allontanamento e il rimpatrio (art. 79, par. 2, lettere a), b), c) TFUE). Si aggiunge una base giuridica per la lotta contro la tratta degli esseri umani (art. 79, par. 2, lett. d), che attualmente è prevista nell'ambito del terzo pilastro (art. 29, par. 2 TUE)³⁹.

Soprattutto, alcuni ambiti di competenza del settore dell'immigrazione presentano importanti specificazioni. In primo luogo, la competenza "negata" all'Unione europea sull'aspetto cruciale del fenomeno dell'immigrazione, vale a dire la determinazione dei flussi di ingresso o quote per motivi di lavoro (art. 79, par. 5 TFUE). In secondo luogo, la politica dell'integrazione degli stranieri, alla quale viene riconosciuto carattere di competenza complementare, considerato che ad essa è applicato, sinora, il metodo di coordinamento aperto; sono previste misure d'incentivazione a carattere finanziario, come, ad esempio, il Fondo *ad*

³⁷ Regolamento (CE) n. 2252/2004 del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, *GUUE* L 385, 29 dicembre 2004, p. 1 ss.

³⁸ L'art. 21 TFUE che sostituisce e modifica l'art. 18, par. 3 TCE, non prevede più il divieto di armonizzazione dei documenti dei cittadini dell'Unione.

³⁹ V. COM(2005)514 def., comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sulla lotta contro la tratta degli esseri umani. Un approccio integrato e proposte per un piano d'azione, 18 ottobre 2005.

*hoc*⁴⁰, ma viene esclusa ogni armonizzazione delle legislazioni nazionali (art. 79, par. 4 TFUE)⁴¹.

La cooperazione amministrativa, tra gli organi (“servizi”) competenti degli Stati membri e tra tali organi nazionali e la Commissione (art. 74 TFUE), acquista maggior rilievo rispetto al regime odierno (art. 66 TCE)⁴². Si tratta di una base giuridica che non riguarda solo la cooperazione volontaria tra gli Stati membri e l’assistenza per l’attuazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni, ma forme di “amministrazione comune o congiunta”, con prevalente natura inter-governativa o attività a carattere operativo di agenzie europee competenti in materia. Così, anche le misure di cooperazione tra organi degli Stati membri (forze di polizia, autorità giudiziarie e di applicazione della legge) hanno carattere sempre più organizzato e strutturato, con una forte incidenza anche sui controlli alle frontiere, sull’asilo e sull’immigrazione.

Di specifico interesse per la lotta all’immigrazione clandestina può essere, anche, la determinazione di condizioni e limiti, ai quali devono sottostare le autorità nazionali e giudiziarie di polizia di uno Stato membro, quando operano “in collegamento o d’intesa” con le autorità di un secondo Stato membro, vale a dire lo Stato territoriale delle operazioni (art. 89 TFUE).

Infine, va ricordato che, in settori nei quali non vi siano esplicite previsioni di poteri a riguardo, è ora possibile l’ampliamento dell’applicazione dei poteri impliciti, il cui ambito non riguarda più solo il “funzionamento del mercato comune”, ma, più in generale, le “politiche definite dai Trattati” (articoli 352 e 353 TFUE, ex art. 308 TCE). La norma, alle condizioni ivi previste, è pertanto applicabile anche allo SLSG e in particolare alle politiche del controllo delle frontiere, dell’asilo e dell’immigrazione.

⁴⁰ Decisione del Consiglio n. 2007/435/CE per l’istituzione del Fondo europeo per l’integrazione dei cittadini dei Paesi terzi, cit.

⁴¹ Per approfondimenti, ci sia consentito rinviare al nostro lavoro *Riflessioni sull’evoluzione della politica comunitaria dell’immigrazione e l’applicabilità del metodo di coordinamento aperto*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Atti dell’IX Convegno SIDI, 2005, p. 404 ss. Ai documenti ivi citati *adde* SEC(2006)892, Second Annual Report on Migration and Integration, 30 June 2006; COM(2007)512 def., Terza relazione annuale su migrazione e integrazione, 11 settembre 2007. In generale, cfr. L. MANCA, *L’immigrazione nel diritto dell’Unione europea*, Milano, 2003; M. C. CICIRIELLO, *L’immigrazione nell’Unione europea: da politica di contenimento a politica di integrazione*, in U. LEANZA (a cura di), *op. cit.*, p. 421 ss.; S. QUADRI, *Prospettive di evoluzione della condizione dei migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, in *CI*, 2005, p. 309 ss. V. da ultimo, C. HUBERT, S. DE DECKER, *Politique européenne de migration: quels chantiers pour une meilleure intégration?*, in *RMCUE*, 2007, p. 239 ss.

⁴² Per un quadro generale delle interazioni tra i vari livelli di amministrazione, S. CASSESE, F. BIGNAMI (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, p. 55 ss.; E. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2005; G. DELLA CANANEA, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2006; L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell’ordinamento europeo*, Bologna, 2006; A. H. TURK (ed.), *EU Administrative Governance*, London, 2006.

5. La tutela dei diritti fondamentali sarà determinante per gli sviluppi dello SLSG, a seguito dell'integrazione nel diritto primario della Carta dei diritti⁴³, proclamata nuovamente il 12 dicembre 2007 da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, con aggiornamenti alle Spiegazioni⁴⁴. Per effetto della modifica dell'art. 6, par. 1 TUE, la Carta assume valore di diritto primario⁴⁵, fuori dal limbo delle applicazioni indirette e della codificazione priva di autorità formale.

⁴³ Anche se è generalmente riconosciuto il *plusvalore* della Carta rispetto ai diritti che vengono così codificati, si è molto discusso sul suo valore giuridico. Nel periodo di incertezza sul suo effettivo valore giuridico, la dottrina ha proposto diverse argomentazioni a favore della sua immediata obbligatorietà. In questa sede non è possibile dar conto in dettaglio dei tanti contributi di dottrina, ma, in sintesi estrema, le tesi sostenute sono state: l'obbligatorietà limitata alle istituzioni comunitarie in riferimento al valore delle decisioni *ex art.* 249 TCE; la tutela garantita dall'art. 6 TUE, anche se il suo par. 1 non può però costituire una autonoma base giuridica; la sua natura di atto di "natura costituyente" (o "sostanzialmente costituzionale"); la natura giuridica di fonte atipica; la formazione di una consuetudine a riguardo; il valore di parametro di legalità degli atti comunitari; l'applicabilità del principio dell'interpretazione conforme da parte del giudice nazionale. Nella dottrina italiana, v. R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DUE*, 2000, p. 888 ss.; V. R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; G. F. FERRARI (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001; G. GAJA, *Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea: una relazione complessa*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 211 ss.; M. LUGATO, *La rilevanza giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *RDI*, 2001, p. 1009 ss.; F. POCAR *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. POCAR (a cura di), *op. cit.*, p. 1178 ss.; P. MANZINI, *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'Unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, p. 127 ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1873 ss.; L. S. ROSSI, *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Q. cost.*, 2002, p. 565 ss.; G. SACERDOTI, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli stati all'Europa dei cittadini*, in *Com. St.*, 2002, p. 279 ss.; G. CONETTI, *Sulla natura giuridica della Carta dei diritti fondamentali*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 2003, p. 1899 ss.; E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *DPCE*, 2003, p. 1723 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 78 ss.; R. GARABELLO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani: norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 547 ss.; I. VIARENGO, *I diritti fondamentali tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo e Corti costituzionali*, in G. ADINOLFI, A. LANG (a cura di), *Il Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa: quali limitazioni all'esercizio dei poteri sovrani degli Stati*, Milano 2006, p. 135 ss.; F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 377 ss. Per un approccio storico-filosofico, v. P. GROSSI, *Le molte vie del Giacobinismo giuridico. Ovvero 'La Carta di Nizza', il progetto di 'Costituzione Europea' e le insoddisfazioni di un storico del diritto*, in *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, II ed., p. 127 ss.

⁴⁴ V. il testo della Carta, *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007, p. 1 e le modifiche e aggiornamenti delle Spiegazioni, *ibidem*, p. 17.

⁴⁵ V. anche la dichiarazione n. 61 della Polonia relativa alla Carta e la dichiarazione n. 62 della Polonia relativa al Protocollo sull'applicazione della Carta alla Polonia e al Regno Unito.

A seguito dell'incorporazione "per rinvio" della Carta nei Trattati, saranno possibili la disapplicazione del diritto interno contrastante e la sua utilizzazione nei giudizi per interpretazione pregiudiziale o per validità/legittimità del diritto derivato.

Dubbi possono essere sollevati però sul carattere costituzionale della Carta a seguito del Protocollo n. 30 sull'applicazione alla Polonia e al Regno Unito⁴⁶. L'impatto delle norme del Protocollo appare di notevole rilievo giuridico, malgrado i suoi *considerando* escludano effetti "riduttivi" dell'ambito d'applicazione della Carta da parte degli altri Stati membri, delle istituzioni e, in particolare, della Corte di giustizia. In ogni caso, l'*opting-out* del Regno Unito potrebbe avere conseguenze anche sull'applicazione della Carta a situazioni di dimensione transnazionale (prestazione di servizi a livello transnazionale). Un'altra questione è quella della pretesa limitazione della deroga esclusivamente alla materia sociale. Questa interpretazione non è suffragata dalla posizione della Polonia che, in una dichiarazione allegata agli atti della Conferenza, ribadisce il rispetto dei diritti dei lavoratori, anche se Protocollo e dichiarazione hanno diverso valore giuridico⁴⁷. Le nuove Spiegazioni richiamano il rapporto di speciale posizione dei due Stati membri anche in relazione ad altri settori, ad esempio il diritto di asilo.

In sostanza, le norme del suddetto Protocollo possono essere interpretate per negare *valore costituzionale* alla Carta⁴⁸, producendo non solo l'*opting out* dei due Stati membri, ma anche un ribasso della collocazione gerarchica della Carta tra le fonti del diritto dell'Unione, perché non appare ammissibile riconoscere un rango costituzionale ad un insieme di principi e diritti che non sia comune a tutti gli Stati membri. In ogni caso, la Carta dovrebbe assumere il valore di semplice *restatement* di diritti e principi, senza contenere quegli aspetti di "sviluppo progressivo" che ogni codificazione comporta all'atto della scrittura del diritto consuetudinario o pretorio pre-vigente. Si tratta di una prospettiva di difficile valutazione teorica, che produrrà un ulteriore dibattito dottrinale.

⁴⁶ A. KNOOK *The Court, the Charter, and the Vertical Division of Powers in the European Union*, in *CML Rev.*, 2005, p. 367 ss. Secondo G. STROZZI, *Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1 (www.sudineuropa.net, reperibile *on line*) si tratta di una vera e propria "riserva", le cui conseguenze nei confronti dell'atteggiamento delle corti degli altri Stati membri non sono facilmente valutabili. In generale, v. A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *DUE*, 2007, p. 734 ss.; M. CONDINANZI, *Fonti del 'terzo pilastro' dell'Unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 513 ss.

⁴⁷ Agli atti della Conferenza viene allegata anche una dichiarazione unilaterale della Polonia, per cui la Carta "non pregiudica in alcun modo il diritto degli Stati Membri di legiferare in ambito di moralità pubblica, diritto di famiglia, tutela della dignità umana e rispetto dell'integrità fisica e morale".

⁴⁸ In questo senso L. S. ROSSI, *La cooperazione differenziata*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 1 (www.sudineuropa.net, reperibile *on line*): "L'obiettivo di tale Protocollo è prima di tutto ideologico: esso contribuisce alla decostituzionalizzazione della Carta, perché principi che non tutti gli Stati membri condividono non possono certo dirsi costituzionali".

Certamente, la posizione dei due Stati membri disconosce la flessibilità e l'adattabilità della Carta alla pluralità di modelli nazionali di tutela, pur in considerazione dell'evoluzione del diritto comunitario verso standard più elevati. Del resto, l'interpretazione dei giudici nazionali, ancorata alle Spiegazioni ivi allegata, appare dettata dalla necessità di un riferimento all'interpretazione in evoluzione da parte delle Corti di Lussemburgo e Strasburgo.

In ogni caso, il riferimento alla Carta nel ricorso per interpretazione pregiudiziale, negato ai giudici del Regno Unito e della Polonia, ma ammissibile per i giudici degli altri Stati membri, comporterà inevitabilmente che i criteri di interpretazione individuati dalla Corte di giustizia abbiano conseguenze rilevanti anche negli ordinamenti dei due Stati⁴⁹. Sarebbe stata comunque preferibile una formulazione che dichiarasse la “mancanza di effetti”, piuttosto che la negazione della “estensione” della competenza dell'Unione tramite l'applicazione della Carta. La formulazione adottata sembra riferirsi al rischio (o al sospetto ideologico) di un'operazione interpretativa “surrettizia” dei diritti ivi contenuti, esclusa invece ampiamente delle disposizioni finali della Carta.

La Carta potrà essere applicata ai rapporti tra i privati, tramite il riconoscimento della natura di principi generali ai diritti ivi riconosciuti oppure determinando effetti – secondo il principio di “*mittelbare Drittwirkung*” o degli “effetti orizzontali indiretti”⁵⁰, conosciuto in molti ordinamenti giuridici –, che non consentono di richiamare una disposizione costituzionale come autonoma base di azione giurisdizionale, ma impongono ai giudici nazionali di decidere nel “rispetto dei diritti costituzionali delle parti”. Anche se si tratta della medesima e più risalente questione del valore della CEDU nei rapporti tra i privati, la Carta è certamente idonea a produrre un impatto giuridico diverso, in quanto “fonte interna” all'ordinamento dell'Unione europea; soprattutto perché alimentata dal continuo rapporto tra giudici nazionali e Corte di giustizia, tramite lo strumento dell'interpretazione pregiudiziale, invece che soltanto a seguito dell'esaurimento delle vie di ricorso interno.

Un esempio della diversa efficacia delle norme della Carta e di quelle dei Trattati può essere rappresentato, nella materia in oggetto, dal principio di non discriminazione. Nella Carta (art. 21) si presenta con campo d'applicazione e

⁴⁹ Tuttavia, la Carta non è solo la ricognizione dei diritti fondamentali, riconosciuti dalla Corte di giustizia, sulla base delle tradizioni costituzionali comuni e dei Trattati internazionali, in particolare della CEDU quale “fonte esterna”. La Carta realizza il superamento della distinzione fra diritti civili, economici e sociali a favore dell'indivisibilità delle situazioni soggettive, unificate dai valori di riferimento.

⁵⁰ La teoria della *Drittwirkung* è stata sviluppata dalla dottrina tedesca sui rapporti tra costituzione e diritto privato. Vedi M. RUFFERT, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen, 2001; O. GERSTENBERG, *Private Law and the New European Constitutional Settlement*, in *ELJ*, 2004, p. 766 ss. Sulla teoria della *Drittwirkung*, in riferimento al bilanciamento tra libertà fondamentali del mercato e diritti fondamentali, ma senza esplicito riferimento alla Carta, v. conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 23 maggio 2007, causa C-438/05, *The International Transport Workers' Federation e The Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*, punto 39 ss.

finalità diversi rispetto al Trattato (art. 13 TCE, ora art. 19 TFUE), che rappresenta la base giuridica per l'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, rispetto a specifiche forme di discriminazione ivi enumerate. La normativa derivata in questione può avere efficacia diretta sia nei confronti degli Stati membri, che nei rapporti orizzontali tra i privati, nei limiti delle competenze dell'Unione.

Per quanto riguarda la diversa possibile estensione dei diritti tra Carta e Trattati, basti citare il diritto di circolazione e soggiorno per i cittadini di Stati terzi che risiedono legalmente⁵¹, il cui contenuto viene determinato nell'ambito delle competenze attribuite ed esercitate dall'Unione (art. 45, par. 2 Carta). Le spiegazioni rinviano, infatti, alle norme del Trattato sui controlli alle frontiere, asilo e immigrazione (articoli 77, 78 e 79 TFUE), che consentono restrizioni e condizioni nel diritto derivato. Si pensi alle condizioni previste per i cittadini di Stati terzi, che ottengono lo status di lungo-soggiornanti in uno Stato membro, qualora intendano lavorare e trasferirsi in un secondo Stato membro.

Tra i diritti e i principi tutelati della Carta⁵², alcuni sono strettamente correlati tra loro. In primo luogo, l'eguaglianza davanti alla legge (art. 20) ed il diritto ad un equo processo e ad un ricorso effettivo (art. 47), in parallelo con la giurisprudenza CEDU (art. 6), si avvantaggiano dell'estensione dell'interpretazione pregiudiziale alla Corte di giustizia, ma stentano, ad esempio, a trovare un riconoscimento nel diritto derivato per quanto riguarda i diritti processuali in procedimenti penali⁵³.

Di particolare rilievo, il principio delle condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31) in combinazione con quello della legalità e della proporzionalità dei reati e delle pene (art. 49), che si ritrovano alla base degli obiettivi e dei criteri della proposta di direttiva per ridurre lo sfruttamento dei cittadini degli Stati terzi.

La Carta prevede anche il diritto dei cittadini degli Stati terzi, legalmente residenti, ad ottenere condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini comunitari (articoli 15, paragrafi 3 e 31 Carta). Le Spiegazioni a riguardo rinviano alle norme sulla politica sociale che prevedono, tra l'altro, direttive di armonizzazione minimale sulle "condizioni di impiego dei cittadini

⁵¹ V. Spiegazione relativa all'art. 45 Carta.

⁵² V. G. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 43 ss.; E. GUILD, *Citizens, Immigrants, Terrorists and Others*, in A. WARD, S. PEERS (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights: Politics, Law and Policy*, Oxford, 2004, p. 321 ss.

⁵³ V. COM (2004)328 def. Proposta di decisione quadro del Consiglio in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, 28 aprile 2004. Si discute del diritto all'assistenza legale, nella fase delle indagini e in quella processuale (accesso all'interprete/traduttore, diritto all'informazione di garanzia, protezione di indagati e imputati appartenenti a categorie vulnerabili, assistenza consolare). Il Consiglio GAI ha discusso, nel tempo, senza risultato, vari testi alternativi, v. da ultimo, documenti 10287/07 (COR I 2807) e 10699/07, Conclusioni della 2807^a sessione del 12/13 giugno 2007, 13 settembre 2007, punto 17. La Commissione esamina ora la possibilità di una cooperazione rafforzata alle condizioni di cui agli articoli 40-45 TUE e la delegazione francese si è detta favorevole.

dei Paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità” (art. 137 par. 1, lett. g TCE, divenuto art. 153 TFUE): esse chiariscono ad esempio, che l’ingaggio di cittadini di Stati terzi, che lavorano su navi battenti bandiera di uno Stato membro dell’Unione, è sottoposto alla disciplina comunitaria ed alle legislazioni e prassi nazionali. In particolare, la Carta riconosce il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale ed ai benefici sociali a favore di ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all’interno dell’Unione (art. 34, 2° comma Carta).

La Spiegazione sulla protezione in caso di espulsione (art. 19, paragrafi 1 e 2 Carta) dichiara l’equivalenza della protezione (“significato e portata identici”) e dell’obbligo di decisioni individuali con le relative norme CEDU (art. 4 del Protocollo n. 4 CEDU).

Infine, il riconoscimento del diritto di asilo (art. 18, par. 2 Carta), secondo quanto stabilito nelle clausole orizzontali della Carta, deve avere la stessa “estensione” prevista nel Trattato (art. 63 TCE, ora sostituito dall’art. 78 TFUE). Nelle Spiegazioni viene, infatti, evidenziato che per Regno Unito, Irlanda e Danimarca i protocolli allegati ai Trattati determinano “in quale misura” tali Stati membri siano tenuti all’applicazione del diritto dell’Unione in materia e, conseguentemente, all’applicazione del diritto “a titolo” della Carta.

Nel complesso sembra emergere un metodo di protezione multilivello, che darà un contenuto preciso ai diritti, stratificando un patrimonio costituzionale europeo, quale risultato della dinamica di “interferenza” e rinvio tra le Corti costituzionali e le due Corti europee, incentrato sulla prevalenza del sistema più garantista. Il sistema viene però ingessato dalle clausole orizzontali, soprattutto dalle modifiche introdotte dalla conferenza intergovernativa sul Trattato costituzionale. Resta da definire il rapporto procedurale tra tutela comunitaria dei diritti fondamentali e CEDU, che potrà essere precisato in occasione dell’adesione dell’Unione europea⁵⁴.

6. Com’è noto, la cooperazione Schengen rappresenta una cooperazione rafforzata *ante litteram*⁵⁵, con una vasta partecipazione di Stati membri e di Stati

⁵⁴ Sulla questione generale, per tutti, U. VILLANI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 73 ss., in specie p. 94. Per un confronto tra le due giurisprudenze e le problematiche dell’adesione ci sia consentito rinviare al nostro lavoro, *Verso l’adesione dell’Unione europea alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, in A. CELOTTO (a cura di), *Processo costituente europeo e diritti fondamentali*, Torino, 2004, p. 11 ss.; adde S. DOUGLAS-SCOTT, *A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis*, in *CML Rev.* 2006, p. 429 ss.

⁵⁵ Il Consiglio ha previsto la soppressione dei controlli alle frontiere interne terrestri e marittime alla data del 21 dicembre 2007 e alle frontiere aeree entro marzo 2008, sulla base della valutazione positiva del Comitato misto UE e Islanda, Norvegia e Svizzera per nove Stati membri (Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovenia, Slovacchia e Repubblica ceca), v. Consiglio Giustizia e Affari Interni, 2827^a sessione, Bruxelles, 8-9 novembre 2007. Pertanto, la libera circolazione delle persone senza controlli è garantita nello Spazio Schengen allargato (3,6 milioni di km). Dal punto di vista dell’applicazione soggettiva, Convenzione di applicazione

terzi ad un *catalogo* di atti giuridici e misure esecutive (*acquis*), che si caratterizza in termini di compensazione all'abolizione delle frontiere interne⁵⁶, e di spostamento "ponderato" dei controlli sulla circolazione delle persone verso le frontiere *esterne* dell'Unione europea. Si tratta di un sistema impostato ai principi di coerenza ed integralità dei settori di attività coinvolti. Ad esempio, in occasione del recente allargamento ai nuovi Stati membri (2007), la valutazione della sussistenza delle condizioni necessarie ha riguardato la situazione di conformità giuridica ed operativa di tutti i settori di attività (frontiere aeree, terrestri, marittime, cooperazione di polizia, SIS, protezione dei dati e rilascio dei visti).

Per quanto riguarda l'ingresso del cittadino di uno Stato terzo, l'*acquis* di Schengen ha introdotto un limite fondamentale alla competenza degli Stati membri, sia per la concessione dei visti che dei permessi di soggiorno degli stranieri, a seguito dell'introduzione nel Sistema Schengen della *segnalazione di uno straniero ai fini della non ammissione* (art. 96 CAAS)⁵⁷. Spetta a ciascuna parte contraente valutare se, in relazione a determinati individui e specifici comportamenti, sia necessario innescare la cooperazione Schengen ed immettere pertanto una segnalazione nel SIS, che riguardi un soggetto destinatario di un provvedimento di allontanamento o di un divieto di ingresso, non soltanto sul territorio dello Stato membro che ha disposto il provvedimento ma sulla totalità dello spazio Schengen. Le altre parti contraenti possono derogarvi soltanto in presenza di seri motivi⁵⁸. Nei confronti dei provvedimenti dello Stato membro,

dell'Accordo di Schengen (d'ora in poi: CAAS), dopo l'ingresso degli Stati dell'allargamento, tende a raggiungere una estensione quantitativamente simile a quella dell'UE (al posto di Regno Unito, Irlanda e Cipro vi partecipano Norvegia, Islanda e Svizzera. Restano fuori ancora Romania e Bulgaria). Per l'entrata in vigore nell'ordinamento svizzero, v. *GUUE* L 53, 27 febbraio 2008, p. 18.

La comprensione della reale consistenza dell'*acquis* di Schengen non è opera facile, perchè l'unico vero criterio di identificazione è la provenienza "storica" di una specifica misura (riportato nei "considerando" degli atti). Cfr. elenchi annessi alle due decisioni 1999/435/CE e 1999/436/CE del Consiglio, del 20 maggio 1999, che determinano, in conformità alle 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, in *GUCE* L 176, 10 luglio 1999, p. 1 ss. e p. 17 ss. Il Repertorio degli Atti in vigore, comprensivo dell'*acquis* di Schengen è disponibile *on line* (eur-lex.europa.eu). In dottrina, v. per tutti, B. NASCIBENE, F. PASTORE (a cura di), *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995; B. NASCIBENE, *Lo «spazio Schengen»: libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 307 ss.

⁵⁶ Articoli 14 TCE e 61, lett. a) TCE

⁵⁷ B. NASCIBENE, *Corte di giustizia e Corte costituzionale sulla "segnalazione Schengen": il divieto di automatismi*, in *Q. cost.*, 2006, p. 360 ss.; C. AMALFITANO, *Segnalazione nel SIS ai fini della non ammissione nello «spazio Schengen». Profili di incompatibilità comunitaria e di legittimità costituzionale*, in *DUE*, 2006, p. 489 ss. Attualmente sono circa settecentomila le segnalazioni nella banca dati SIS I ex art. 96 v. doc 5441/08 Council of the European Union, 30 January 2008.

⁵⁸ Secondo quanto previsto dagli articoli 5 e 15 CAAS, la scelta discrezionale dello Stato che effettua la segnalazione non è, infatti, del tutto insindacabile, vincolando le altre Parti contraenti

che opera la segnalazione, è garantita agli stranieri una specifica tutela, *sub specie* di diritto di rettifica, cancellazione e indennizzo⁵⁹, purtroppo spesso inefficace perché l'interessato non riceve alcuna informazione a riguardo. Il regolamento frontiere Schengen del 2006⁶⁰, in gran parte confermativo del regime preesistente, prevede il ricorso dei destinatari di un provvedimento di respingimento anche nei confronti dello Stato membro che attua l'obbligo derivante dalla segnalazione (e non più solo nei confronti dello Stato che ha immesso tale segnalazione). Non sono però previsti effetti sospensivi, con evidenti limiti sull'esercizio del diritto di difesa⁶¹.

L'*acquis* di Schengen, sottoposto ai principi del diritto comunitario⁶², continua a costituire la base di una parte importante della legislazione comunitaria dell'immigrazione, anche se vi sono sviluppi imputabili direttamente al titolo IV TCE. In quest'ultimo contesto, vi è stata una vasta opera di codificazioni di misure, precedenti alla comunitarizzazione, di incerta natura giuridica (quali pratiche, istruzioni, manuali, ecc) e, in alcuni casi, a carattere segreto, oggetto di declassificazione successiva. Così, dopo limitate modifiche apportate nei primi anni, la CAAS è stata oggetto di importanti revisioni ed integrazioni, quali il codice comunitario per l'attraversamento delle frontiere ed il regolamento sul traffico locale alle frontiere terrestri esterne degli Stati membri. Appare comunque opportuna una revisione generale, prevista a breve, dell'intero *acquis* di

a negare l'ingresso e il rilascio di visti di soggiorno soltanto "in linea di principio": queste ultime sono legittimate a derogare all'obbligo di diniego (previo avviso degli altri Stati contraenti e con efficacia comunque limitata al territorio nazionale) per "motivi umanitari o di interesse nazionale ovvero in virtù di obblighi internazionali".

⁵⁹ Art. 111 CAAS.

⁶⁰ Regolamento (CE) n. 562/2006 del Consiglio, del 15 marzo 2006, che istituisce un codice comunitario relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone (codice frontiere Schengen), *GUUE* L 105, 13 aprile 2006, p. 1 ss. Esso codifica, in un unico testo, il Manuale comune delle frontiere esterne, nonché le altre disposizioni relative alle frontiere e provenienti da altre fonti (Convenzione Schengen, Istruzioni consolari comuni e decisioni in materia del Comitato esecutivo Schengen). La nuova normativa ribadisce i principi di base in materia di controllo e introduce modalità pratiche relative all'attuazione di tali controlli ai diversi tipi di frontiera (terrestre, marittima e aerea). I cittadini di Stati terzi, inoltre, saranno soggetti a controlli approfonditi per verificare il timbro d'ingresso e uscita (divenuti obbligatori), il luogo di partenza e quello d'arrivo e la disponibilità dei mezzi sufficienti e necessari alla sussistenza durante il loro soggiorno. Il codice comunitario relativo stabilisce le condizioni, i criteri e le regole dettagliate volti a disciplinare le verifiche ai valichi di frontiera esterna e la sorveglianza alle frontiere esterne. Le previsioni legislative del regolamento in parola sono integrate da numerose misure di carattere esecutivo che costituiscono l'oggetto di numerosi allegati, quali elenco dei valichi autorizzati e modalità operative.

⁶¹ V. art. 13, par. 3

⁶² La Corte di giustizia, nella sentenza del 31 gennaio 2006, *Commissione c. Spagna*, causa C-503/03, *Raccolta*, p. I-1097, ha statuito che il diritto comunitario prevale sul diritto della cooperazione Schengen, anche rispetto ai familiari di un cittadino dell'Unione, in relazione a due diverse nozioni di ordine pubblico: nel sistema Schengen, il rifiuto di visto e di ingresso può essere basato sulla dichiarazione di non ammissibilità senza adeguate motivazioni; la disciplina comunitaria della circolazione dei cittadini degli Stati membri richiede invece la motivazione di un effettivo pericolo del soggetto in questione.

Schengen, che è certamente ancora poco trasparente e troppo diffuso in una moltitudine di atti. In ogni caso, appaiono in maniera evidente il consolidamento e la maggiore legittimazione democratica dell'*acquis* in materia, rispetto alla frammentazione originaria derivante dalla cooperazione intergovernativa pre-comunitaria.

Un aspetto rilevante degli sviluppi dell'*acquis* di Schengen riguarda le misure di sorveglianza di polizia a carattere esecutivo e di "amministrazione comune" nel contesto dell'Agenzia Frontex⁶³. Il principio del sistema integrato e delle misure di gestione delle frontiere esterne dovrebbe portare all'istituzione di un corpo di Guardie europee di frontiera, con poteri esecutivi e di polizia, sulla base dell'esperienza realizzata tramite l'attuazione del regolamento sul pattugliamento comune delle frontiere (Rabit) già entrato in funzione. Il sistema di controllo operativo dovrebbe essere rafforzato dallo scambio d'informazioni nell'ambito di un sistema europeo comune di sorveglianza delle frontiere via satellite (EUROSUR). Come si vede, in questo settore, a nostro avviso, valgono solo parzialmente le considerazioni generali sulle Agenzie di regolazione per le quali l'esercizio della funzione esecutiva è collegata alla consulenza tecnica necessaria alla regolamentazione di un dato settore⁶⁴, perché appaiono del tutto prevalenti gli aspetti operativi e di cooperazione amministrativa.

Com'è noto, la cooperazione di Schengen costituisce, al tempo stesso, un'integrazione differenziata, con diverse procedure regolate da protocolli, in relazione a tre Stati membri (Regno Unito, Irlanda e Danimarca) e da accordi con tre Stati non membri (Norvegia, Islanda e Svizzera). Vale la pena di ricordare l'originale procedura che determina anche l'ambito di applicazione oggettiva del regime giuridico dello SLSG e, in particolare, dell'immigrazione al Regno Unito e all'Irlanda. Questi due Stati conservano il potere discrezionale da un lato di partecipare a nuovi atti adottati sulla base di norme del titolo IV TCE (*opting out*); dall'altro di prendere parte, con procedure di *opting in*, allo sviluppo dell'*acquis* di Schengen. La questione della definizione del concetto di "ulteriori sviluppi dell'*acquis* di Schengen" è stata oggetto di interpretazione della Corte di giustizia, che ha ritenuto valida la decisione del Consiglio di escludere il Regno Unito dalla partecipazione a due direttive sui dati biometrici nei passaporti e sulla costituzione della Agenzia Frontex, senza averne accettato gli atti propedeutici di settore⁶⁵. In altri termini, nell'ipotesi di norme basate sul titolo

⁶³ V. il recente pacchetto di proposte del 13 febbraio 2008: COM(2008)67 def., Relazione sulla valutazione e sullo sviluppo futuro dell'Agenzia Frontex; COM (2008)68 def., Esame della creazione di un sistema europeo di sorveglianza delle frontiere (Eurosir); COM (2008)69 def., Preparare le prossime fasi della gestione delle frontiere nell'Unione europea.

⁶⁴ COM(2008)135 def., Il futuro delle agenzie europee, 11 marzo 2008. Un accordo interistituzionale è fallito senza aver trovato un comune denominatore, v. V. RANDAZZO, *Il progetto di accordo interistituzionale sulle agenzie europee di regolazione: una soluzione adeguata?*, in *RDI*, 2005, p. 1062 ss.

⁶⁵ La Corte di giustizia ha respinto la richiesta di annullamento di due atti, respingendo la tesi del Regno Unito che sostiene la differenziazione tra due tipi di misure che si basano sull'*acquis* di Schengen: misure integralmente a titolo dell'*acquis* di Schengen (*Schengen integral measures*) e mi-

IV TCE, i due Stati possono procedere alla selezione “alla carta” degli atti proposti, purché nel rispetto dei termini procedurali; mentre, nella seconda ipotesi, sono soggetti al potere decisionale del Consiglio che, per salvaguardare l’integrità dell’acquis di Schengen, può limitare la discrezionalità della partecipazione dei due Stati in parola ed escluderli malgrado la loro volontà.

7. La politica in materia di immigrazione legale appare in forte ritardo di realizzazione. Come abbiamo già detto, sinora non è stata raggiunta l’armonizzazione delle regole sull’ammissione e soggiorno per motivi di lavoro, se non per limitati aspetti settoriali. Anche le proposte pendenti si limitano agli aspetti amministrativi e alle garanzie processuali del procedimento di ammissione dei cittadini degli Stati terzi. In materia gli Stati membri sembrano intenzionati a conservare la propria competenza, ad eccezione dei limiti derivanti da accordi bilaterali della Comunità con Stati terzi⁶⁶.

Oltre alla titolarità dei diritti universali, solo uno statuto *ad hoc* può determinare la posizione nell’ordinamento comunitario e in quello di residenza dell’immigrato. Per quanto riguarda uno status di forte “attacco” dei cittadini di Paesi terzi nell’ordinamento comunitario⁶⁷, una tutela rafforzata è quella prevista dalla Direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano

sure connesse all’*acquis* di Schengen (Schengen *linked measures*), v. sentenze del 18 dicembre 2007, causa C-77/05, *Regno Unito c. Consiglio*, per annullamento del regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio, del 26 ottobre 2004, istitutivo dell’Agenzia Frontex e causa C-137/05 per annullamento del regolamento (CE) n. 2252/2004, relativo alle norme sulle caratteristiche di sicurezza e sugli elementi biometrici dei passaporti e dei documenti di viaggio rilasciati dagli Stati membri, cit.

⁶⁶ I limiti alla libertà decisionale degli Stati membri derivano solo da accordi di associazione con Stati terzi, v. ad es. la situazione di cittadini turchi, che hanno acquisito condizioni speciali per l’accesso al lavoro e il diritto di soggiorno in uno Stato membro, tra cui il libero accesso, in tale Stato membro, a qualsiasi attività lavorativa subordinata dopo quattro anni di regolare impiego (art. 6, n. 1 della decisione n. 1/80, relativa al Protocollo addizionale del 23 novembre 1970 dell’Accordo di Associazione CEE-Turchia). Sullo *status* dei lavoratori migranti sulla base di accordi di associazione, v. G. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 107 ss. Tra le più recenti decisioni della Corte di giustizia, v. le due sentenze 18 luglio 2007, causa C-325/05 e 4 ottobre 2007, causa C-349/06, entrambe relative all’illegittimità della perdita del diritto di libero accesso a qualsiasi attività lavorativa subordinata (decisione n. 1/80 del 19 settembre 1980, adottata dal Consiglio di associazione).

⁶⁷ Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, *GUUE* L 16, 23 gennaio 2004, p. 44 ss. Una discutibile alterazione, non solo semantica, è quella che trasforma la residenza (*resident* in inglese/*résident* in francese) in soggiorno dell’immigrato. Per i cittadini stranieri l’istituto giuridico applicabile non è la residenza ma il soggiorno. L. HALLESKOV, *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?*, in *EJML*, 2005, p. 181 ss.; S. BOELAERT-SUOMINEN, *Non-EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long-Term Residents: Five Paces forward and Possibly Three Paces back*, in *CML Rev.*, 2005, p. 1011 ss.

V. anche la direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di Paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, *GUUE* L 375, 23 dicembre 2004, p. 12 ss. e la direttiva 2005/71/CE del Consiglio, del 12 ottobre 2005, relativa a una procedura specificamente concepita per l’ammissione di cittadini di Paesi terzi a fini di ricerca scientifica, *GUUE* L 289, 3 novembre 2005, p. 15 ss.

soggiornanti di lungo periodo. La questione più complessa è quella del riconoscimento del principio della gradualità nella tutela dei diritti a seconda del tempo di permanenza/soggiorno degli stranieri in uno Stato membro. Un contributo importante in materia viene dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sui c.d. immigrati integrati (vale a dire, nati o residenti da lungo tempo), che si collega alla gradualità della tutela dei diritti sino a raggiungere una quasi sostanziale parificazione con i cittadini dell'Unione europea. La Corte dei diritti umani propone un trattamento, in via di principio uguale a quello dei cittadini, per le persone prive della cittadinanza dello Stato in cui vivono, ma che vi sono cresciute e vi abbiano costruito la loro esperienza di vita. Si tratta di un'evoluzione del tutto innovativa per il diritto internazionale: il diritto di un individuo a risiedere in un paese del quale non possiede la nazionalità, ma nel quale sono presenti tutti i legami e gli interessi riconducibili alla nozione di rispetto della vita privata e familiare.

Per lo *status* giuridico dei lavoratori degli Stati terzi che soggiornano legalmente (non beneficiari dello *status* di soggiornanti di lungo periodo), una recente proposta di direttiva⁶⁸ riguarda le condizioni di lavoro, tra le quali la retribuzione, l'accesso alla formazione professionale e le principali prestazioni di sicurezza sociale. La proposta stabilisce anche a quali condizioni i cittadini di Paesi terzi possano soggiornare in un secondo Stato membro. L'obiettivo proposto è quello di consentire condizioni leali di concorrenza tra gli ordinamenti del lavoro e di evitare il rischio di *dumping* sociale.

Per il ricongiungimento familiare, le deroghe previste dalla relativa direttiva conservano a favore degli Stati stessi un potere discrezionale limitato, non diverso da quello riconosciuto dalla Corte europea dei diritti umani⁶⁹. La Corte di giustizia applica alle disposizioni in parola i principi della giurisprudenza

⁶⁸ COM(2007)638 def., proposta di direttiva del Consiglio relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico, cit.

⁶⁹ V. direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12; sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C 540/03, *Parlamento c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-5769. Secondo la Corte, le deroghe, che la direttiva concede agli Stati membri, non sono in contrasto con l'esercizio dei diritti fondamentali ed, in particolare, con il rispetto della vita familiare e con il principio di non discriminazione. Nello specifico, non violano i principi del diritto comunitario e della CEDU le deroghe all'acquisizione del diritto di richiedere il ricongiungimento (due anni di permanenza) e le deroghe sull'età dei figli minori (tredici e quindici anni) dei cittadini dei Paesi terzi legalmente residenti nella Comunità europea. Vedi E. ADOBATI, *La Corte di giustizia respinge il ricorso contro la direttiva n. 2003/86/CE sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini dei Paesi terzi*, in *DCSI*, 2006, p. 527 ss.; M. C. CICIRIELLO, *Il ricongiungimento familiare come diritto fondamentale del migrante*, in *CI*, 2006, p. 109 ss.; F. MACRÌ, *La Corte di giustizia sul diritto al ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi: la sentenza Parlamento c. Consiglio*, in *DUE*, 2006, p. 793 ss.; B. MASSON, *L'harmonisation des conditions du regroupement familial: la Cour fait la leçon sur le titre IV CE (Note sous CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil de l'Union européenne)*, in *RTDE*, 2006, p. 673 ss.; E. DRYWOOD, *Giving with one Hand, Taking with the Other: Fundamental Rights, Children and the Family Reunification Decision*, in *ELR*, 2007, p. 396 ss.; M. BULTERMAN, *Case C-540/03, Parliament v. Council*, in *CML Rev.*, 2008, p. 245 ss.

CEDU sulla vita familiare, che comprende il diritto al ricongiungimento familiare (art. 8 CEDU). Il diritto all'unità della vita familiare implica, per gli Stati membri, obblighi di carattere negativo, rispetto ai limiti all'espulsione, e di carattere positivo, rispetto all'ammissione sul proprio territorio. In ogni fattispecie, nel caso di obblighi negativi e positivi degli Stati, è consentito un certo margine di apprezzamento, tramite la ponderazione degli interessi individuali e collettivi, vale a dire dell'interesse generale della società complessivamente intesa. La Corte di giustizia ha statuito la legittimità delle clausole derogatorie, affermando che le norme in parola non determinano un diritto soggettivo incondizionato. Per il minore di età superiore ai dodici anni, il margine di discrezionalità riguarda la valutazione delle potenzialità di integrazione nella società dello Stato membro in cui soggiornano i suoi familiari, piuttosto che nello Stato di provenienza.

Per quanto riguarda il regime generale della migrazione per motivi di lavoro, la discussione in atto riguarda la recente proposta di procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso di soggiorno e di lavoro per i lavoratori legalmente soggiornanti. Contrariamente alla proposta di direttiva del 2001⁷⁰, la nuova proposta si limita solo ad introdurre semplificazioni procedurali per l'ingresso. La proposta ha per oggetto soltanto la previsione di un obbligo per gli Stati membri di esaminare la domanda di autorizzazione a lavorare e soggiornare nel loro territorio nel quadro di una procedura unica di domanda e, in caso positivo, di rilasciare un permesso unico di soggiorno e di lavoro (sistema "sportello unico"). A difesa dei diritti degli immigrati vengono previste garanzie procedurali, tra le quali l'obbligo di motivazione delle decisioni di diniego⁷¹.

Con questa proposta, si prende atto che gli Stati membri intendono conservare la loro competenza a decidere, da un lato, sulle fattispecie alternative dell'ammissione per lavoro (chiamata diretta del datore di lavoro, sponsorizzazioni di persone fisiche o giuridiche o auto-sponsorizzazione tramite garanzie

⁷⁰ Cfr. COM(2001)386 def., proposta di direttiva relativa alle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei cittadini di Paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo, 11 luglio 2001. Nonostante i pareri positivi delle altre istituzioni comunitarie, la discussione in seno al Consiglio non ha avuto esito ed è stata poi cancellata dall'ordine dei lavori legislativi, v. COM(2005)462 def., comunicazione della Commissione, Esito dello screening delle proposte legislative pendenti dinanzi al legislatore, 27 settembre 2005.

⁷¹ COM(2007)638, proposta di direttiva del Consiglio relativa a una procedura unica di domanda per il rilascio di un permesso unico, cit. La proposta prevede solo un livello minimo di armonizzazione per quanto riguarda la semplificazione procedurale. Gli Stati membri sono soggetti soltanto all'obbligo generale di istituire un sistema di "sportello unico" e al divieto generale di rilasciare documenti aggiuntivi (come un permesso di lavoro). L'introduzione di una procedura unica di domanda, insieme ad un permesso unico di soggiorno e di lavoro, riduce gli oneri amministrativi per i lavoratori di Paesi terzi e dei datori di lavoro, oltre a svolgere una funzione di controllo sull'ingresso e sul soggiorno degli immigrati. La proposta sviluppa la normativa vigente, in quanto impone agli Stati membri di indicare nel modello uniforme l'eventuale permesso di lavoro, a prescindere dalla base giuridica dell'ammissione.

patrimoniali dallo stesso migrante); dall'altro, sulle modalità e sulle conseguenze di una verifica dell'esistenza o della decadenza dal contratto di lavoro.

Nel settore sono stati adottati o sono in discussione atti concernenti l'immigrazione di determinate categorie di immigrati, in particolare la direttiva sulle condizioni d'ingresso e di soggiorno dei lavoratori altamente qualificati, che prevede una procedura accelerata sulla base di specifiche condizioni (contratto di lavoro, qualifiche professionali e salario superiore a una soglia minima stabilita a livello nazionale)⁷². Il relativo permesso di soggiorno (Carta blu) dovrebbe consentire al soggetto interessato di spostarsi per motivi di lavoro in un secondo Stato membro, a determinate condizioni e dopo un periodo minimo di due anni di soggiorno legale nel primo Stato membro, conferendo anche ai familiari una serie di diritti, fra cui condizioni favorevoli per il ricongiungimento familiare. Per agevolare la circolazione all'interno dell'UE, sono previste deroghe alla direttiva 2003/109/CE sui lungo-soggiornanti, in particolare la possibilità di cumulare periodi di soggiorno in diversi Stati membri al fine di ottenere tale status.

8. La reificazione dello *status* di immigrato regolare o illegale è costituita dalla mancanza di documenti regolari (*sans-papiers*). La politica a riguardo⁷³ viene variamente definita, a livello delle istituzioni europee, come irregolare, illegale o clandestina. La situazione si verifica sia a seguito dell'ingresso di cittadini di Paesi terzi nel territorio di uno Stato membro mediante documenti falsi o contraffatti, sia a causa della trasformazione di un titolo di ingresso regolare (visto o regime di esenzione dal visto per specifiche finalità o ammissione per richiesta di asilo), in un soggiorno irregolare per via della decadenza di un titolo di ingresso (visto, regime di esenzione dal visto o richiesta di asilo). In ogni caso, la qualificazione di irregolarità di questi comportamenti dei cittadini di Paesi terzi deve essere fatta alla luce degli ordinamenti degli Stati membri, così come modificati e parzialmente armonizzati da norme comunitarie nella progressione dell'esercizio delle competenze dell'Unione.

Il secondo ambito di armonizzazione legislativa riguarda la *repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali*. In materia occorre far riferimento al doppio strumento della decisione 2002/946/GAI del

⁷² V. COM(2007)637 def., proposta di direttiva del Consiglio sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di Paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, 23 ottobre 2007.

⁷³ V. da ultimo, COM(2006)402 def., comunicazione della Commissione riguardante le priorità politiche nella lotta contro l'immigrazione clandestina di cittadini di Paesi terzi, 19 luglio 2006. In dottrina, v. R. CHOLEWINSKI, *The EU Acquis on Irregular Migration: Reinforcing Security at the Expense of Rights*, in *EJML*, 2000, p. 361 ss.; B. JORDAN, F. DÜVELL, *Irregular Migration. The Dilemmas of Transnational Mobility*, Cheltenham, 2002; S. COHEN, *No-one is Illegal: Essays on Asylum and Immigration Control*, Stoke-on-Trent, 2003; R. CHOLEWINSKI, *No Right of Entry: The Legal Regime on Crossing the EU External Border*, in K. GROENENDIJK, E. GUILD, P. MINDERHOUS (eds.), *In Search of Europe's Borders*, The Hague, 2003; M. SAMERS, *An Emerging Geopolitics of 'Illegal' Immigration in the European Union*, in *EJML*, 2004, p. 23 ss.

Consiglio e della direttiva 2002/90/CE, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali⁷⁴. Come abbiamo già detto, questa separazione dei due aspetti della disciplina non appare più convincente a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia ambientale.

Per quanto attiene alla *lotta al lavoro clandestino*⁷⁵, la recente proposta di direttiva prevede l'armonizzazione delle legislazioni nazionali⁷⁶ riguardo alle sanzioni per comportamenti dei datori di lavoro nei confronti di immigrati irregolari. Si tratta, in particolare, di sanzioni pecuniarie (ivi comprese le spese di rimpatrio), di pagamento dei salari non corrisposti e delle spese sociali, nonché di conseguenze negative di vario genere, quali l'esclusione da sovvenzioni europee e la proibizione alla partecipazione a gare ed appalti per un determinato periodo. La proposta prevede anche sanzioni penali nelle ipotesi più gravi: reiterazione di infrazioni in un certo periodo di tempo; numero di irregolari; sottoposizione a condizioni di lavoro particolarmente severe, nella consapevolezza della debolezza della posizione del lavoratore coinvolto nella tratta di esseri umani. La collaborazione del lavoratore con le autorità e la denuncia del datore di lavoro potranno determinare solo la concessione di un permesso di soggiorno per la durata del processo e non, come sarebbe auspicabile, la concessione di un permesso permanente di soggiorno⁷⁷. Al termine del processo dovrebbe essere predisposto il rimpatrio o l'allontanamento del soggetto coinvolto.

Un'altra proposta, in discussione da lungo tempo, è quella sul *rimpatrio e l'allontanamento* di cittadini di Stati terzi soggiornanti illegalmente, che prevede

⁷⁴ Decisione 2002/946/GAI, del Consiglio europeo, del 28 novembre 2002, *GUCE* L 328, 5 dicembre 2002 e direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, *GUCE* L 328, 5 dicembre 2002, p. 17. La scelta di basi giuridiche diverse ha determinato la separazione della disciplina in due atti: da un lato, la direttiva per la definizione precisa dell'illecito e delle relative circostanze esimenti (base giuridica comunitaria) e, dall'altro, la decisione quadro sulle regole minime per le sanzioni previste, la responsabilità delle persone giuridiche e la competenza giurisdizionale. Sulle difficoltà di controllare l'attuazione da parte degli Stati membri, v. COM(2006)770 def., Relazione della Commissione a norma dell'articolo 9 della decisione quadro del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, 6 dicembre 2006. Sull'inadempimento di uno Stato membro per la mancata trasposizione della direttiva, v. sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2006, *Commissione c. Lussemburgo*, causa C-48/06, *Raccolta*, p. I-126.

⁷⁵ Per un bilancio delle azioni condotte negli Stati membri per scoraggiare il fenomeno, anche con mezzi non repressivi come gli strumenti fiscali, v. COM(2007)628 def., comunicazione della Commissione, Rafforzare la lotta al lavoro sommerso, 24 ottobre 2007.

⁷⁶ COM(2007)249 def., proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che introduce sanzioni contro i datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente nell'UE, cit.

⁷⁷ Come avviene sulla base della direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di Paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, *GUUE* L 261, 6 settembre 2004, p. 19.

altresì norme sulle misure coercitive, la custodia temporanea ed il reingresso⁷⁸. La proposta prevede che gli Stati membri abbiano la facoltà di prendere la decisione di rimpatrio e il provvedimento di allontanamento con un unico atto o una stessa decisione. Gli aspetti giuridici salienti della proposta della Commissione riguardano, in primo luogo, il diritto a un ricorso effettivo con effetti sospensivi dell'esecuzione della decisione di rimpatrio o del provvedimento di allontanamento; in secondo luogo, la custodia temporanea, che dovrebbe rispettare il principio di proporzionalità, soprattutto quanto ai termini di durata, al rischio di fuga o all'inefficacia del ricorso ad altre misure meno coercitive⁷⁹. Nell'ipotesi di conflitto di giurisdizione tra Stato membro di emanazione del provvedimento e Stato membro di esecuzione dell'arresto, l'adozione di una normativa comune è certamente indispensabile. Nell'ipotesi di provvedimento adottato in un primo Stato membro e di arresto in un altro Stato membro, quest'ultimo può provvedere all'esecuzione⁸⁰, alla ripresa in carico del soggetto coinvolto o, in ultima analisi, anche avviare una nuova procedura di rimpatrio conformemente al proprio diritto interno.

In materia di espulsione, la Corte europea dei diritti umani ha recentemente riaffermato il divieto di rinvio verso Paesi a rischio di tortura o maltrattamenti come assoluto e categorico nella sentenza del 3 marzo 2008, *Saadi v. Italy*⁸¹. La Corte, pur riconoscendo il pericolo del terrorismo e la minaccia che costituisce per la comunità, riafferma la natura assoluta del divieto di tortura e di altri maltrattamenti (art. 3 CEDU). La Corte ha respinto la tesi che il diritto di una persona ad essere protetta da un trattamento disumano possa essere oggetto di bilanciamento con il rischio per la sicurezza dello Stato che adotta il provvedimento di espulsione. Essa ha affermato che l'esistenza di leggi nazionali e l'adesione a trattati internazionali non sono sufficienti ad assicurare protezione adeguata contro il rischio di maltrattamento. La Corte ha lasciato aperta la questione se le assicurazioni diplomatiche possano, nella loro attuazione pratica, fornire una garanzia sufficiente contro il rischio di maltrattamento. Nella sua giurisprudenza però non ha mai riconosciuto come adeguate le assicurazioni riportate in giudizio.

In sostanza, gli Stati parte assicurano l'ordine pubblico nell'esercizio del loro diritto di controllare l'ingresso e il soggiorno degli stranieri, ma le loro decisioni, nella misura in cui violano un diritto alla vita familiare, devono essere necessarie in una società democratica, vale a dire giustificate da un bisogno sociale imperioso e, in particolare, proporzionate allo scopo legittimo perse-

⁷⁸ COM(2005)391, proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente, cit. In dottrina, v. G. CELLAMARE, *op. cit.*, p. 246 ss, L. ALENI, *La politica dell'Unione europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2006, p. 585 ss.

⁷⁹ La durata del divieto dovrebbe essere determinata tenendo conto di tutte le circostanze pertinenti, ma non superare un certo periodo di tempo (cinque anni), ad eccezione di gravi minacce per l'ordine pubblico o la sicurezza nazionale.

⁸⁰ V. decisione n. 2007/575/CE, cit.

⁸¹ Judgment (Grand Chamber), *Case of Saadi v. Italy*, Application no. 37201/06, 28 February 2008.

guito. Nella giurisprudenza della Corte⁸² emerge il tentativo di dar forma ad un concetto di ordine pubblico europeo, che porta a definire alcune linee-guida per le autorità nazionali: una graduatoria dei crimini suscettibili di misure più rigorose ed una di possibili attenuanti; il valore da attribuire a determinati tipi di reato; la consistenza dei precedenti penali; il periodo durante il quale gli atti criminosi sono stati commessi, ecc. Come nelle procedure relative al diritto d'asilo, nelle quali vige la proibizione di *refoulement* verso lo Stato di persecuzione, l'obiettivo è proprio quello di obbligare gli Stati a tener conto del rischio extraterritoriale nel Paese di origine⁸³.

L'armonizzazione non riguarda la definizione, l'origine e le condizioni del soggiorno degli immigrati, ma solo le conseguenze della decadenza del soggiorno legale, con un'evidente inversione logica dovuta all'impianto repressivo. In altri termini, la proposta non armonizza gli aspetti sostanziali del titolo di decadenza del soggiorno legale, ma le procedure per l'allontanamento dell'immigrato, quali che siano i motivi della condizione di illegalità (visto scaduto, permesso di soggiorno scaduto, ritiro o revoca del permesso di soggiorno, domanda d'asilo definitivamente respinta, revoca dello *status* di rifugiato, ingresso illegale).

Secondo il Parlamento europeo⁸⁴, l'adozione di un quadro di armonizzazione dell'ammissione ("canali di entrata legale") dovrebbe essere prioritaria e preventiva rispetto alla definizione di una politica europea sui rimpatri. Inoltre, sarebbe opportuno sottoporre il provvedimento di allontanamento alla condizione sospensiva e al termine del rimpatrio volontario. La decisione di rimpatrio o di allontanamento rappresenta già una sanzione adeguata per l'illegalità del soggiorno, per cui un eventuale divieto di reingresso potrebbe violare il principio di proporzionalità. In assenza di un elevato rischio di fuga, la custodia temporanea a fini di allontanamento sarebbe ingiustificata e, comunque, dovrebbe essere applicata solo nei termini strettamente necessari all'allontanamento. Com'è noto, però, spesso la questione del trattenimento per periodi lunghi viene collegata alle difficoltà di identificazione dei soggetti coinvolti.

9. I prossimi anni saranno dedicati anche ad una nuova fase di armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di asilo⁸⁵. L'*acquis* comunitario garantisce due *status* diversificati ai rifugiati e ai beneficiari di protezione sussidiaria, sulla

⁸² Per la giurisprudenza in parola, v. tra gli altri, gli scritti pubblicati in F. SALERNO (a cura di), *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padova, 2003.

⁸³ G. CELLAMARE, *Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati balcanici*, in questa *Rivista*, 2007 p. 497 ss.

⁸⁴ A6-0339/2007, Relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi soggiornanti illegalmente, Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni, relatore Manfred Weber, 20 settembre 2007.

⁸⁵ V. COM(2007)301 def., cit. Cfr. anche le risposte inviate alla relativa consultazione, ec.europa.eu, reperibile *on line* v. in particolare il contributo di B. NASCIBENE, E. OCELLO, Milano, 30 settembre 2007.

base della distinzione dei livelli di protezione, secondo il diritto internazionale. Il piano d'azione per l'attuazione del programma dell'Aja prevede la creazione entro il 2010 di un regime comune europeo in materia di asilo, che preveda una procedura comune e uno *status* uniforme, quale parte integrante dello SLSG. Si potrà così contribuire alla costruzione di “uno spazio di protezione unico”, basato sull'applicazione della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 relativa allo *status* dei rifugiati, modificata dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, e sui valori umanitari comuni a tutti gli Stati membri. Lo *status* dei cittadini di Stati terzi lungo-soggiornanti dovrebbe essere esteso ai beneficiari di protezione internazionale, che sono attualmente esclusi dal suo campo di applicazione⁸⁶.

Per le procedure di asilo, la direttiva 2005/85/CE definisce una serie di norme procedurali, con previsioni che lasciano un ampio margine di flessibilità in numerosi ambiti (procedure accelerate, procedure alla frontiera ed irricevibilità delle domande)⁸⁷. Nel prossimo futuro potrebbe essere realizzato un ulteriore ravvicinamento legislativo, nel senso di una procedura comune a livello europeo oppure di un trattamento comune delle domande di asilo. Meritano di essere ridiscussi il significato e il funzionamento dei criteri di valutazione, legati a concetti quali “Paesi d'origine sicuri”, “Paesi terzi sicuri” e “Paesi terzi europei sicuri”⁸⁸.

Sulle condizioni di accoglienza, ai sensi della direttiva 2003/9/CE⁸⁹, si riscontrano ampie divergenze nell'attuazione degli Stati membri per quanto riguarda l'accesso dei richiedenti asilo al mercato del lavoro, le condizioni materiali di accoglienza, l'applicabilità della direttiva ai centri di detenzione e l'applicazione generale di misure detentive⁹⁰. Appare necessario procedere ad un ulteriore ravvicinamento in materia.

Sulla qualifica di rifugiato, in base alla direttiva 2004/83/CE⁹¹ vi potrebbe essere una revisione nel senso di una armonizzazione più avanzata dei criteri di

⁸⁶ COM(2007)298 def. proposta di direttiva del Consiglio recante modifica della direttiva 2003/109/CE del 25 novembre 2003, relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo per estenderne il campo di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale, 6 giugno 2007.

⁸⁷ Direttiva 2005/85/CE del Consiglio del 1° dicembre 2005, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato, *GUUE* L 326, 13 dicembre 2005, p. 13.

⁸⁸ Si veda R. ROSSANO, *Il regolamento comunitario sulla determinazione dello Stato membro competente ad esaminare la domanda di asilo*, in *DCSI*, 2004, p. 371 ss.; M. SPATTI, *La disciplina comunitaria relativa all'allontanamento dei richiedenti asilo verso “Paesi sicuri”*, in *DPCE*, 2007, p. 217 ss.

⁸⁹ Direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, *GUUE* L 31, 6 febbraio 2003, p. 18.

⁹⁰ COM(2007)745 def., Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, 26 novembre 2007.

⁹¹ Direttiva 2004/83/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa

ammissibilità e dei parametri che giustificano una protezione. Si discute sulla possibilità di instaurare un meccanismo di riconoscimento reciproco delle decisioni nazionali in materia di asilo, nonché di trasferire le responsabilità in materia di protezione ad altro Stato membro quando il beneficiario della protezione vi trasferisca la residenza.

Il regolamento di Dublino⁹², che ha per oggetto la determinazione dello Stato membro competente ad esaminare una domanda d'asilo, potrebbe essere emendato, in applicazione del *principio di ripartizione dell'onere*, anche tramite una politica di re-insediamento dei soggetti interessati, a favore degli Stati membri situati lungo una frontiera esterna o con limitate capacità di accoglimento e assorbimento.

10. Come abbiamo detto, la disciplina comunitaria per l'attraversamento delle frontiere da parte delle persone ha codificato le diverse disposizioni del sistema Schengen. Ancora molte proposte saranno in discussione nel prossimo futuro per la creazione di una vera barriera di contrasto all'immigrazione clandestina, costituita da registrazioni di massa dei dati personali, ivi compresi quelli biometrici, e da sorveglianza di polizia, e che potrebbe dotarsi anche di sistemi di telerilevamento via satellite.

Nell'attuale scenario internazionale, si sviluppa una tendenza crescente ed irreversibile a generalizzare le possibilità di trattamento e trasferimento dei dati personali in materia di immigrazione. Le statistiche e gli studi in materia dimostrano che non vi è proporzionalità tra intercettazione dei sospetti terroristi e contrasto dell'immigrazione illegale. In generale la tendenza a ricorrere a dati biometrici nei sistemi d'informazione dell'ambito dell'Unione europea aumenta costantemente, senza essere accompagnata da un attento esame dei rischi connessi e delle garanzie necessarie.

Un rilevante gruppo di proposte in corso riguarda la gestione dei visti con l'introduzione generalizzata dei dati personali biometrici: da un lato, la proposta di regolamento sull'Istruzione consolare comune (ICC) alla quale si applica sin d'ora la procedura di codecisione, relativa alle disposizioni amministrative e alle istruzioni operative alle rappresentanze consolari⁹³; dall'altro, la proposta di regolamento sul trattamento delle domande di visto, in relazione alla banca dati VIS⁹⁴. A queste proposte dovrebbe aggiungersi la creazione di una struttura centralizzata

di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, *GUUE* L 304, 30 settembre 2004, p. 12 ss.

⁹² Per un'analisi complessiva e aggiornata del sistema, v., da ultimo, COM(2007)299 def., Relazione della Commissione sulla valutazione del sistema di Dublino, 6 giugno 2007.

⁹³ V. COM(2006)269 def., proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio recante modifica dell'istruzione consolare comune diretta alle rappresentanze diplomatiche e consolari di prima categoria in relazione all'introduzione di elementi biometrici e comprendente norme sull'organizzazione del ricevimento e del trattamento delle domande di visto, 31 maggio 2006.

⁹⁴ COM(2008)101 def., proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica il regolamento (CE) n. 562/2006 per quanto riguarda l'uso del sistema di informazione visti (SIV) a norma del codice delle frontiere Schengen, 22 febbraio 2008.

di registrazione dei dati biometrici dei viaggiatori non residenti nell'Unione europea, autorizzati a soggiornarvi per un massimo di tre mesi (visti di breve durata), alla quale si collegherebbe un "meccanismo di allerta" in caso di superamento del limite di tempo del soggiorno originariamente previsto. Infine, completa il quadro delle proposte, un sistema di registrazione preventiva, presso le Autorità in uno degli Stati membri⁹⁵, per i "viaggiatori in buona fede" (viaggiatori frequenti anche per motivi di affari), giustificato da obiettivi di semplificazione dell'ingresso sul territorio comunitario⁹⁶. Nella sostanza, i dati personali di tutti coloro che transitano nel territorio dell'Unione europea, sarebbero così registrati in grandi banche dati sulla base del principio dell'interoperabilità. Tutto il pacchetto di proposte sulla registrazione dei dati biometrici richiederà una riflessione unitaria e complessiva, sulla base degli interessanti pareri del Garante europeo della protezione dei dati e dell'azione del Parlamento europeo che, nel processo decisionale previsto dal Trattato di Lisbona, svolgerà il ruolo di co-legislatore.

Per quanto riguarda le banche dati esistenti, Eurodac, gestita dalla Commissione europea, ha consentito di testare, sulla scala ridotta del sistema di Dublino, un meccanismo che si propone, ora, sia esteso a tutti i livelli riguardanti l'immigrazione e l'attraversamento delle frontiere. Si tratta di una banca dati informatizzata contenente i dati relativi alle impronte digitali (dati dattiloscopici) di tutti i richiedenti asilo, ma anche, in linea di principio, dei cittadini degli Stati terzi fermati all'attraversamento irregolare della frontiera. Di questa funzione gli Stati membri non si sono, in realtà, avvalsi adeguatamente⁹⁷.

Nel settore delle banche-dati, altri sviluppi di maggior rilievo riguardano il sistema di informazione Schengen di seconda generazione (SIS II) con diverse funzioni di interesse per la materia in parola⁹⁸, ed il sistema d'informazione sui visti (VIS o SIV), che consentirà alle autorità preposte ai controlli di frontiera di verificare le domande di visto e la loro effettiva e concreta utilizzazione⁹⁹.

Il SIS II, che sostituirà il sistema attualmente in vigore (SIS I), rappresenta uno strumento di controllo della circolazione delle persone e, al tempo stesso, di

⁹⁵ Ai titolari dello *status* verrebbero concesse alcune agevolazioni relativamente alla verifica delle condizioni più discrezionali al momento dell'ingresso alla frontiera (scopo del soggiorno, mezzi di sussistenza, elementi relativi all'ordine pubblico). L'unico adempimento da espletare alla frontiera sarebbe la consultazione delle banche dati che potrebbero avvenire anche in maniera tecnologica (porte automatiche) e senza l'intervento delle guardie di frontiera.

⁹⁶ Rispetto all'ordinaria procedura di "verifica approfondita" di tutti i cittadini degli Stati terzi, con o senza obbligo di visto, che riguarda i documenti di viaggio, richieste di informazioni, consultazione banca dati SIS.

⁹⁷ V. da ultimo, COM(2007)299, cit.

⁹⁸ L'inizio delle sue attività è previsto in tempi brevi. Durante un primo periodo transitorio, la Commissione resterà titolare della sue funzioni che delegherà, poi, in tutto o in parte a due organismi nazionali (Francia e Austria). Il regolamento prevede la costituzione di un organo entro cinque anni dalla sua entrata in vigore, finanziato dal bilancio dell'UE, che assuma la responsabilità della gestione operativa e di parti dell'infrastruttura di comunicazione.

⁹⁹ La sua costituzione *in fieri* richiederà tempi lunghi per l'effettivo funzionamento.

cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale¹⁰⁰. L'evoluzione del sistema presenta caratteristiche nuove, che lo trasformano da sistema di controllo a sistema d'informazione e d'indagine che, in sintesi, vuol dire un accesso più esteso (Europol, Eurojust, pubblici ministeri nazionali, autorità che rilasciano le carte di circolazione)¹⁰¹, l'interconnessione delle segnalazioni, l'inclusione di dati biometrici (impronte digitali e fotografie), la piattaforma comune con il sistema d'informazione visti (VIS).

Il regolamento per il funzionamento VIS consentirà ai consolati e ad altre autorità competenti di gestire il sistema dei visti, ma, per l'accesso ai dati in contesti penali e di polizia, è prevista l'adozione di una *decisione*¹⁰². Il controllo generalizzato alle frontiere dovrebbe così consolidarsi, nei prossimi anni, tramite una più approfondita verifica, basata sulla consultazione della banca dati VIS. Tuttavia, il sistema consentirà di verificare l'autenticità dei visti rilasciati, ma, allo stato dell'arte, non registrerà la data di attraversamento delle frontiere esterne da parte dei cittadini degli Stati terzi. In altri termini, non conserverà "tracce" dei vari ingressi di cittadini degli Stati terzi, non consentendo così verifiche sul rispetto del termine di decadenza dell'autorizzazione al soggiorno.

Questo complesso sistema di banche dati non è ritenuto, però, ancora adeguato dalla Commissione. Infatti, una recente proposta prevede la creazione di un ulteriore meccanismo/sistema integrativo a livello europeo, dotato di nuove ed ulteriori funzionalità di controllo. Si prevede un sistema generalizzato e automatizzato di "ingresso-uscita"¹⁰³, una sorta di "registro" dei turisti (con visto di breve durata o senza obbligo di visto), che dovrebbe consentire di rilevare l'identità di coloro che, entrati legalmente nel territorio di uno Stato membro, vi soggiornano fuori-termine (*overstayer*), tramite una segnalazione accessibile alle autorità nazionali o alle frontiere¹⁰⁴. Si prevede che i cittadini degli Stati terzi con obbligo di visto forniscano i dati biometrici presso la sede consolare di uno Stato membro, mentre quelli senza obbligo di visto dovrebbero consentire la registrazione al primo ingresso oppure al momento della loro registrazione volontaria in un regi-

¹⁰⁰ In dottrina, v. L. S. Rossi *La protezione dei dati personali negli accordi di Schengen alla luce degli standards fissati dal Consiglio d'Europa e dalle Comunità europee*, in B. NASCIBENE, F. PASTORE (a cura di), *op. cit.*, p. 173 ss.; A. ADINOLFI, *Protezione dei dati personali e applicazione della Convenzione di Schengen*, in *RDI*, 1997, p. 742 ss.

¹⁰¹ L'accesso ai dati inseriti nel SIS II e il diritto di consultarli direttamente (o su una copia) sono riservati esclusivamente alle autorità responsabili dei controlli di frontiera e degli altri controlli di polizia e doganali effettuati all'interno del Paese. Tuttavia, queste facoltà possono essere riservate anche alle autorità giudiziarie nazionali, tra cui quelle responsabili dell'avvio dell'azione penale e delle indagini giudiziarie.

¹⁰² Il Consiglio GAI ha raggiunto un accordo politico, il 12 giugno 2007, sul pacchetto legislativo VIS (regolamento e decisione VIS). Il Parlamento europeo lo aveva già adottato in prima lettura, il 7 giugno 2007, v. RAPID, IP/07/802, 12 giugno 2007.

¹⁰³ COM(2006)402, cit.

¹⁰⁴ In casi eccezionali (viene concesso un visto nazionale per cancellazione del volo, malattia o altro giustificato motivo) o di cambiamento di *status* dell'interessato (viene prorogato il diritto di soggiorno), le autorità incaricate della decisione dovrebbero avere cura di aggiornare il sistema d'informazione.

stro di “viaggiatori in buona fede”. Non è escluso che una proposta successiva pretenda di attribuire tale nuova finalità allo stesso sistema VIS.

Di fronte a quest’espansione della raccolta automatizzata di dati personali, vale la pena di ricordare che il diritto alla tutela dei dati personali rappresenta un diritto fondamentale, che va disciplinato ed adattato alle specificità dello SLSG¹⁰⁵. Così, il Trattato di Lisbona crea una base giuridica *ad hoc* per tutto lo SLSG (art. 16 TFUE corrispondente all’art. 286 TCE), mentre una diversa base giuridica è attribuita alla tutela dei dati della PESC (art. 39 TUE nuovo). Secondo la Dichiarazione n. 21, relativa alla protezione dei dati personali nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia, la Conferenza riconosce che “potrebbero rivelarsi necessarie, in considerazione della specificità dei settori in questione, norme specifiche sulla protezione dei dati personali e sulla libera circolazione di tali dati”. Ad oggi, nel terzo pilastro non esiste un sistema di protezione analogo a quello del TCE (art. 286 TCE). Da anni, è in discussione l’adozione della decisione quadro di tutela a carattere generale nel terzo pilastro, che rafforzi i principi della direttiva 95/46/CE¹⁰⁶ e della Convenzione n. 108 del Consiglio d’Europa nel contesto della cooperazione di polizia e giudiziaria. L’adozione di questo strumento generale¹⁰⁷ è strettamente collegata alla costituzione delle banche dati VIS¹⁰⁸ e SIS II ed alla questione della protezione dei dati biometrici nei documenti di identità dei cittadini dell’Unione¹⁰⁹, nei visti e permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Paesi terzi.

11. Negli ultimi anni la politica di immigrazione ha acquisito una dimensione esterna più specifica e articolata e le tematiche della migrazione sono state inserite nelle politiche e nei programmi di relazioni esterne e nell’agenda per lo

¹⁰⁵ V. art. 286 TCE, introdotto dal Trattato di Amsterdam, che rende applicabili, alle istituzioni e agli altri organismi europei, le norme comunitarie in materia di trattamento dei dati personali. In dottrina, v. per tutti, M. MIGLIAZZA, *Profili internazionali ed europei del diritto all’informazione e alla riservatezza*, Milano, 2004 e bibliografia ivi citata.

¹⁰⁶ V. COM(2007)87 def., comunicazione sul seguito dato al programma di lavoro per una migliore applicazione della direttiva sulla protezione dei dati, 7 marzo 2007.

¹⁰⁷ COM(2005)475 def., cit. Non è possibile analizzare, in questa sede, gli aspetti critici della proposta che, in estrema sintesi: introduce il principio della distinzione tra dati personali di diverse categorie di persone; prevede norme sulla legittimità del trattamento dei dati personali e disposizioni sul diritto di accesso, la riservatezza e la sicurezza del trattamento, i ricorsi giurisdizionali, le responsabilità, le sanzioni, le autorità di controllo. Prevede infine la costituzione di un gruppo di lavoro *ad hoc*. La proposta prevede un meccanismo finalizzato al rispetto del principio di trasmissione solo ai Paesi terzi e agli organi internazionali che garantiscono un livello adeguato di protezione. Il Consiglio ha inoltre confermato l’intesa che il testo si applica esclusivamente allo scambio transfrontaliero dei dati personali. In attesa dello scioglimento di alcune riserve d’esame parlamentare, è stato raggiunto un orientamento generale sulla proposta, v. comunicato stampa, 2827^a sessione, Consiglio GAI, Bruxelles, 8-9 novembre 2007.

¹⁰⁸ COM(2004)835 def./2, proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente il sistema di informazione visti (VIS) e lo scambio di dati tra Stati membri sui visti per soggiorni di breve durata, 1° febbraio 2005.

¹⁰⁹ Regolamento 2252/2004, cit.

sviluppo. Nell'ambito di un approccio denominato "globale", sono stati elaborati anche strumenti finanziari e tecnici di cooperazione, che non è possibile approfondire in questo contesto.

Gli Stati membri possono concludere accordi con Stati terzi ed organizzazioni internazionali relativi allo SLISG¹¹⁰, purché tali accordi non siano in contrasto con il diritto dell'Unione. La competenza a concludere accordi è però esclusiva in materia di controllo di frontiera, asilo e immigrazione. Il contrasto dell'immigrazione illegale implica la cooperazione dei Paesi di origine e di transito, tramite la conclusione e l'attuazione di accordi di riammissione e di agevolazione del rilascio del visto, nonché la loro partecipazione alle procedure necessarie per il rimpatrio degli immigrati illegali. Altri strumenti utilizzati negli ultimi anni sono: gli accordi di associazione o partenariato; gli accordi di cooperazione, con disposizioni sugli aspetti di libertà, sicurezza e giustizia; gli accordi di assistenza giudiziaria e di estradizione¹¹¹.

Il valore degli accordi di riammissione della Comunità¹¹² o delle clausole di riammissione contenute negli accordi di partenariato e di cooperazione dell'UE e della Comunità risiede nella creazione di un contesto uniforme di norme¹¹³,

¹¹⁰ In dottrina, v. G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH, *Sécurité et justice: un enjeu de la politique extérieure de l'UE*, Bruxelles, 2003. Sulla questione generale della competenza UE in materia di relazioni esterne e sulla conclusione di Trattati da parte dell'UE, v. E. CANNIZZARO, *Fragmented Sovereignty? The European Union and its Member States in the International Arena*, in *IYIL*, 2004, p. 35 ss.; S. AMADEO, *Unione europea e treaty-making power*, Milano, 2005.

Per una prima riflessione sulle novità istituzionali del Trattato di Lisbona, v. L. S. ROSSI, *Conclusione di accordi internazionali e coerenza del sistema: l'esclusività della competenza comunitaria*, in *RDI*, 2007, p. 1008 ss.; F. MUNARI, *Le relazioni esterne*, in *Sud in europa*, 2008, n. 2 (www.sudineuropa.net, reperibile *on line*); Nella vasta bibliografia sulla competenza della Comunità a stipulare accordi e sulle pertinenti procedure decisionali, v. A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in *DUE*, 1999, p. 465 ss., e in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 31 ss.; F. POCAR, *The Decision Making Processes of the European Community in External Relations*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-London-New York, 2002, p. 3 ss.; G. GAJA, *Trends in Judicial Activism and Judicial Self-Restraint Relating to Community Agreements*, *ivi*, p. 117 ss.

¹¹¹ Sono stati conclusi piani d'azione comportanti una sostanziale componente "giustizia, libertà e sicurezza" con l'Ucraina, la Moldova, il Marocco, la Tunisia, Israele, la Giordania e l'Autorità palestinese; altri sono in corso di negoziato con l'Egitto, il Libano, l'Armenia, l'Azerbaijan e la Georgia. In relazione agli USA, le questioni di giustizia, libertà e sicurezza sono affrontate nella nuova agenda transatlantica ma anche nell'ambito ministeriale più specialistico del dialogo politico sulla sicurezza delle frontiere e dei trasporti. Con il Canada, l'Australia, il Giappone e la Cina tali problematiche sono oggetto di un dialogo orizzontale. Con la Russia (Consiglio di partenariato permanente), l'Ucraina e il Forum UE-Balceni occidentali si tengono riunioni ministeriali di giustizia, libertà e sicurezza.

¹¹² G. CELLAMARE, *La disciplina*, cit., p. 238.

¹¹³ Gli accordi di riammissione più recenti riguardano i seguenti Paesi: Repubblica di Moldova; Repubblica di Montenegro; Repubblica di Serbia; l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia; Bosnia-Erzegovina; Ucraina; Albania, *GUUE* L 24, 29 gennaio 2008, p. 51 ss. Per una valutazione complessiva della prassi e per la modifica delle clausole a favore di un maggiore impegno all'identificazione dei soggetti interessati da parte degli Stati terzi, v. conclusioni del Consiglio, *Valutazione dell'andamento e dei risultati dei negoziati in materia di accordi di riammissione della*

applicabili su basi di reciprocità dai singoli Stati membri nei confronti di un determinato Stato terzo. La conclusione di questi accordi comunitari adottati dal Consiglio e, poi, pubblicati nella Gazzetta ufficiale, per pura informazione, non appare rispettosa dei principi di conclusione degli accordi internazionali UE¹¹⁴. Tuttavia, mentre è unanimemente riconosciuto l'obbligo degli Stati terzi di riammettere i propri cittadini che devono essere rimpatriati, si discute se la norma di diritto internazionale comprenda anche l'obbligo di collaborazione nella determinazione della cittadinanza. Ne derivano controversi aspetti di applicazione delle clausole standard degli accordi di riammissione, che si riferiscono a soggetti la cui cittadinanza sia stata preventivamente accertata o, altrimenti, possono determinare l'impossibilità di eseguire i provvedimenti di allontanamento.

In particolare a livello delle relazioni esterne, la politica comune dovrebbe avere un approccio globale¹¹⁵, malgrado le specificità delle aree di provenienza dell'immigrazione. In forza della diversa esposizione ai flussi migratori, si è assistito in questi anni ad una diversa valutazione degli Stati membri sulla necessità di strumenti operativi comunitari alle frontiere esterne per il contrasto dell'immigrazione illegale. A riguardo, gli Stati membri del Mediterraneo hanno proposto per primi l'introduzione e l'applicazione del principio di solidarietà dell'Unione e la necessità di accordi *ad hoc* con gli Stati della sponda sud, specie con la Libia (frontiera meridionale con il Niger)¹¹⁶. A seguito dell'allargamento

Comunità con Paesi terzi, 2807^a sessione del Consiglio Giustizia e affari interni, Lussemburgo, 12-13 giugno 2007, punto relativo a nuovi accordi di riammissione e facilitazione visti. In tema v. G. CELLAMARE, *Osservazioni*, cit.; B. NASCIBENE, *Relazioni esterne e Accordi di riammissione*, in L. DANIELE (a cura di), *op. cit.*, p. 297 ss.

¹¹⁴ La distinzione tra accordi di riammissione e di cooperazione amministrativa o di polizia per il contrasto dell'immigrazione clandestina si può dimostrare molto difficile, ora che il controllo delle frontiere acquista caratteristiche sempre più operative. Gli accordi di riammissione prevedono, infatti, la riconsegna, senza particolari garanzie, di clandestini ritrovati in un breve arco di tempo e in una zona vicina alla frontiera. È auspicabile che la prassi di accordi di cooperazione di polizia, che singoli Stati membri intendono continuare a stipulare con Stati terzi, non sia sostitutiva di accordi di riammissione, quando non sia possibile concludere un accordo a livello UE. In proposito, cfr. il Protocollo (non divulgato) per la cooperazione tra l'Italia e la Libia per fronteggiare il fenomeno dell'immigrazione clandestina, firmato a Tripoli, il 29 dicembre 2007, dal ministro dell'Interno italiano e dal ministro degli Esteri libico, che si riferisce al pattugliamento con squadre miste davanti alle coste libiche, come già realizzato con l'Albania (v. comunicato del Ministero dell'Interno disponibile *on line*).

¹¹⁵ COM(2005)621 def., Priorità d'azione per rispondere alle sfide dell'immigrazione. Prima iniziativa presa dopo la riunione di Hampton Court, 30 novembre 2005; COM(2006)735 def., L'approccio globale in materia di migrazione un anno dopo: verso una politica europea globale della migrazione, 30 novembre 2006.

¹¹⁶ V. la proposta italiana al Consiglio europeo di Salonicco, nel 2002, che prevedeva l'istituzione di un fondo comune per la lotta all'immigrazione clandestina; una polizia di frontiera europea; un fondo comune per i rimpatri e la stipulazione di accordi *ad hoc* con i Paesi origine del flusso migratorio.

del 2004 si è prodotta un'estensione della gestione comune delle frontiere orientali e sud-orientali¹¹⁷.

12. Come abbiamo visto in questo lavoro, la regolamentazione comunitaria in vigore e *in itinere* appare finalizzata all'armonizzazione degli aspetti procedurali, piuttosto che sostanziali del fenomeno, con una forte accentuazione della gestione e amministrazione comune di strumenti operativi di controllo, ivi compresa la proliferazione dei processi di automatizzazione di dati biometrici. La loro fattibilità in un quadro di garanzie giuridiche della *privacy* è, a nostro avviso, ancora incerta e deve essere oggetto di una più approfondita analisi costi/benefici.

Pertanto, l'approccio dell'azione comunitaria nel senso generalizzato di deterrenza e sanzione, applicato ai controlli alle frontiere, all'asilo, all'immigrazione, ci appare, come abbiamo già detto, non sempre giustificato nella prospettiva della sussidiarietà e proporzionalità.

In generale, è innegabile sia mancata sinora una visione comune della regolamentazione dell'immigrazione. Al consenso sull'azione comunitaria per il controllo delle frontiere e sulla cooperazione di polizia, corrisponde, infatti, una specifica resistenza degli Stati membri a riduzioni di sovranità nei settori della disciplina dell'immigrazione legale e dell'integrazione degli stranieri. L'approccio prevalente va a scapito delle esigenze di collegamento della materia dell'immigrazione con la disciplina della libera circolazione dei lavoratori in uno spazio del mercato e dei diritti senza frontiere¹¹⁸, in cui sviluppare la tutela specifica degli stranieri-lavoratori. La complementarità tra lo spazio del mercato e lo SLSG, affermata in linea di principio, va, infatti, concretamente realizzata nel contesto dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nella prima prospettiva, soccorrono decenni di *acquis* comunitario, mentre, nell'altra, si tratta di un processo appena iniziato. A nostro avviso, la sostenibilità della politica europea dipende piuttosto da azioni per l'integrazione degli immigrati, basate sul principio di non discriminazione e sulla parità effettiva di trattamento, sul coordinamento dei sistemi educativi e sui meccanismi del mercato del lavoro, anche al fine di una percezione pubblica positiva del fenomeno, che riduca i rischi di xenofobia.

¹¹⁷ L'approccio geografico interessava inizialmente l'Africa e l'area mediterranea, ma ora, dopo l'allargamento dell'ambito di applicazione di Schengen alla maggior parte dei nuovi Stati membri, il controllo delle frontiere tende ad essere generalizzato, v. COM(2007)247 def., Applicazione dell'approccio globale in materia di migrazione alle aree orientali e sudorientali vicine all'Unione europea, 16 maggio 2007.

¹¹⁸ A. ADINOLFI, *La circolazione dei cittadini di Stati terzi: obblighi comunitari e normativa nazionale*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori*, Milano, 1998, p. 123 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Milano, 2001, II ed., p. 115 ss. Dal punto di vista del diritto del lavoro, v. da ultimo, S. GIUBBONI, G. ORLANDINI, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna, 2007; B. VENEZIANI, *Il «popolo» degli immigrati e il diritto al lavoro: una partita incompiuta*, in *Lavoratore extracomunitario ed integrazione europea. Profili giuridici*, Bari, 2007, p. 383 ss.

Il processo dell'immigrazione coinvolge anche il coordinamento europeo delle politiche economiche nazionali e la strategia europea per l'occupazione, nonché il metodo di coordinamento aperto relativamente ad inclusione sociale, assistenza sanitaria, protezione sociale e pensioni. In generale, la priorità di azione dovrebbe essere quella di prevedere il governo dell'immigrazione quale fattore comune (*mainstreaming*) nelle decisioni europee in materia economica, sociale e nelle relazioni esterne e sviluppo dell'immigrazione. Il Trattato di Lisbona predispone ora una politica comune dell'immigrazione per l'Unione europea in uno Spazio unificato di Libertà, Sicurezza e Giustizia, che rappresenta un difficile cantiere verso un modello sociale europeo.

Malgrado la comprensibile attuale diversità delle politiche nazionali, dovuta a ragioni storiche, culturali ed economiche, è impensabile non regolamentare a livello europeo un aspetto così cruciale, che presenta inevitabili conseguenze transnazionali sul mercato del lavoro di ogni Stato membro. In un mercato unico, caratterizzato dalla libera circolazione delle persone e dall'abolizione delle frontiere interne, non sembra sostenibile a medio termine la gestione di un fenomeno così rilevante tramite politiche nazionali d'immigrazione. Del resto, la regolamentazione comunitaria della materia perde ogni efficacia, quando gli Stati membri decidono, ciascuno per proprio conto, di procedere alla regolarizzazione *ex post* degli immigrati, ma questo avviene certamente perché non esiste ancora un consenso sulle opportunità e sui rischi dei flussi migratori.

Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione, a seguito delle novità istituzionali previste dai Trattati riformati, dovrebbero consentire il rilancio dell'armonizzazione legislativa e la cooperazione amministrativo-operativa. È altrettanto vero che se la disciplina in materia acquista una sua autonomia e specificità nella cornice di una *politica interna* dell'Unione europea, la sua realizzazione richiede, sul piano interpretativo e gestionale, coordinamento e coerenza con i settori paralleli della cooperazione giudiziaria in materia penale e della cooperazione di polizia nell'ambito dello SLSG unificato. Del resto, la stessa evoluzione della cooperazione Schengen dimostra la difficoltà di separazione, pratica e teorica, delle attività di controllo dell'immigrazione e della cooperazione di polizia, che si sono collocate, sin dagli inizi, in un sistema integrato.

L'esercizio della competenza dell'Unione europea dovrebbe essere finalizzato alla disciplina dei vari aspetti del fenomeno migratorio. In particolare, solo la regolamentazione dell'ammissione a livello comunitario per motivi di lavoro potrebbe limitare l'incidenza del fenomeno della clandestinità ed evitare criminalità e sfruttamento a livello diffuso.

Una politica comune richiederà la volontà degli Stati membri di rinunciare ad alcuni poteri in una materia così sensibile della loro sovranità per condividere, a livello dell'Unione europea, l'interesse a raccogliere le sfide dell'immigrazione, oltre che le opportunità.



Note e Commenti

La sentenza *Wilson*: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, *pre-emption* e ricorsi giurisdizionali di diritto interno

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Fatti, contesto normativo e questioni pregiudiziali. – 3. Le conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl. – 4. La sentenza della Corte. – 5. I margini di azione statale in presenza di un intervento comunitario di ravvicinamento delle legislazioni tra grado di *pre-emption* e tecnica di armonizzazione. – 6. L'armonizzazione come *regulatory bargain* tra interessi confliggenti. – 7. Libera circolazione degli avvocati vs esigenze imperative: il bilanciamento operato dalla direttiva 98/5/CE e lo spazio di intervento rimesso agli Stati membri. – 8. La nozione di "ricorso giurisdizionale di diritto interno" quale garanzia di funzionamento del mercato comune. – 9. *Indirect rule* e *representative malfunctions*: verso un meccanismo di controllo diffuso dell'attuazione e dell'applicazione del diritto comunitario. – 10. Le possibili ricadute applicative della sentenza *Wilson*. – 11. Oltre la libera circolazione degli avvocati: un principio immanente nell'ordinamento comunitario? – 12. Conclusioni.

1. In base alla direttiva 98/5/CE¹, i cittadini dell'Unione abilitati all'esercizio della professione forense in uno Stato membro (c.d. avvocati euro-

¹ Direttiva 98/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, *GUCE* L 77, 14 marzo 1998, p. 36. Sul tema si vedano; H. ADAMSON, *Free Movement of Lawyers*, London, 1998, II ed., p. 87 ss.; J. PERTEK, *Nouvelle étape vers l'Europe des avocats: la directive CE n° 95-5 di 16 février 1998 sur l'exercice permanent dans un autre Etat membre*, in *Recueil Dalloz*, 30, 1998, p. 283 ss.; E. ADOBATI, *Gli avvocati comunitari potranno esercitare con il proprio titolo d'origine in tutta l'Unione Europea*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 577 ss.; M. P. BELLOMI, *La libera circolazione degli avvocati nella comunità europea*, Padova, 1999, p. 152 ss.; G. A. DAL, L. DEFALQUE, *La Directive "Etablissement Avocats" 98/5/CE du 16 février 1998*, in *J. trib.*, 1999, p. 693 ss.; G. VICICONTE, *L'avvocato e l'Europa*, Milano, 1999, p. 194 ss.; J. PERTEK, *L'Europe des professions d'avocat après la Directive 98/5 sur l'exercice permanent dans un autre Etat Membre*, in *RMC*, 2001, p. 106 ss.; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario – Contributo allo studio delle libertà di circolazione e di concorrenza dei professionisti*, Napoli, 2005; R. MASTROIANNI, F. FERRARO, *La circolazione degli avvocati nell'Unione Europea*, in O. ROSELLI (a cura di), *Osservatorio sulla formazione giuridica – 2006*, Napoli, 2006, p. 132 ss.

pei)² hanno il diritto di esercitare stabilmente con il proprio titolo professionale di origine negli altri Stati membri³, previa iscrizione presso l'autorità competente dello Stato ospitante, che vi provvede su presentazione di un documento che attesti l'iscrizione del migrante presso la corrispondente autorità dello Stato membro d'origine. La direttiva prevede inoltre che le decisioni con cui tale iscrizione è negata o revocata devono essere motivate e sono soggette a "ricorso giurisdizionale di diritto interno" nello Stato ospitante.

Può lo Stato ospitante prevedere requisiti ulteriori per l'iscrizione, quali una verifica avente ad oggetto le conoscenze linguistiche dell'istante? E se l'iscrizione non è accordata, può il ricorso dell'avvocato europeo avverso la decisione di diniego essere affidato ad organi di giurisdizione professionale composti interamente o in prevalenza da avvocati nazionali?⁴ Con la sentenza del 19 settembre 2006, in causa C-506/04 *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha risposto in senso negativo ad entrambi i quesiti⁵.

² Ai fini del presente commento, per avvocato "europeo" o "migrante" si intende il cittadino di uno Stato membro abilitato all'esercizio della professione forense in uno Stato dell'Unione (che può anche non coincidere con lo Stato di cui l'avvocato europeo è cittadino) che intenda esercitare, stabilmente o provvisoriamente, la propria attività in un altro Stato membro.

³ Si parlerà, al riguardo, di Stato membro "ospitante"; lo Stato membro in cui l'avvocato europeo ha acquisito la propria qualifica professionale prima di esercitare in un altro Stato dell'Unione è invece detto Stato membro "d'origine"; per "titolo professionale d'origine" si intende la qualifica professionale ivi acquisita.

⁴ Secondo la definizione fornita dall'Avvocato generale Stix-Hackl, conclusioni dell'11 maggio 2006, causa C-193/05, *Commissione c. Lussemburgo (direttiva stabilimento avvocati II)*, *Raccolta*, p. I-8613, punto 42, per "avvocato nazionale" si intende l'individuo che esercita con il titolo di abilitazione all'esercizio della professione conseguito nello Stato ospitante (tale dizione è relativa, evidentemente, al punto di vista dell'avvocato migrante; per l'avvocato nazionale si tratta, invece, dello Stato di origine). La direttiva 98/5/CE fa peraltro riferimento alla più ampia nozione di "avvocato che esercita con il corrispondente titolo professionale dello Stato membro ospitante", categoria che comprende, oltre agli avvocati *nazionali*, anche gli avvocati *ad essi equiparati*, in quanto a qualsiasi titolo (per esempio a seguito del riconoscimento della propria qualifica professionale a norma della direttiva 2005/36/CE) legittimati all'esercizio della professione forense nello Stato ospitante con il relativo titolo professionale.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau du Luxembourg*, *Raccolta*, p. I-8613, con commenti di E. ADOBATTI, *La normativa lussemburghese che disciplina l'esercizio della professione forense è in contrasto con il diritto comunitario nella parte in cui subordina l'iscrizione all'albo degli avvocati alle conoscenze linguistiche*, in *DCSI*, 2006, p. 543 ss.; E. BROUSSY, F. DONNAT, C. LAMBERT, *Notion de juridiction en droit interne*, in *L'actualité juridique – droit administratif*, 2006, p. 2272 ss.; L. CARBONE, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 553; E. MEISSE, *Modalités d'inscription des avocats citoyens communautaires à un barreau d'un État membre*, in *Europe – Revue mensuelle*, 2006, n. 11, p. 20 ss.; G. PIZZOLANTE, *Illegittimo un ordine professionale chiamato a decidere le sorti dei colleghi*, in *Guida al Diritto, Diritto comunitario ed internazionale*, 2006, n. 5, p. 52 ss.; J. C. ZARKA, *Modalités d'inscription des avocats citoyens communautaires à un barreau d'un État membre*, in *La Semaine juridique*, 2006, p. 2285 ss.; E. CHITI, in *G. dir. amm.*, 2007, p. 611 ss.; A. MORETTO, in *NGCC*, 2007, p. 623 ss.

Vasto ed intricato è, peraltro, l'apparato concettuale posto a fondamento della pronuncia in esame. Quanto alla prima questione, nello statuire sui margini di manovra che residuano agli Stati membri a seguito di un intervento di armonizzazione, la Corte fa applicazione della c.d. *doctrine of pre-emption*, un principio di matrice giurisprudenziale che presenta ancora rilevanti profili di incertezza. Quanto al secondo quesito, la Corte ritiene che, ai fini dell'effettiva tutela giurisdizionale dei diritti previsti dalla direttiva 98/5/CE, l'organo chiamato a decidere i ricorsi contro le decisioni di diniego dell'iscrizione deve rispecchiare la "nozione di giudice come definita dal diritto comunitario", richiamando a tale scopo la giurisprudenza relativa alla nozione di giurisdizione nazionale di cui all'art. 234 TCE. Se relativamente certi sono i requisiti che i giudici nazionali devono presentare affinché possano disporre il rinvio pregiudiziale, meno evidenti risultano le ragioni che hanno indotto la Corte a servirsi proprio di tali criteri per definire la nozione di "ricorso giurisdizionale di diritto interno" nel contesto della direttiva 98/5/CE.

Si rende pertanto necessario destrutturare i presupposti concettuali che sono alla base della sentenza in esame, per poterli ricomporre in un quadro più chiaro e ricostruire così l'*iter* logico seguito dalla Corte, onde determinare le possibili ricadute applicative della *ratio decidendi* della presente pronuncia.

2. La sentenza in commento prende le mosse dalla decisione con cui il *Conseil de l'Ordre des avocats du barreau du Luxembourg* ha negato a Graham J. Wilson, *barrister* di nazionalità britannica, l'iscrizione presso l'elenco degli avvocati europei ammessi ad esercitare con il titolo professionale d'origine. La legislazione lussemburghese che recepisce la direttiva 98/5/CE prevede, quale requisito per l'iscrizione, la padronanza della lingua della legislazione (di norma il francese) e delle lingue amministrative e giudiziarie (francese, tedesco e lussemburghese), affidandone la verifica ai Consigli dell'Ordine sulla base di un colloquio. Il sig. Wilson si presentava a tale esame accompagnato da un avvocato lussemburghese, ma a fronte dell'opposizione del Consiglio dell'Ordine a che quest'ultimo vi assistesse, Wilson rifiutava di sostenere la prova linguistica; il Consiglio dell'Ordine quindi rigettava l'istanza di l'iscrizione all'albo degli avvocati del sig. Wilson, in considerazione dell'impossibilità di verificare le sue conoscenze linguistiche.

Secondo la normativa lussemburghese, le decisioni di diniego dell'iscrizione possono essere impugnate innanzi al *Conseil disciplinaire et administratif*, un organo di giurisdizione professionale i cui membri sono eletti dalle assemblee generali degli Ordini di Lussemburgo e di Diekirch fra gli avvocati nazionali aventi cittadinanza lussemburghese. Avverso le decisioni di tale organo può essere proposto ricorso innanzi al *Conseil disciplinaire et administratif d'appel*, composto da due magistrati togati della *Cour d'Appel* e da tre avvocati rispondenti ai requisiti predetti. Le pronunce del *Conseil disciplinaire et administratif d'appel*, infine, possono essere oggetto di ricorso per cassazione, esclusivamente per motivi di diritto.

In luogo di rivolgersi ai predetti organismi di giurisdizione domestica, peraltro, il sig. Wilson presentava ricorso al Tribunal Administratif di Lussemburgo, che si dichiarava incompetente; il ricorrente impugnava perciò detto provvedimento innanzi alla Cour Administrative, che ha sottoposto alla Corte di giustizia quattro questioni pregiudiziali. Tanto l'Avvocato generale Stix-Hackl quanto la Corte di giustizia hanno ricondotto tali questioni ai due quesiti seguenti: a) se ed a quali condizioni il diritto comunitario consente ad uno Stato membro ospitante di subordinare il diritto di un avvocato europeo di esercitare stabilmente in tale Stato con il proprio titolo professionale di origine ad una verifica della padronanza delle lingue in uso in detto Stato membro; b) se la nozione di "ricorso giurisdizionale di diritto interno" di cui all'art. 9 della direttiva 98/5/CE osta ad una procedura di ricorso quale quella articolata dalla normativa lussemburghese⁶.

3. Le conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl sono in realtà contenute in due documenti distinti, atteso che solo le considerazioni relative alla nozione di ricorso giurisdizionale di diritto interno sono svolte per esteso nelle conclusioni relative al caso *Wilson*⁷, mentre, con riguardo all'ammissibilità del test di lingua, l'Avvocato generale si limita a rinviare ad una parte delle proprie conclusioni presentate lo stesso giorno nel contesto del parallelo ricorso per inadempimento *Commissione c. Lussemburgo*⁸.

In ordine alla compatibilità con il diritto comunitario della verifica delle conoscenze linguistiche, l'Avvocato generale si sofferma in primo luogo sul tenore letterale della direttiva 98/5/CE, da cui si evincerebbe che la stessa, nel condizionare l'iscrizione presso l'autorità dello Stato ospitante alla presentazione di un documento attestante la registrazione dell'avvocato europeo presso la corrispondente autorità dello Stato d'origine⁹, abbia inteso operare una "armonizzazione completa" in ordine ai requisiti di iscrizione, ad esclusione quindi del test di lingua e di ogni altra condizione¹⁰.

Nelle sentenze *Groener e Haim*¹¹, certi requisiti linguistici, come quelli in esame, erano stati qualificati come restrizioni giustificabili in nome di motivi imperativi di interesse pubblico. Per l'Avvocato generale, peraltro, detti prece-

⁶ In realtà tanto l'Avvocato generale quanto la Corte affrontano i due quesiti in ordine inverso rispetto a quello proposto in questa sede. Si ritiene, peraltro, che anteporre le considerazioni relative al funzionamento del procedimento di iscrizione rispetto a quelle concernenti la sua patologia (le procedure di ricorso) risponda alle esigenze di una più ordinata trattazione.

⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl dell'11 maggio 2006, causa C-506/04, *Graham J. Wilson c. Ordre des avocats du barreau de Luxembourg*, *Raccolta*, p. I-8613.

⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl nel caso *Commissione c. Lussemburgo (direttiva stabilimento avvocati II)*, cit.

⁹ Direttiva 98/5/CE art. 3, par. 2.

¹⁰ Conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl nel caso *Wilson*, cit., punto 32.

¹¹ Sentenze della Corte di giustizia del 28 novembre 1989, causa C-473/93, *Groener*, *Raccolta*, p. 3967, punti 17-20 e del 4 luglio 2000, causa C-424/97, *Haim*, *Raccolta*, p. I-5123, punti 52-61.

denti si differenziano significativamente dal caso di specie: in tali ipotesi erano gli stessi provvedimenti comunitari a richiedere o a consentire la verifica delle conoscenze linguistiche dei migranti; nel caso *Groener*, poi, i requisiti di lingua riguardavano l'accesso alla docenza, ossia ad una professione cui compete la salvaguardia dell'identità culturale nazionale, obiettivo, questo, difficilmente riferibile agli avvocati.

Rilevante per il caso di specie è invece la sentenza *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*¹², in cui si afferma che, sebbene la direttiva 98/5/CE non richieda una verifica *ex ante* della conoscenza del diritto locale da parte degli avvocati migranti, la tutela dei consumatori e l'interesse alla buona amministrazione della giustizia risultano ugualmente tutelati in misura adeguata mediante la previsione di alcuni obblighi a carico dei migranti, quale quello di fare uso del proprio titolo professionale nella lingua dello Stato d'origine e di rispettare le regole deontologiche e professionali dello Stato ospitante, oltre a quelle dello Stato d'origine (c.d. principio della doppia deontologia). Secondo l'Avvocato generale, analogo ragionamento vale per le conoscenze linguistiche: pertanto, se la scelta del legislatore comunitario di un modello di apprendimento progressivo attraverso la pratica risulta legittima, agli Stati membri non è consentito optare per una verifica *ex ante*.

L'Avvocato generale opera, poi, un confronto tra il regime delle conoscenze linguistiche previsto dalla direttiva 98/5/CE e quello delineato in altre due direttive in materia di libera circolazione degli avvocati: la direttiva 2005/36/CE¹³, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali (che ha sostituito la celebre direttiva 89/48/CEE, la c.d. direttiva diplomi) e la direttiva 77/249/CEE concernente la libera prestazione di servizi da parte degli avvocati¹⁴. La prima non è, però, considerata un appropriato termine di paragone, atteso che, come chiarito nella sentenza *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*¹⁵, i beneficiari del riconoscimento (che esercitano con il titolo dello Stato ospitante) “non sono paragonabili” agli avvocati europei che esercitano con il titolo d'origine in base alla direttiva 98/5/CE. Sostanzialmente equiparati a questi ultimi sono invece i prestatori di servizi di cui alla direttiva 77/249/CEE: risulta perciò ragionevole che, in entrambi i casi, l'esercizio in altri Stati membri con il titolo d'origine non possa essere subordinato alla previa verifica delle conoscenze linguistiche locali¹⁶. Del resto, osserva l'Avvocato generale, anche laddove il test previsto dalla legislazione lussemburghese fosse compatibile con la direttiva 98/5/CE,

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 7 novembre 2000, causa C-168/98, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, *Raccolta*, p. I-9131.

¹³ Direttiva 2005/36/CE, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 22 ss.

¹⁴ Direttiva 77/249/CEE, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati, *GUCE* L 78, 26 marzo 1977, p. 17 ss.

¹⁵ Corte di giustizia, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, cit., punti 20-29.

¹⁶ *Ibidem*, punti 20-21.

tale verifica – che verte su ben tre lingue – sarebbe presumibilmente in contrasto con il principio di proporzionalità, posto che tutte le leggi ed i regolamenti attuativi sono redatti in francese, mentre il tedesco è impiegato solo per alcune parti del diritto tributario generale.

Volgendo l'attenzione alla seconda questione pregiudiziale, relativa alla nozione di “ricorso giurisdizionale di diritto interno”, l'Avvocato generale articola le proprie conclusioni percorrendo il seguente *iter* argomentativo: *in primis*, definisce la nozione di *indipendenza* del giudice sulla base di tre parametri (la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla nozione di giurisdizione nazionale *ex art. 234, 2° comma*; il confronto con i riferimenti ai “mezzi di ricorso di diritto interno” contenuti in altre direttive; la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 6 CEDU) e verifica se la giurisdizione professionale lussemburghese presenta i requisiti così enucleati; analogo ragionamento – sebbene l'analisi ermeneutica al riguardo sia sensibilmente meno approfondita – è poi seguito in ordine alla nozione di *imparzialità* del giudice.

Quanto al requisito dell'indipendenza, nel determinare quali organi sono legittimati ad operare il rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia ha delineato essenzialmente quattro criteri, nessuno dei quali risulta soddisfatto dalla giurisdizione professionale lussemburghese. Difatti, tanto l'autorità che adotta la decisione di diniego dell'iscrizione (il Consiglio dell'Ordine), quanto l'autorità chiamata a statuire sulla stessa (il Conseil disciplinaire et administratif ed il suo omologo in grado d'appello) sono composte prevalentemente da avvocati nazionali, il che porta a ritenere che il giudice non sia “terzo” rispetto all'amministrazione¹⁷ e che fra i due non sussista un'effettiva “separazione funzionale”¹⁸. Del pari, non militano nel senso di un'attività “indipendente e responsabile”¹⁹ sia la circostanza che i membri delle giurisdizioni professionali lussemburghesi non godono dell'indipendenza e dell'inamovibilità previste a favore dei magistrati, sia la mancata previsione di meccanismi di ricusazione ed astensione. Inoltre, la “collaborazione con altre autorità”²⁰ appare del tutto insufficiente, posto che i membri togati sono in minoranza in seno al Conseil disciplinaire et administratif d'appel e sono del tutto assenti nel corrispondente organo di prime cure.

Neanche il confronto dell'art. 9 della direttiva 98/5/CE con le disposizioni di altre direttive che fanno riferimento ai mezzi di tutela giurisdizionale risulta favorevole al meccanismo di ricorso previsto dalla normativa lussemburghese:

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, *Raccolta* 1993, I-1277, punto 15.

¹⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, *Raccolta*, p. I-4573, punto 37 e del 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrisa et al.*, *Raccolta*, p. I-5539, punti 39-40.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 1997, causa C-54/96, *Dorsch Consult*, *Raccolta*, p. I-4961, punto 34 ss.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1981, causa 246/80, *Broekmeulen*, *Raccolta*, p. 2311, punto 16.

l'art. 4 della direttiva 2002/21 in materia di comunicazioni elettroniche²¹, ad esempio, espressamente richiede che gli istituendi organi di ricorso siano “indipendenti” rispetto alle parti in causa.

L'Avvocato generale si domanda, poi, se la procedura lussemburghese presenta le garanzie proprie di un processo equo individuate dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 6 della CEDU. La risposta, ancora una volta negativa, scaturisce in particolare dal confronto dei fatti di causa con quelli alla base della sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Le Compte*²².

Il requisito dell'imparzialità dell'organo giudicante è, del pari, ritenuto non sussistente nella specie. L'Avvocato generale perviene a tale conclusione principalmente attraverso il confronto con la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *De Moor*, nella quale parimenti era in questione un rifiuto di ammissione all'Ordine degli Avvocati deciso da un consiglio disciplinare composto esclusivamente da avvocati²³.

La giurisdizione professionale lussemburghese, pertanto, non presenta i requisiti di indipendenza e imparzialità. In ultimo, l'Avvocato generale osserva che, sebbene la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ritenga sufficiente la possibilità di un sindacato giurisdizionale *a posteriori*²⁴, ciò non ricorre nel caso di specie, posto che il ricorso innanzi alla Cour de Cassation può essere proposto solo per motivi di diritto.

4. La sentenza resa della Corte nel caso *Wilson* ricalca prevalentemente il percorso argomentativo delle conclusioni dell'Avvocato generale; al rigore di quest'ultimo nell'esegesi dei testi normativi e nell'analisi dei precedenti giurisprudenziali (anche non comunitari), si contrappone, peraltro, una motivazione dal tono più perentorio che paideutico, la quale – come si vedrà – dà per presupposti diversi istituti di non agevole inquadramento.

Quanto alla possibilità di prevedere una verifica linguistica, la Corte in primo luogo afferma che, siccome tra le finalità della direttiva 98/5/CE vi è l'eliminazione delle disparità fra i requisiti cui i vari Stati membri subordinano l'iscrizione degli avvocati europei²⁵, con tale provvedimento il legislatore comunitario ha inteso realizzare la completa armonizzazione di detti requisiti. La

²¹ Direttiva 2002/21/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica, *GUCE* L 108, 24 aprile 2002, p. 33, art. 4, par. 1.

²² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 giugno 1981, *Le Compte, Van Leuven e De Meyere c. Belgio, Série A*, n. 43, par. 57.

²³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 23 giugno 1994, *De Moor c. Belgio*, in *Série A*, n. 292-A.

²⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 20 novembre 1995, *Bryan c. Regno Unito*, in *Série A*, n. 335-A, par. 40; cfr. anche sentenza del 24 novembre 2005, *Capital Bank AD c. Bulgaria*, n. 49429/99, par. 98.

²⁵ Corte di giustizia, sentenza *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, cit., punto 64.

presentazione del certificato attestante l'iscrizione del migrante presso l'autorità competente dello Stato d'origine risulta perciò l'unico requisito cui può essere condizionata l'iscrizione nello Stato ospitante.

A questo punto, la Corte si sofferma sul bilanciamento di interessi operato dalla direttiva. Se, da un lato, si rinuncia ad un sistema di previo controllo delle conoscenze linguistiche dei migranti, ciò coesiste, dall'altro, con una serie di previsioni volte a garantire, ad un livello accettabile nella Comunità, la tutela dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia. Tale è l'obbligo per l'avvocato migrante di esercitare con il titolo di origine; così, l'obbligo di agire in giudizio di concerto con un avvocato locale consente di ovviare alle eventuali carenze linguistiche dell'avvocato europeo. Significativa è, del pari, la soggezione dell'avvocato europeo alle regole professionali e deontologiche dello Stato ospitante, fra le quali generalmente ricorre l'obbligo, previsto altresì dal codice di deontologia adottato dal Consiglio degli ordini forensi europei, di non assumere incarichi in merito ai quali l'avvocato sa, o dovrebbe sapere, di non disporre delle necessarie competenze, anche in campo linguistico.

Del resto, osserva la Corte, la direttiva 98/5/CE principalmente si propone di rispondere alle esigenze degli utenti del diritto relative a questioni internazionali o disciplinate da un diritto diverso da quello dello Stato ospitante: si tratta, insomma, di casi che non richiedono un livello di conoscenza delle lingue locali pari a quello necessario per trattare cause regolate dal diritto dello Stato ospitante. Infine, la Corte rileva come il periodo di tre anni di attività effettiva e regolare relativa al diritto dello Stato ospitante – che l'art. 10 della direttiva richiede ai fini della diversa ipotesi della completa "assimilazione" del migrante nella professione dello Stato ospitante – consenta senza dubbio all'avvocato europeo che intenda beneficiare dell'integrazione di acquisire familiarità con le lingue locali.

Sulla base delle considerazioni che precedono, la Corte conclude che la direttiva 98/5/CE deve essere interpretata nel senso che osta alla previsione di una verifica delle conoscenze linguistiche quale condizione per l'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato ospitante dell'avvocato europeo che ivi intenda esercitare con il titolo di origine.

Passando al secondo quesito pregiudiziale, la Corte preliminarmente osserva come l'obbligo, di cui all'art. 9 della direttiva 98/5/CE di istituire meccanismi di ricorso giurisdizionale di diritto interno si traduca, per gli Stati membri, nel dovere di adottare provvedimenti sufficientemente efficaci per "raggiungere lo scopo" della direttiva e per garantire che i diritti da essa attribuiti possano essere "effettivamente" fatti valere innanzi ai giudici nazionali. La previsione di un controllo giurisdizionale è, del resto, espressione di un principio generale del diritto comunitario, derivante dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che trova inoltre consacrazione negli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo²⁶.

²⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, *Raccolta*, p. 1651, punto 17.

Senonché, affinché la tutela giurisdizionale dei diritti conferiti dalla direttiva 98/5/CE sia “effettiva”, l’organo chiamato a pronunciarsi sui ricorsi proposti avverso le decisioni di diniego delle iscrizioni deve essere un “giudice” nel senso proprio del diritto comunitario. A tal fine, la Corte si rifà alla nozione di giurisdizione di cui all’art. 234 TCE, come definita dalla giurisprudenza comunitaria, che ha al riguardo enucleato una serie di requisiti, tra cui quello dell’indipendenza dell’organo giudicante. Secondo la Corte, detto requisito implica innanzitutto la terzietà di tale organo rispetto all’autorità che ha adottato la decisione oggetto del ricorso²⁷; l’indipendenza presenta inoltre due aspetti: uno esterno, che ricorre allorché le persone che compongono l’organo giudicante sono poste al riparo da pressioni esterne²⁸, ed uno interno, che si ricollega alla nozione di imparzialità, consistente nell’equidistanza dei giudici dalle parti in causa ed dai loro rispettivi interessi.

L’indipendenza e l’imparzialità di un organo giudicante postulano l’esistenza di disposizioni relative, in particolare, alla sua composizione, nonché alla nomina, alla durata, all’astensione, alla ricusazione ed alla revoca dei suoi membri²⁹. Facendo proprie le considerazioni dell’Avvocato generale, la Corte ritiene che le norme relative alla composizione degli organi giurisdizionali professionali lussemburghesi non siano idonee a fornire sufficienti garanzie di imparzialità, in quanto gli avvocati nazionali che li compongono potrebbero avere un comune interesse a che siano confermate le decisioni che escludono dal mercato i concorrenti che hanno acquisito la propria qualifica in altri Stati membri.

I timori relativi all’imparzialità dei collegi giudicanti lussemburghesi non possono, inoltre, essere fugati dalla possibilità di esperire ricorso innanzi alla Cour de Cassation: a prescindere dalla compatibilità del previo passaggio per ben due organi non giurisdizionali con l’esigenza di ottenere tutela entro un termine ragionevole, la Corte ritiene determinante la circostanza che la cognizione della Cassazione lussemburghese è limitata alle questioni di diritto.

Alla luce delle precedenti considerazioni, la Corte risolve la seconda questione pregiudiziale nel senso che l’art. 9 della direttiva 98/5/CE osta ad un procedimento di ricorso secondo il quale la decisione che nega l’iscrizione (all’avvocato europeo che intenda esercitare col proprio titolo di origine) deve essere impugnata, in primo grado, innanzi ad un organo composto soltanto da avvocati nazionali e, in appello, innanzi ad un organo composto prevalentemente

²⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 30 marzo 1993, causa C-24/92, *Corbiau*, *Raccolta*, p. I-1277, punto 15 e del 30 maggio 2002, causa C-516/99, *Schmid*, *Raccolta*, p. I-4573, punto 36.

²⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 4 febbraio 1999, causa C-103/97, *Köllensperger e Atzwanger*, *Raccolta*, p. I-551, punto 21, e del 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Anderson*, *Raccolta*, p. I-5539, punto 36; sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, in *Série A*, n. 80, par. 78.

²⁹ Corte di giustizia, sentenza *Dorsch Consult*, cit., punto 36; sentenza *Köllensperger e Atzwanger*, cit., punti 20-23, nonché sentenza *De Coster*, cit., punti 18-21; sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, del 26 ottobre 1984, *De Cubber c. Belgio*, in *Série A*, n. 86, punto 24.

da tali avvocati, tanto più se il successivo ricorso per cassazione consente un sindacato circoscritto alle sole questioni di diritto.

5. Dalla lettura della sentenza in commento emerge che la risposta della Corte al quesito pregiudiziale relativo al test di lingua previsto dal diritto lussemburghese si sviluppa, essenzialmente, intorno a due cardini: la “completa armonizzazione” dei requisiti di iscrizione operata dalla direttiva 98/5/CE ed il bilanciamento di interessi realizzato in seno a detto provvedimento.

Quanto al primo profilo, sebbene tale parte della motivazione non eccella per rigore argomentativo – articolandosi in appena otto paragrafi – il ragionamento della Corte sembra basarsi sul principio giurisprudenziale della *pre-emption*, in virtù del quale le misure statali restrittive cessano di trovare giustificazione in presenza di un intervento comunitario di armonizzazione idoneo a garantire la tutela degli interessi perseguiti da tali misure³⁰. Peraltro, se l’esistenza di siffatto principio può dirsi pacifica, la portata, i presupposti e le conseguenze dell’applicazione del medesimo risultano, come si vedrà, tutt’altro che scontati.

Più approfondita è, invece, la parte della motivazione, in cui la Corte illustra come, nel contesto della direttiva 98/5/CE, la rinuncia alla verifica *ex ante* delle conoscenze linguistiche si accompagni ad un plesso di previsioni volte a garantire la protezione dei consumatori e la buona amministrazione della giustizia. Il ruolo di queste valutazioni nell’economia della pronuncia in esame appare, peraltro, di difficile comprensione: tale disamina poco sembra contribuire alla soluzione del caso – già compiutamente formulata sulla base della *pre-emption* – ed appare, *si j’ose dire*, quasi inconferente, in quanto articola considerazioni sull’opportunità delle scelte del legislatore comunitario che ci si aspetterebbe di rinvenire nel contesto di una sentenza resa a seguito di un rinvio pregiudiziale di validità o di un ricorso per annullamento *ex art. 230 TCE*. Rinviando ad un secondo momento ogni tentativo di collocazione di tali valutazioni nel quadro dell’orizzonte concettuale sotteso al ragionamento della Corte, occorre pertanto

³⁰ In questi termini, v. R. MASTROIANNI, *Ravvicinamento delle legislazioni nel diritto comunitario*, in *Dig. disc. pubb.*, XII, Torino, 1997, p. 460. Tra le numerose pronunce in tal senso, cfr. sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 1977, causa 5/77, *Carlo Tedeschi c. Denkavit Commerciale s.r.l.*, *Raccolta*, p. 1555; dell’8 novembre 1979, causa 251/78, *Firma Denkavit Futtermittel GmbH c. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen*, *Raccolta*, p. 3369; del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Procedimento penale a carico di Tullio Ratti*, *Raccolta*, p. 1629; del 30 novembre 1983, causa 227/82, *Procedimento penale a carico di Leendert van Bennekom*, *Raccolta*, p. 3883; del 20 settembre 1988, causa 190/87, *Oberkreisdirektor des Kreises Borken e Vertreter des Oeffentlichen Interesses beim Oberverwaltungsgericht fuer das Land Nordrhein-Westfalen c. Handelsonderneming Moormann Bv.*, *Raccolta*, p. 4689; del 20 settembre 1994, causa C-249/92, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, *Raccolta*, p. I-4311; del 25 aprile 2002, causa C-183/00, *María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana SA*, *Raccolta*, p. I-3901; del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco Ltd e Imperial Tobacco Ltd*, *Raccolta*, p. I-11453.

preliminarmente soffermarsi sulla *doctrine of pre-emption* e sui suoi rapporti con l'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Sebbene in Europa sia la giurisprudenza³¹ che la dottrina³² sembrino riservarle un modesto interesse, la *doctrine of pre-emption*, venuta alla luce nel contesto del diritto costituzionale statunitense³³, svolge un ruolo di fondamentale importanza nella disciplina dei rapporti fra il diritto comunitario e gli ordinamenti degli Stati membri. Il principio del primato del diritto comunitario permette di determinare *come* il contrasto tra una norma comunitaria ed una norma nazionale debba essere risolto, non già *se* tale conflitto sussiste. In quali occasioni si può affermare che ricorre un'antinomia? Occorre che le due norme prescrivano per la stessa fattispecie discipline antitetiche, ovvero semplicemente diverse, o è sufficiente che la misura nazionale si ponga in contrasto con lo spirito e le finalità dell'intervento comunitario? A tali quesiti risponde, o dovrebbe rispondere, la *doctrine of pre-emption*.

Si comprende agevolmente come, quanto più la nozione di "antinomia" è intesa in modo ampio, tanto più si restringe il campo d'azione dei legislatori nazionali. In funzione di quest'ultimo parametro, possono individuarsi, in ordine crescente, tre modelli di *pre-emption*³⁴: i) la *rule pre-emption*, in forza della

³¹ Quando la Corte impiega la parola "*pre-emption*" si riferisce, di norma, al diritto di prelazione di cui, in diritto societario, godono gli azionisti. Solo l'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni dell'11 dicembre 2003, causa C-110/02, *Commissione delle Comunità europee c. Consiglio dell'Unione europea (allevatori di suini)*, Raccolta, p. I-6333, punto 20 sembra impiegare tale termine nell'accezione discussa in questa sede, sebbene nella versione italiana "*principle of pre-emption*" sia stato tradotto – opinabilmente – con l'espressione "principio di prelazione".

³² Sul punto, v. M. WAELBROECK, *The Emergent Doctrine of Community Pre-emption – Consent and Redelelegation*, in T. SANDALOW, E. STEIN (eds.), *Courts and Free Markets: Perspectives from the United States and Europe*, II, Oxford, 1982, p. 548 ss.; S. WEATHERILL, *Beyond Preemption? Shared Competence and Constitutional Change in the European Community*, in D. O'KEEFFE, P. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, Oxford, 1994, p. 13 ss.; ID., *Pre-emption, Harmonisation and the Distribution of Competence to Regulate the Internal Market*, in C. BARNARD, J. SCOTT (eds.), *The Law of the Single European Market*, Oxford, 2002, p. 41 ss.; A. GOUCHA SOARES, *Pre-emption, Conflicts of Powers and Subsidiarity*, in *ELR*, 1998, n. 2, p. 132 ss.

³³ Tra i numerosissimi contributi della dottrina statunitense sul tema si segnalano: R. B. P., *Congressional Pre-emption by Silence of the Commerce Power*, in *Virginia Law Review*, 1956, p. 43 ss.; D. M. O'BRIEN, *The Rehnquist Court and Federal Preemption: In Search of a Theory*, in *The Journal of Federalism*, 1993, n. 4, p. 15 ss.; V. D. DINH, *Reassessing the Law of Preemption*, in *Georgetown Law Journal*, 2000, p. 2085 ss.; L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, New York, 2000, III ed., p. 1172 ss.; D. T. COENEN, *Constitutional Law: The Commerce Clause*, New York, 2004, p. 358 ss.; J. E. NOWAK, R. D. ROTUNDA, *Constitutional Law*, St. Paul, 2004, VII ed., p. 374 ss.

³⁴ Nel contesto statunitense, le varie sfaccettature della *doctrine of pre-emption* sono state efficacemente compendiate dalla Corte suprema nella sentenza del 20 aprile 1983, *Pacific Gas & Electric Co v. State Energy Resources Conservation & Development Commission*, in *U. S.* 461, p. 190. Alcuni autori ritengono, peraltro, di poter ravvisare delle corrispondenze tra le argomentazioni impiegate dai giudici americani e quelle della Corte di giustizia: cfr., in particolare, A. FURRER, *The Principle of Pre-emption in European Union Law*, in G. WINTER (ed.), *Sources and Categories of European Union Law – A Comparative and Reform Perspective*, Baden-Baden, 1996, p. 521 ss.; R. SCHÜTZE, *Supremacy without Pre-emption? The Very Slowly Emergent Doctrine*

quale vi è conflitto solo laddove la norma nazionale ed una specifica norma comunitaria prescrivano condotte materialmente antitetiche³⁵; ii) la *obstacle pre-emption*, che ravvisa un contrasto laddove la norma nazionale sia d'ostacolo al perseguimento delle finalità dell'intervento comunitario, o ne pregiudichi la piena efficacia³⁶; e iii) la *field pre-emption*, per la quale sussiste antinomia anche se la norma nazionale si limita ad intervenire in un campo "occupato" dalla disciplina comunitaria³⁷.

Quale dei predetti modelli di *pre-emption* ricorre nel caso *Wilson*? Nell'affermare che la presentazione del certificato costituisce "l'unico requisito" cui può essere subordinata l'iscrizione nello Stato ospitante, la Corte sembra aderire allo schema della *field pre-emption*, escludendo così non solo i test di lingua, ma qualsiasi ulteriore requisito. A tale conclusione, peraltro, la Corte perviene "in considerazione dell'*obiettivo* della direttiva 98/5/CE" di porre fine alle disparità tra i requisiti di iscrizione previsti nei diversi Stati membri da cui derivano ostacoli alla libera circolazione: sembra perciò ricorrere la *obstacle pre-emption*, con la conseguenza che la previsione di requisiti non discriminatori ulteriori tali da non "limitare in misura sostanziale l'accesso al mercato"³⁸ parrebbe consentita. D'altra parte, la Corte fonda espressamente il proprio ragionamento sull'interpretazione di una *specifica disposizione* della direttiva (art. 3, che prevede la presentazione dell'attestato dello Stato d'origine), impiegando una metodologia apparentemente riconducibile alla *rule pre-emption*.

of Community Pre-emption, in *CML Rev.*, 2006, p. 1023 ss. e, sebbene impieghi una tassonomia diversa, E. D. Cross, *Pre-emption of Member State Law in the European Economic Community: A Framework for Analysis*, *ivi*, 1992, p. 447 ss.

³⁵ Un esempio di questo tipo di *pre-emption* si rinviene nel caso *Gallaher*: gli articoli 3, par. 3 e 4, par. 4 della direttiva 89/622 richiedevano che "almeno il 4%" della superficie di ciascuna faccia dei pacchetti di sigarette fosse ricoperta dalle avvertenze ben note ai fumatori; pertanto, l'intervento normativo del Regno Unito che elevava tale soglia al 6% è stato ritenuto ammissibile in quanto non incompatibile con il disposto delle suddette disposizioni comunitarie. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1993, causa C-11/92, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte Gallaher Ltd, Imperial Tobacco Ltd e Rothmans International Tobacco (UK) Ltd.*, *Raccolta*, p. I-3545.

³⁶ Questo sembra essere il criterio adottato nella sentenza del 30 novembre 1978, causa 31/78, *Francesco Bussone c. Ministro dell'agricoltura e foreste*, *Raccolta*, p. 2429, punto 47, ove la Corte di giustizia ha ritenuto determinante accertare che l'intervento normativo italiano fosse "rispondente alle finalità dei regolamenti relativi all'organizzazione comune del mercato nel settore delle uova" (corsivo aggiunto).

³⁷ Cfr. sul punto, Corte di giustizia, sentenza *Ratti*, *cit.*, punto 27, in cui si afferma che "gli Stati membri non possono stabilire, nella propria legislazione nazionale, per quanto riguarda la classificazione, l'imballaggio e l'etichettatura dei solventi, condizioni più restrittive, né più precise di quelle della direttiva [73/173], o comunque da queste diverse" (corsivo aggiunto).

³⁸ Il riferimento è, ovviamente, alla soglia di rilevanza ai fini dell'applicazione dell'art. 28 TCE alle misure non discriminatorie suggerita dall'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni del 24 novembre 1994, causa C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*, *Raccolta*, p. I-179, punti 41-49.

Sembra allora condivisibile l'affermazione secondo cui, nel contesto comunitario, i vari tipi di *pre-emption* “non sono concetti a tenuta stagna”³⁹. Del resto, accade sovente che, nel valutare la compatibilità di un intervento nazionale con una misura comunitaria di armonizzazione, la Corte prenda in considerazione tanto le singole disposizioni comunitarie quanto le finalità del provvedimento in cui sono inserite, per arrivare, attraverso il criterio dell'interpretazione teleologica⁴⁰, alla conclusione che il legislatore europeo ha operato “un'armonizzazione totale” della materia (*rectius*: ha “occupato interamente il campo”), escludendo così qualsiasi intervento nazionale.

In altre parole, non solo la Corte fa spesso simultaneo riferimento a più di un tipo di *pre-emption*, ma sembra altresì sovrapporre tale questione con la determinazione del grado di armonizzazione realizzato dal provvedimento comunitario⁴¹. Ma in quale rapporto si pongono *pre-emption* e armonizzazione? In un saggio del 1996, Piet Jan Slot sosteneva che, nei casi in cui è in questione la previsione di misure nazionali restrittive in presenza di un intervento comunitario di armonizzazione, la Corte di giustizia è solita seguire un *two-tier approach*, consistente, in prima battuta, nel verificare se vi è *pre-emption* – ossia se la misura comunitaria ha interamente “occupato il campo” ad esclusione dell'intervento nazionale – quindi, in caso negativo, nel determinare il livello di armonizzazione realizzato dall'atto comunitario, al fine di stabilire se ed in che misura possa estrinsecarsi la potestà normativa statale⁴². In considerazione delle difficoltà riscontrate nell'applicazione della *doctrine of pre-emption*, occorre perciò volgere lo sguardo alle tecniche di armonizzazione ed alle conseguenze che ne derivano⁴³.

³⁹ Così R. SCHÜTZE, *op. cit.*, p. 1043.

⁴⁰ *Ibidem*, nota 82, riporta il seguente passaggio della sentenza della Corte di giustizia del 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb B.V. c. Produktschap voor Siergewassen*, Raccolta, p. 137, punto 9: “la compatibilità delle disposizioni citate dal giudice nazionale con i regolamenti comunitari va esaminata alla luce non solo di quanto espressamente disposto da detti regolamenti, ma anche dello scopo e degli obiettivi di questi”.

⁴¹ Secondo P. J. SLOT, *Harmonisation*, in *ELR*, 1996, n. 5, p. 385, nota 60, nella sentenza del 23 maggio 1990, causa C-169/89, *Procedimento penale c. Gourmetterie Van den Burg*, Raccolta, p. I-2143, punto 9, la Corte di giustizia avrebbe inopinatamente fatto riferimento al “grado di armonizzazione disposto dalla direttiva 79/409/CEE”, laddove avrebbe dovuto verificare se tale provvedimento avesse o meno “disciplinato esaurientemente i poteri degli Stati membri nel settore”.

⁴² P. J. SLOT, *op. cit.*, pp. 381-382.

⁴³ In generale sul ravvicinamento delle legislazioni nazionali in diritto comunitario, cfr. F. CARUSO, *Unificazione del diritto, diritto uniforme e ravvicinamento delle legislazioni nella CEE*, in *N.mo DI, Appendice*, Torino, 1987, p. 673 ss.; *Id.*, *Considerazioni generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazioni statali in diritto comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 3 ss.; R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 457 ss.; M. R. SAULLE, *Ravvicinamento delle legislazioni (diritto comunitario)*, in *EdD, Aggiornamento*, IV, Milano, 1998, p. 312 ss.; M. GNES, *Ravvicinamento delle legislazioni (diritto comunitario)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 4835 ss.

Il modello concettualmente più semplice di ravvicinamento delle legislazioni nazionali ad opera del diritto comunitario è noto come armonizzazione “totale”, “completa” o “esaustiva” e comporta la sostituzione dei diversi regimi nazionali con una disciplina comunitaria uniforme avente carattere di esclusività (c.d. clausola di esclusività)⁴⁴. In presenza di una misura di armonizzazione totale, difatti, gli Stati non possono invocare né le deroghe espressamente previste dal Trattato, né le esigenze imperative introdotte dalla giurisprudenza per giustificare l'introduzione o il mantenimento di normative incompatibili⁴⁵. Al riguardo, occorre rilevare come la menomazione delle prerogative nazionali prodotta dall'armonizzazione totale è assai simile a quella che consegue all'applicazione della *field pre-emption*: non desta perciò sorpresa la circostanza che una certa dottrina consideri la seconda effetto tipico della prima⁴⁶.

Peraltro, non sempre risulta agevole determinare se un dato provvedimento realizzi o meno l'armonizzazione totale di una data materia: raramente le clausole di esclusività sono formulate *apertis verbis*, di norma – ed è quanto avviene nel caso *Wilson* – il provvedimento di armonizzazione si limita a prevedere uno o più requisiti, lasciando all'interprete il delicato compito di determinare se, così facendo, il legislatore comunitario intendesse escludere la possibilità per gli Stati membri di introdurre di ulteriori o differenti. Difatti, spesso è complesso distinguere l'armonizzazione totale dall'armonizzazione “minima”, che, a differenza della prima, consente agli Stati membri di introdurre misure di maggior rigore rispetto al minimo armonizzato per il perseguimento di autonomi obiettivi di politica nazionale, salvo il rispetto del “tetto” costituito dalle norme del Trattato in materia di libera circolazione⁴⁷. Al pari delle clausole di esclusività, anche le

⁴⁴ Sul punto, sebbene attribuisca un significato lievemente diverso all'espressione “*exclusivity clause*”, si rimanda a C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford, 2007, pp. 861-863; v. inoltre R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 471.

⁴⁵ In questi termini M. DOUGAN, *Minimum Harmonisation and the Internal Market*, in *CML Rev.*, 2000, p. 866. Cfr. inoltre R. PARDOLESI, A. PALMIERI, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo (Nota a Corte giust. 25 aprile 2002, causa C-183/00, 25 aprile 2002, causa C-154/00, e 25 aprile 2002, causa C-52/00)*, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 298. Si rimanda inoltre alla giurisprudenza citata alla nota 30.

⁴⁶ Tale è l'opinione di M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 854, nonché di S. WEATHERILL, *Pre-emption*, *cit.*, pp. 58-59.

⁴⁷ Sul punto, cfr. sentenze della Corte di giustizia del 16 maggio 1989, causa 382/87, *R. Buet e Educational Business Services (EBS) SARL c. Pubblico ministero*, *Raccolta*, p. 1235, punto 16; *Gourmetterie*, *cit.*, punto 9; del 9 luglio 1997, cause riunite C-34, 35 e 36/95, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini Förlag AB e TV-Shop i Sverige AB*, *Raccolta*, p. I-3843, punti 3 e 28; del 19 marzo 1998, causa C-1/96, *The Queen c. Minister of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Compassion in World Farming Ltd*, *Raccolta*, p. I-1251, punto 63; del 1° dicembre 1998, causa C-410/96, *Procedimento penale a carico di André Ambry*, *Raccolta*, p. I-7875, punto 23. In dottrina, cfr. M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 853 ss.; P. ROTT, *Minimum Harmonisation for the Completion of the Internal Market? The Example of Consumer Sales Law*, in *CML Rev.*, 2003, p. 1107 ss.; F. DE CECCO, *Room to Move? Minimum Harmonization and Fundamental Rights*, *ivi*, 2006, p. 9 ss.

c.d. clausole di armonizzazione minima⁴⁸, che legittimano l'introduzione o il mantenimento di norme statali più rigide, sono talvolta formulate in maniera implicita⁴⁹, sicché la determinazione del modello di armonizzazione – e quindi dello spazio di manovra che residua in capo ai legislatori statali – si risolve in un'operazione ermeneutica suscettibile di condurre a più interpretazioni divergenti⁵⁰.

6. Quanto esposto sembra suggerire che, allo stato dell'arte del diritto comunitario, la tecnica di armonizzazione impiegata e la *doctrine of pre-emption* non sono variabili indipendenti, bensì sono funzioni del bilanciamento di interessi operato in seno al provvedimento comunitario. Di conseguenza, il reale compito dell'interprete è quello di determinare se tale equilibrio è stato cristallizzato *sub specie aeternitatis* nel provvedimento comunitario (armonizzazione totale; *field pre-emption*) o se vi è un margine di flessibilità per correttivi a livello statale (armonizzazione minima, parziale o opzionale; *rule* o *obstacle pre-emption*).

Siffatta preferibile impostazione trova riscontro nella *ratio* sottesa al ravvicinamento delle legislazioni nazionali. L'armonizzazione, difatti, si rende necessaria laddove il principio del mutuo riconoscimento non opera poiché gli Stati sono in grado di invocare con successo le deroghe espresse o le esigenze imperative, ostacolando così la libera circolazione⁵¹. Nell'adottare misure di armonizzazione, peraltro, il legislatore comunitario non potrà limitarsi a rimuovere tali restrizioni, ma dovrà tenere conto delle esigenze ad esse sottese, individuando un livello di tutela uniforme per tutti gli Stati membri e bilanciando tali interessi con il funzionamento del mercato comune.

⁴⁸ Si intende fare riferimento alle clausole di armonizzazione minima contenute in atti di diritto comunitario derivato. Diversa è invece la problematica, non avente incidenza sul caso di specie, delle c.d. clausole "generali" di armonizzazione minima, previste da alcune norme del Trattato, ed in particolare dall'art. 95, paragrafi da 4 a 9. Al riguardo, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 465 espressamente esclude la possibilità di estendere il meccanismo di deroga previsto dall'art. 95, paragrafi da 4 a 9, all'art. 47, disposizione che costituisce la base giuridica in forza della quale è stata adottata la direttiva 98/5/CE.

⁴⁹ Ad esempio, nella sentenza del 19 ottobre 1995, causa 128/94, *Hans Hoenig c. Comune di Stockach*, Raccolta, p. I-3389 la Corte di giustizia ha ritenuto che, alla luce delle finalità della direttiva 88/166, la disposizione di tale provvedimento che disciplinava le dimensioni delle gabbie per le galline ovaiole potesse essere interpretata come una clausola di armonizzazione minima, così da legittimare gli Stati a prescrivere l'impiego di gabbie più ampie.

⁵⁰ Sul punto, v. R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 472, il quale evidenzia un ulteriore elemento di complessità: alcuni provvedimenti comunitari recano disposizioni riconducibili a diverse tecniche di armonizzazione: è il caso della direttiva 89/552 (c.d. direttiva TV senza frontiere) che realizza un'armonizzazione al contempo parziale, opzionale e minima e si serve del meccanismo del mutuo riconoscimento. Cfr. sentenza *De Agostini*, cit.

⁵¹ Cfr. comunicazione della Commissione, del 3 ottobre 1980, sulle conseguenze della sentenza emessa dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee, il 20 febbraio 1979, nella causa 120/78 ("Cassis de Dijon"), *GUCE* C 256, 3 ottobre 1980, p. 2, il cui quartultimo paragrafo afferma: "La Commissione dovrà principalmente adoprarsi per armonizzare le legislazioni nazionali che incidono sul funzionamento del mercato comune quando gli ostacoli da eliminare risultino da disposizioni nazionali ammissibili alla luce dei criteri enunciati dalla Corte".

Tale obbligo gravante sul legislatore comunitario è stato affermato dalla Corte a chiare lettere, proprio in riferimento alla direttiva 98/5/CE, nel caso *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*⁵². Indicazioni in tal senso sono anche contenute nel testo del Trattato: la “clausola di raccordo” di cui all’art. 95, par. 3 consente, ad esempio, di incorporare considerazioni relative a sanità, sicurezza, protezione dell’ambiente e protezione dei consumatori nelle misure di ravvicinamento adottate in base all’art. 95, par. 1. Nella sentenza *Germania c. Parlamento e Consiglio (pubblicità prodotti del tabacco I)*⁵³ sembrerebbe, poi, che la Corte abbia inteso estendere tale principio anche alle basi giuridiche settoriali che consentono l’adozione di misure di armonizzazione in materia di stabilimento e servizi⁵⁴.

Appare pertanto ampiamente condivisibile l’affermazione secondo la quale l’armonizzazione delle legislazioni non è solo *de-regulation*, ossia la sostituzione di una pluralità di discipline nazionali con un regime comune, ma è soprattutto un (*re-*)*regulatory bargain*⁵⁵, un compromesso raggiunto a livello soprannazionale per il bilanciamento di diversi interessi, talvolta antitetici, di natura sia economica che non⁵⁶.

Si spiega in questi termini l’istituto della *pre-emption*: una volta che è stato raggiunto un accordo a livello soprannazionale, gli Stati non possono rimetterlo

⁵² Sentenza *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, cit., punto 32: “Si deve rilevare che, in mancanza di un intervento comunitario, gli Stati membri possono, a determinate condizioni, imporre provvedimenti nazionali che perseguano un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e giustificato da ragioni imperative di interesse generale, ivi compresa la tutela dei consumatori. In determinate circostanze essi possono, quindi, adottare o mantenere in vigore misure che ostacolano la libera circolazione. Sono in particolare ostacoli di questo tipo che l’art. 57, par. 2, del Trattato consente alla Comunità di eliminare, al fine di facilitare l’accesso alle attività autonome e all’esercizio delle medesime. Nell’adottare tali misure, il legislatore comunitario tiene conto dell’interesse generale perseguito dai diversi Stati membri e dispone un livello di protezione di questo interesse che risulti accettabile nella Comunità (...). Ai fini della determinazione del livello di protezione accettabile, il legislatore comunitario dispone di un ampio potere discrezionale” (corsivo aggiunto). Tale principio era, peraltro, già stato enucleato nella sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1997, causa C-233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio (sistemi di garanzia dei depositi)*, *Raccolta*, p. I-2405, punti 16-17.

⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Repubblica federale di Germania c. Parlamento europeo e Consiglio dell’Unione europea (pubblicità prodotti del tabacco I)*, *Raccolta*, p. I-8419.

⁵⁴ Sul punto, cfr. B. DE WITTE, *Non-market Values in Internal Market Legislation*, in N. N. SHUIBHNE (ed.), *Regulating the Internal Market*, Cheltenham, 2006, p. 68.

⁵⁵ S.WEATHERILL, *Pre-emption*, cit., p. 52.

⁵⁶ La Corte ha riconosciuto espressamente che, in taluni casi, i valori non economici sono prevalenti rispetto all’obiettivo di assicurare il funzionamento del mercato interno: sul punto, cfr. la sentenza del 4 marzo 2004, cause riunite C-19, 50 e 84/01, *Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) c. Alberto Barsotti e a.*, *Raccolta*, p. I-2005. In altri casi, invece, la Corte ha affermato che tali istanze sono configgenti, sicché il diritto comunitario derivato è preordinato al loro bilanciamento: cfr. la sentenza del 6 novembre 2003, causa C-101/01, *Procedimento penale a carico di Bodil Lindqvist*, *Raccolta*, p. I-12971.

in discussione invocando le deroghe espresse o le esigenze imperative per adottare misure interne divergenti.

Anche la scelta del modello di armonizzazione può essere inquadrata in tale contesto: se l'esigenza di uniforme aderenza al compromesso comunitario è prevalente, si ricorrerà all'armonizzazione totale; se invece si vuole favorire la tutela di un determinato interesse, ma non c'è accordo fra gli Stati relativamente al livello ottimale di protezione, la misura di armonizzazione si limiterà a fissare un "minimo comune denominatore", lasciando agli Stati membri la facoltà di prevedere forme di tutela più intense.

7. Tra le censure mosse dal Governo lussemburghese alla direttiva 98/5/CE, nel caso *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*⁵⁷, spicca la pretesa contrarietà del provvedimento all'interesse dei consumatori e alla corretta amministrazione della giustizia. La necessità di operare un bilanciamento tra la promozione della libera circolazione degli avvocati e le predette esigenze imperative è, invero, un *topos* che accomuna gli interventi normativi comunitari in materia, ciascuno dei quali si caratterizza, peraltro, per una diversa declinazione di tale *regulatory bargain* e, di conseguenza, per un diverso grado di apertura nei confronti delle discipline nazionali⁵⁸. Per comprendere la pronuncia della Corte nel caso *Wilson*, si rende pertanto necessario disvelare il compromesso che la direttiva 98/5/CE incarna. Al tal fine, risulta proficuo il confronto con le scelte compiute dal legislatore comunitario in occasione degli altri due provvedimenti di riferimento in materia di libera circolazione degli avvocati: la direttiva 2005/36/CE e la direttiva 77/249/CEE.

L'esercizio permanente della professione forense con il titolo professionale d'*origine*, oggetto della direttiva 98/5/CE, si differenzia sensibilmente dallo stabilimento immediato con il titolo professionale dello Stato *ospitante* regolato dalla direttiva 2005/36/CE⁵⁹ (la Corte⁶⁰ e due Avvocati generali hanno infatti convenuto che le due categorie di beneficiari "non sono paragonabili")⁶¹; signi-

⁵⁷ Sentenza *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, cit., punto 30.

⁵⁸ Per quanto attiene al diritto comunitario derivato, l'esercizio della professione forense in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquisita la qualifica è disciplinato, se si tratta di esercizio permanente (i.e. a titolo di stabilimento), dalle direttive 2005/36/CE e 98/5/CE, se invece si verte in esercizio temporaneo (a titolo di prestazione di servizi), dalla direttiva 77/249. Per alcune questioni non disciplinate dalle precedenti direttive trova inoltre applicazione la direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GUUE* L 376, 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

⁵⁹ Sulla direttiva 2005/36/CE, che ha di recente sostituito la nota direttiva 89/48/CE (c.d. direttiva diplomi), si veda E. CHIARETTO, *Il riconoscimento delle qualifiche professionali nell'Unione Europea*, in *RDIPP*, 2006, p. 689 ss.

⁶⁰ *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, cit., punto 24.

⁶¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Colomer del 24 febbraio 2000, causa C-168/98, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, *Raccolta*, p. I-9131, punto 26; conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl, *Commissione c. Lussemburgo (direttiva stabilimento avvocati II)*, cit., punto 42.

ficativi sono invece i profili di analogia rispetto alla disciplina della prestazione temporanea di servizi contenuta nella direttiva 77/249/CEE⁶².

Proprio come quest'ultima, difatti, la direttiva 98/5/CE facilita fortemente l'*accesso* al mercato da parte degli avvocati europei prevedendo, quale unico requisito per l'iscrizione presso l'autorità competente dello Stato ospitante, la presentazione di un certificato attestante l'iscrizione presso la corrispondente autorità dello Stato d'origine. Trattasi, in entrambe le direttive, di un meccanismo di mutuo riconoscimento c.d. passivo delle autorizzazioni all'esercizio della professione⁶³, cui non si accompagna la possibilità per lo Stato ospitante di applicare misure compensative (tirocinio di adattamento o prova attitudinale), come invece prevede la direttiva 2005/36/CE. A tale scelta fanno però da contraltare una serie di prescrizioni relative all'*esercizio* della professione. Nella sentenza in commento, la Corte ne elenca tre: l'obbligo di fare uso del titolo d'origine, l'obbligo di agire di concerto con un avvocato locale, relativamente alle attività di rappresentanza e difesa in giudizio, e l'integrale soggezione del migrante alle regole professionali e deontologiche di origine e di quello ospitante, il quale ultimo dispone all'uopo di un'autonoma *potestas puniendi*.

Il quadro che ne risulta è una disciplina che liberalizza l'*accesso* al mercato da parte degli avvocati europei, ma tutela i consumatori e l'amministrazione della giustizia mediante la previsione di rigide condizioni di *esercizio* dell'attività professionale⁶⁴. Assumendo tale angolazione il percorso argomentativo seguito dalla Corte diviene finalmente evidente: misure, quali un test di lingua, idonee ad incidere in modo restrittivo sulla disciplina dell'*accesso* al mercato avrebbero rimesso in discussione il compromesso raggiunto a livello comunitario tra libera circolazione ed esigenze imperative, stravolgendo così l'equilibrio interno dell'intero provvedimento a detrimento del mercato comune. È per questo motivo che, si ritiene, la Corte ha ritenuto che in ordine ai requisiti di iscrizione – e quindi di accesso – la direttiva 98/5/CE ha operato un'armonizzazione totale, con conseguente esclusione di qualsiasi misura statale difforme o ulte-

⁶² L'Avvocato generale Stix-Hackl, nelle conclusioni del caso *Commissione c. Lussemburgo (direttiva stabilimento avvocati II)*, cit., punto 75, ha affermato al riguardo che "le disposizioni decisive nella fattispecie coincidono ampiamente nelle due direttive".

⁶³ Secondo la perspicace analisi di H. A. ARMSTRONG, *Mutual Recognition*, in C. BARNARD, J. SCOTT (eds.), *The Law of the Single European Market – Unpacking the Premises*, Oxford, 2002, pp. 230-232, il mutuo riconoscimento può dirsi "attivo" allorché la valutazione circa l'equivalenza fra i controlli o i requisiti dello Stato d'origine e quelli dello Stato ospitante è frutto di un discrezionale apprezzamento compiuto volta per volta dalle autorità dello Stato ospitante; si ha invece mutuo riconoscimento "passivo" quando tale giudizio di equivalenza è stato compiuto a monte dal legislatore comunitario, sicché le autorità dello Stato ospitante devono limitarsi a prenderne atto e dichiarare l'equivalenza ogniqualvolta ricorrano i requisiti previsti nel provvedimento di armonizzazione.

⁶⁴ Appare, pertanto, condivisibile la ricostruzione di E. CHITI, *op. cit.*, p. 613, secondo cui nel caso in commento la Corte avrebbe operato una distinzione tra i requisiti linguistici che impediscono l'*accesso* al mercato, incompatibili con il diritto comunitario, e le disposizioni nazionali volte a regolare in maniera non discriminatoria gli aspetti linguistici del corretto *esercizio* della professione, che devono invece ritenersi pienamente ammissibili.

riore, secondo il modello della *field pre-emption*. In questa prospettiva assume significato anche la seconda parte della risposta della Corte al quesito pregiudiziale in esame: lungi dall'essere pletorica, un'accurata disamina delle disposizioni della direttiva volte a garantire la protezione degli assistiti ed una buona amministrazione della giustizia si rivela il necessario contrappeso rispetto alla statuizione della Corte in ordine al grado di armonizzazione realizzato dalla direttiva.

Per converso, relativamente alla disciplina dell'*esercizio* della professione forense la direttiva 98/5/CE sembra operare un'armonizzazione minima, limitandosi a prevedere uno "zoccolo duro" di garanzie inderogabili⁶⁵ e lasciando allo Stato ospitante un ampio margine di manovra per la previsione di forme di tutela più intense. Ciò si evince tanto dal chiaro tenore di alcune disposizioni della direttiva, che individuano meccanismi di garanzia la cui applicazione è espressamente rimessa alla volontà di ciascuno Stato⁶⁶, quanto dalla "clausola generale" di cui all'art. 6, par. 1, che prevede la soggezione del migrante alle norme deontologiche e professionali dello Stato ospitante, oltre che a quelle dello Stato d'origine (c.d. principio della doppia deontologia). Del resto, lo stesso Avvocato generale Colomer ha espressamente riconosciuto la possibilità di legiferare "al di sopra" del minimo armonizzato dalla direttiva 98/5/CE nel caso *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*⁶⁷.

La potestà rimessa agli Stati membri di prevedere misure di maggior rigore trova peraltro un limite nel "tetto" costituito dalle norme del Trattato in materia di libera circolazione⁶⁸. Pertanto, se indistintamente applicabili, dette misure saranno compatibili rispetto al Trattato solo se soddisfano le quattro condizioni

⁶⁵ Tale è, ad esempio, l'obbligo per l'avvocato europeo di esercitare con il proprio titolo professionale espresso nella lingua dello Stato d'origine (direttiva 98/5/CE, art. 4, par. 1); tale è altresì il divieto di esercitare nello Stato ospitante che, ai sensi dell'art. 7, par. 5 della direttiva, consegue "automaticamente" alla revoca dell'abilitazione all'esercizio della professione forense intervenuta nello Stato d'origine.

⁶⁶ Emblematico è, al riguardo, l'art. 5 della direttiva, relativo al campo di attività degli avvocati europei, ove si prevede che, in deroga al principio di parità tra detti avvocati e quelli nazionali ed equiparati, gli Stati membri ospitanti *possono* escludere gli avvocati che esercitano col titolo di origine dalle attività c.d. notarili, *possono* imporre loro l'obbligo di agire in giudizio di concerto con un avvocato locale e *possono* riservare ad avvocati specializzati l'accesso alle corti supreme. Costituisce, del pari, una facoltà per ciascuno Stato membro l'applicazione degli obblighi e dei requisiti di cui agli articoli 3, par. 2, 4, par. 2, 6, par. 3 e 12.

⁶⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Colomer, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio (direttiva stabilimento avvocati I)*, cit., punto 47: "nulla impedisce al Lussemburgo di rafforzare la propria vigilanza e di vietare agli avvocati di accettare incarichi professionali per i quali sappiano, o debbano sapere, di non possedere la necessaria competenza [anche linguistica] ovvero inasprendo le sanzioni penali o disciplinari applicabili in caso di negligenza professionale".

⁶⁸ Cfr. le citate sentenze *R. Buet e Educational Business Services (EBS) SARL c. Pubblico ministero e De Agostini*. Interessante è, poi, la sentenza *Procedimento penale a carico di André Ambry*, cit., punto 43 in cui la Corte ha ritenuto statuito che la misura nazionale avesse superato il "tetto" dell'art. 49 TCE.

individuata nella sentenza *Gebhard*⁶⁹. Tale tetto appare peraltro collocato ad un'altezza piuttosto elevata. L'esercizio permanente mediante il titolo d'origine, regolato dalla direttiva 98/5/CE, costituisce infatti esercizio del diritto di stabilimento, fattispecie in relazione alla quale sembra trovare applicazione un modello di *non-absolute host State control*: in altre parole, le misure nazionali restrittive si presumono compatibili con il Trattato, salvo si dimostri che una o più delle condizioni poste nella pronuncia *Gebhard* non sono soddisfatte⁷⁰.

Più complessa è invece la determinazione dello spazio di manovra rimesso agli Stati membri nel disciplinare l'esercizio della professione forense a titolo di libera prestazione di servizi: come la direttiva 98/5/CE, anche la direttiva 77/249/CEE sembra realizzare un'armonizzazione minima; peraltro, almeno con riferimento all'attività dei migranti in ambito stragiudiziale, la tutela degli interessi dei consumatori e dell'amministrazione della giustizia sembra piegarsi maggiormente alle esigenze del mercato comune, posto che rispetto a tali attività il principio della doppia deontologia opera in maniera imperfetta⁷¹. Alquanto inferiore è, invece, il livello massimo di tutela consentita, in considerazione del principio di *non-absolute home State control* che sembra orientare l'applicazione delle norme del Trattato in materia di libera prestazione di servizi⁷².

Da ultimo, tale limite massimo potrebbe subire un ulteriore e considerevole abbassamento ad opera della direttiva 2006/123/CE, nella misura in cui l'art. 16 di tale provvedimento limita a quattro le esigenze imperative che gli Stati possono invocare per giustificare misure che ostacolano la libera prestazione dei servizi, escludendo, in particolare, sia la tutela dei consumatori che l'interesse

⁶⁹ Sentenza della Corte del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, Raccolta, p. I-4165, punto 37: "i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperiosi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo".

⁷⁰ Sulla questione, ed in particolare sulla diversa disciplina dell'onere della prova fra i casi relativi al diritto di stabilimento e quelli concernenti la libera prestazione di servizi, v. la lucidissima analisi di E. I. KALDELLIS, *Freedom of Establishment versus Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-law Developments in the Area of Indistinctly Applicable Rules*, in *LIEI*, 2001, p. 23 ss.

⁷¹ Difatti, ai sensi dell'art. 4, par. 4 della direttiva 77/249/CEE, le attività stragiudiziali sono di regola soggette alle sole norme dello Stato d'origine, "fatto salvo il rispetto delle norme, qualunque sia la loro fonte, che disciplinano la professione nello Stato membro ospitante, in particolare di quelle riguardanti l'incompatibilità fra l'esercizio delle attività di avvocato e quello di altre attività in detto Stato, il segreto professionale, il carattere riservato dei rapporti tra colleghi, il divieto per uno stesso avvocato di assistere parti che abbiano interessi contrapposti e la pubblicità".

⁷² A differenza delle misure che ostacolano il diritto di stabilimento, i provvedimenti aventi effetti restrittivi rispetto per la libera prestazione dei servizi *si presumono incompatibili* con il Trattato, presunzione che può essere rovesciata solo se si dimostra che tutte e quattro le condizioni del test *Gebhard* sono soddisfatte. Sul punto, v. KALDELLIS, *op. cit.*, p. 35.

all'amministrazione della giustizia⁷³. Sennonché, l'art. 17, par. 4 della direttiva 2006/123/CE afferma che ciò non si applica “alle materie disciplinate dalla direttiva 77/249/CEE”. Spetterà alla Corte di giustizia chiarire se – come sembra preferibile – tale clausola di desistenza lascia immutata *l'intera materia* relativa all'esercizio transfrontaliero della professione forense a titolo di prestazione di servizi (secondo il modello della *field pre-emption*)⁷⁴, con la conseguenza che il limite all'azione statale coinciderà ancora con le norme del Trattato, ovvero se tale previsione si limita a sancire che la nuova direttiva non incide *sugli aspetti regolati* dalle disposizioni della direttiva 77/249/CEE (secondo lo schema della *obstacle* o della *rule pre-emption*), il che comporterebbe che, nelle materie non regolate, la direttiva 2006/123 costituirebbe un ulteriore – e più stringente – limite allo spazio di intervento statale⁷⁵.

Qualora a prevalere fosse la seconda interpretazione prospettata⁷⁶, la tutela dei consumatori e la corretta amministrazione della giustizia non potrebbero più essere invocate quali esigenze imperative per giustificare l'applicazione di misure restrittive a carico degli avvocati europei che esercitano a titolo di prestazione di servizi. Dato che buona parte delle prescrizioni relative alla professione forense trovano fondamento proprio nelle due esigenze di cui sopra, ben poche risulterebbero essere le norme che ciascuno Stato ospitante potrebbe legittimamente applicare nei confronti degli avvocati europei che esercitano a titolo provvisorio. In particolare, l'attività stragiudiziale dei prestatori di servizi, che in base alla direttiva 77/249/CEE è in buona parte sottratta al principio della doppia deontologia, finirebbe per essere quasi interamente soggetta alle sole regole dello Stato d'origine⁷⁷.

8. Con il secondo quesito pregiudiziale il giudice remittente ha, in buona sostanza, chiesto alla Corte di giustizia di interpretare l'art. 9 della direttiva 98/5/

⁷³ Sulle possibili ricadute nel contesto delle professioni dell'applicazione della direttiva servizi, v. in generale G. DAVIES, *The Services Directive: Extending the Country of Origin Principle, and Reforming Public Administration*, in *ELR*, 2007, p. 232 ss; M. ILLIMER, *Lawyers' Fees and Access to Justice*, in *Civil Justice Quarterly*, 2007, p. 301 ss.

⁷⁴ È appena il caso di rilevare come in tale contesto la *doctrine of pre-emption* sia impiegata per determinare la sussistenza di un'antinomia fra due provvedimenti comunitari, non già tra una norma comunitaria ed una nazionale.

⁷⁵ Si ipotizza, difatti, che la direttiva 2006/123/CE abbia realizzato un'armonizzazione totale relativamente alle misure statali che ostacolano la libera prestazione di servizi, con conseguente *pre-emption* della potestà normativa degli Stati membri, i quali non potranno più adottare misure restrittive indistintamente applicabili in nome di esigenze imperative diverse da quelle elencate (ordine pubblico, pubblica sicurezza, sanità pubblica o tutela dell'ambiente).

⁷⁶ Tale sembra essere l'opinione di S. D'ACUNTO, *Directive Services (2006/123/CE): radio-graphie juridique en dix points*, in *RDUE*, 2007, p. 270.

⁷⁷ Sebbene dal testo in vigore della direttiva 2006/123/CE sia stato espunto ogni riferimento al principio dello Stato d'origine, appare evidente come l'applicazione delle disposizioni della direttiva in materia di deroghe invocabili dagli Stati membri possa condurre a risultati del tutto analoghi. Sul punto si veda *ibidem*, p. 309 s.

CE⁷⁸ in relazione alla procedura di ricorso prevista dalla normativa lussemburghese. Al riguardo, la Corte ha osservato che da tale disposizione derivano due obblighi per gli Stati membri: adottare provvedimenti sufficientemente efficaci per raggiungere “lo scopo della direttiva 98/5/CE” e garantire che i diritti attribuiti dalla direttiva possano effettivamente essere fatti valere dinanzi ai giudici nazionali.

Quanto al secondo punto, la Corte, premesso che l’organo chiamato a decidere i ricorsi deve corrispondere alla nozione di giudice “come definita dal diritto comunitario”, ha richiamato a tal fine i criteri enucleati dalla giurisprudenza concernente l’art. 234 TCE, tra cui quelli della terzietà, indipendenza ed imparzialità dell’organo giudicante. Tale percorso argomentativo solleva non poche perplessità: perché la Corte ha fatto riferimento all’intero *corpus* giurisprudenziale relativo all’art. 234 TCE, laddove esclusivamente i predetti criteri sono stati applicati nel caso di specie? E, soprattutto: perché mai (soltanto) i giudici che corrispondono alla nozione di giurisdizione *ex art. 234* sarebbero in grado di garantire una “tutela giurisdizionale effettiva”? Né la sentenza, né le conclusioni recano, al riguardo, un’adeguata motivazione.

La soluzione a tali interrogativi risiede, si ritiene, nel primo degli obblighi sopra richiamati, quello di garantire il raggiungimento dello “scopo della direttiva 98/5/CE”, ossia facilitare l’esercizio permanente della professione di avvocato con il titolo d’origine. Si dimostrerà, infatti, come solo i giudici corrispondenti alla nozione di giurisdizione *ex art. 234* sono in grado di garantire il funzionamento del sistema di mutuo riconoscimento previsto dalla direttiva 98/5/CE. E ciò per due ordini di ragioni: in primo luogo, in quanto i requisiti di terzietà, indipendenza ed imparzialità dell’organo giudicante discendenti dall’art. 234 pongono le giurisdizioni nazionali al riparo dall’inevitabile “conflitto di interessi” che può talvolta inficiare l’operato delle autorità nazionali deputate al mutuo riconoscimento nel contesto del mercato comune; in secondo luogo, in quanto la facoltà di operare il rinvio pregiudiziale colloca i giudici nazionali nel contesto di un efficace meccanismo di controllo diffuso di attuazione e applicazione del diritto comunitario.

9. La giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti d’America relativa alla *dormant commerce clause* ha da tempo evidenziato come, in un mercato unico in cui opera un modello di regolamentazione decentralizzato, possa verosimilmente insidiarsi un “*deficit rappresentativo*” (*representative malfunction*)⁷⁹ che induce ciascuno Stato a legiferare in maniera protezionistica, favorendo i

⁷⁸ Tale disposizione prevede: “Le decisioni con cui viene negata o revocata l’iscrizione (...) sono soggette a ricorso giurisdizionale di diritto interno”.

⁷⁹ R. L. BROWN, *Liberty, the New Equality*, in *New York University Law Review*, 2002, p. 1497 nota come, in termini generali, sussiste un *deficit rappresentativo* ogniqualvolta viene meno la comunione di interessi che secondo Madison dovrebbe caratterizzare il rapporto fra rappresentanti e rappresentati: cfr. J. MADISON, *The Federalist*, n. 57, New York, 1961, p. 352. Sulla questione, v. inoltre J. H. ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, 1980.

propri elettori, a detrimento delle imprese e dei cittadini residenti in altri Stati dell'Unione e perciò privi di rappresentanza politica in detto Stato. Quando ciò si verifica, occorre che la Corte suprema dichiari incostituzionali le misure discriminatorie e quelle che hanno un'incidenza sugli scambi sproporzionata rispetto agli interessi putativi a livello locale. Spetta perciò alla sentenza della Corte rimediare ai difetti del meccanismo rappresentativo, obbligando i singoli Stati a tenere conto di interessi esterni – non adeguatamente rappresentati – che non avrebbero, altrimenti, ricevuto adeguata tutela.

Nel caso in commento, la Corte di giustizia sembra ravvisare uno scenario non dissimile con riferimento alla disciplina sullo stabilimento degli avvocati nel contesto del mercato comune. Difatti, anche quest'ultimo è regolamentato secondo il modello dell'*indirect rule*⁸⁰: la funzione normativa è esercitata a livello sopranazionale – con l'adozione, nella specie, della direttiva 98/5/CE – mentre l'applicazione di tali norme, e in particolare del principio del mutuo riconoscimento, è demandata alle autorità nazionali. Trattasi, nel caso in esame, del Consiglio dell'Ordine, che essendo composto solo da avvocati nazionali e equiparati⁸¹, potrebbe, secondo l'Avvocato generale e la Corte, avere un interesse contrario all'ingresso nel proprio mercato di concorrenti provenienti da altri Stati membri⁸².

Peraltro, affinché la Corte di giustizia possa rimediare a tale “conflitto di interessi”, ed al sotteso *deficit* rappresentativo, pronunciandosi nel senso dell'inapplicabilità dei requisiti nazionali discriminatori o semplicemente restrittivi, è necessario che tali problematiche siano portate alla sua attenzione nel contesto di un procedimento giurisdizionale. Se si prescinde dalla farraginoso ed aleatoria procedura di infrazione, ciò può avvenire solo a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale rivolta alla Corte da un giudice nazionale che sia, evidentemente, legittimato ad adirla.

La sentenza in commento contribuisce all'armonizzazione *ope iudicis* della disciplina dei rimedi giurisdizionali di diritto interno, in nome del principio della “tutela giurisdizionale effettiva”, specificando quattro caratteristiche che devono sussistere in capo all'organo giudicante. In primo luogo, esso deve essere *indi-*

⁸⁰ Sul punto, si veda S. WEATHERILL, *Pre-emption*, cit., p. 66 ss., il quale considera l'*indirect rule* “un'arma a doppio taglio”, in quanto da un lato consente alla Comunità di operare per mezzo di un apparato amministrativo assai snello, dall'altro determina un insanabile conflitto di interessi in capo a tale amministrazione; per qualche spunto comparativo, cfr. T. DAINITH (ed.), *Implementing EC Law in the United Kingdom: Structures for Indirect Rule*, Chichester, 1995.

⁸¹ Vero è che, ai sensi dell'art. 6, par. 2, gli avvocati europei che esercitano con il titolo d'origine dispongono del diritto di elettorato attivo in seno agli organi delle organizzazioni professionali dello Stato membro ospitante; l'acquisto di tale diritto, nondimeno, consegue e non precede il mutuo riconoscimento, sicché, nel momento in cui le autorità nazionali sono chiamate ad operarlo, esse potrebbero (ancora) risentire del mentovato conflitto di interessi.

⁸² Sentenza *Wilson*, cit., punto 57; conclusioni dell'Avvocato generale Stix-Hackl, cit., punto 79. Per una limpida analisi degli interessi degli studi legali in relazione alla liberalizzazione degli scambi nel più ampio contesto del WTO si veda S. M. CONE, *Legal Services in the Doha Round*, in *JWT*, 2003, p. 29 ss.

pendente, attributo che la Corte articola in tre sottocriteri: *i*) terzietà rispetto all'autorità che ha adottato la decisione soggetta al suo sindacato; *ii*) tutela dei suoi membri da pressioni o interventi esterni; *iii*) imparzialità, nel senso di equidistanza rispetto agli interessi delle parti in causa. In secondo luogo tale giudice deve essere *competente a pronunciarsi sia in fatto che in diritto*. In terzo luogo, l'*accesso effettivo* a tale giudice deve essere garantito *entro un termine ragionevole*. In quarto luogo – sebbene ciò sia affermato solo implicitamente attraverso il richiamo all'art. 234, pur costituendo il corollario delle altre condizioni espressamente citate – siffatto giudice deve poter *operare il rinvio pregiudiziale ex art. 234 TCE*⁸³.

Sebbene la Corte richiami le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, gli articoli 6 e 13 CEDU e finanche una pronuncia della Corte di Strasburgo, si ritiene che i primi tre dei requisiti di cui sopra rispondano, più che ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali, a logiche legate al funzionamento del mercato comune. Difatti, solo un giudice terzo, indipendente ed imparziale è posto al riparo dai conflitti di interessi che, strutturalmente, possono influenzare l'operato delle autorità nazionali. A differenza dei giudici, queste ultime sono direttamente o indirettamente tenute a tutelare gli interessi del proprio elettorato; un elettorato che, in una fase antecedente al mutuo riconoscimento, non comprende gli avvocati migranti. Inoltre, solo un giudice in grado di accordare una tutela piena e tempestiva può farsi effettivamente garante, rispetto alle autorità nazionali, del *regulatory bargain* raggiunto a livello comunitario, disapplicando le norme discriminatorie o restrittive, nonché annullando i provvedimenti invalidi.

I giudici nazionali divengono così parte di un sofisticato meccanismo di controllo diffuso dell'attuazione e dell'applicazione del diritto comunitario, la cui forza motrice è costituita dalle azioni intentate dai singoli ed il cui fine mediato è, attraverso la tutela dei diritti degli individui, la correzione dei difetti insiti in una disciplina del mercato comune fondata sull'*indirect rule*. Tale disincantata prospettiva trova conforto nel dato comparativo: anche il GATS – un accordo a vocazione dichiaratamente mercantile – richiede, infatti, all'art. VI, l'istituzione di “procedure o tribunali” che garantiscano “un esame obiettivo e imparziale” dei ricorsi proposti dai prestatori di servizi avverso le decisioni amministrative dei Paesi membri. Evidentemente, ciò serve a far sì che tali Stati non si sottraggano, in sede di attuazione, a quanto concordato a livello multilaterale in ordine al grado di liberalizzazione di ciascun servizio.

La possibilità di proporre domanda di pronuncia pregiudiziale costituisce, poi, la chiave di volta del meccanismo di controllo diffuso descritto in precedenza. Grazie al rinvio pregiudiziale “il cerchio si chiude”, nel senso che le norme adottate dal legislatore comunitario, attuate ed applicate non corretta-

⁸³ Sorge il sospetto che la nozione di “giurisdizione” delineata dalla Corte nel caso in commento sia sensibilmente più ristretta rispetto a quella fino ad oggi impiegata per valutare la ricevibilità dei rinvii pregiudiziali, come dimostra la circostanza che nel caso *Gebhard* la Corte abbia accettato di statuire sui quesiti pregiudiziali proposti dal nostro Consiglio nazionale forense.

mente dalle autorità nazionali, possono far ritorno alla dimensione sopranazionale, il che consente alla Corte, *ex post* ed alla luce dell'esperienza applicativa, di rimediare alle *representative malfunctions*, garantendo così l'uniforme applicazione del diritto comunitario.

Il rinvio pregiudiziale costituisce però, al contempo, un efficace strumento di tutela dei diritti conferiti al singolo dall'ordinamento comunitario. I fatti alla base della sentenza in commento sono oltremodo eloquenti al riguardo: rivolgendosi ai giudici amministrativi, legittimati ad operare il rinvio pregiudiziale, il sig. Wilson ha ottenuto dalla Corte di giustizia una pronuncia, vincolante per il giudice *a quo*, in cui si afferma che il diritto comunitario osta alla previsione di un test di lingua come quello cui egli si sarebbe dovuto sottoporre. Si rimette al lettore ipotizzare quali sarebbero state le sorti del *barrister* inglese qualora il suo caso fosse rimasto confinato nelle "segrete stanze" della giurisdizione professionale lussemburghese.

10. Occorre a questo punto domandarsi a quali altre fattispecie può estendersi la *ratio decidendi* della sentenza *Wilson*. L'art. 9 della direttiva 98/5/CE richiede l'istituzione di un ricorso giurisdizionale di diritto interno non solo in relazione alle decisioni che *negano l'iscrizione* dell'avvocato europeo presso l'autorità competente dello Stato ospitante, ma anche per le decisioni di *revoca dell'iscrizione*, nonché di *applicazione di sanzioni disciplinari*. Sennonché, mentre le decisioni di diniego e di revoca dell'iscrizione fanno seguito a procedimenti di natura vincolata (l'iscrizione avviene di diritto su presentazione del conferente certificato; la revoca consegue automaticamente alla revoca dell'abilitazione nello Stato d'origine), l'applicazione di sanzioni disciplinari costituisce, senza dubbio, espressione di un potere discrezionale, il che postula *a fortiori* l'indipendenza dell'organo giudicante e la possibilità di giovare della guida interpretativa della Corte di giustizia. Del resto, un uso strumentale del potere disciplinare a danno dei migranti, in assenza di un sindacato giurisdizionale indipendente, potrebbe ostacolare la libera circolazione degli avvocati non meno che una cattiva applicazione del meccanismo di mutuo riconoscimento.

L'interpretazione proposta sembra potersi applicare anche ai meccanismi di ricorso giurisdizionale di diritto interno previsti dall'art. 10 della direttiva in relazione alle decisioni, anch'esse discrezionali, con cui l'autorità dello Stato ospitante neghi l'integrazione del migrante nella professione locale⁸⁴.

⁸⁴ L'art. 10, par. 1, della direttiva 98/5/CE prevede infatti che l'avvocato che eserciti con il titolo d'origine e che abbia comprovato l'esercizio per almeno tre anni di un'attività effettiva e regolare nello Stato membro ospitante, e riguardante il diritto di tale Stato, può accedere alla professione locale senza necessità di sottostare alle misure compensative previste dalla (abrogata) direttiva 89/48/CEE. Il par. 3 di detto articolo estende tale meccanismo anche agli avvocati con un'esperienza di durata inferiore relativamente al diritto locale di tale Stato membro che abbiano sostenuto un colloquio volto ad accertare ogni altra conoscenza, attività formativa o esperienza professionale relativa al diritto nazionale. In entrambi i casi, la decisione di diniego deve essere motivata ed è soggetta a ricorso giurisdizionale di diritto interno. Analoghe garanzie sono poi previste, ai sensi del par. 4 del predetto articolo, rispetto alle decisioni con cui l'autorità dello Stato

Ma il principio affermato nella sentenza *Wilson* non sembra riguardare la sola direttiva 98/5/CE. Anche l'art. 51, par. 3 della direttiva 2005/36/CE, difatti, prevede che le decisioni relative al riconoscimento delle qualifiche professionali possano essere oggetto di un "ricorso giurisdizionale di diritto nazionale". Peraltro, mentre il riconoscimento dell'abilitazione professionale, ai fini dell'esercizio con il titolo d'origine, avviene *de plano* nel contesto della direttiva 98/5/CE (c.d. mutuo riconoscimento passivo), il riconoscimento delle qualifiche professionali di cui alla direttiva 2005/36/CE consegue ad un discrezionale apprezzamento da parte delle autorità dello Stato ospitante (c.d. mutuo riconoscimento attivo), apprezzamento che può anche risolversi nella previsione a carico dell'istante di "misure compensative", quali il superamento di una prova attitudinale o di un tirocinio di adattamento. A fronte di valutazioni così delicate e di conseguenze tanto gravose, non sembra revocabile in dubbio che il giudice chiamato a sindacarle debba presentare le garanzie illustrate nella sentenza *Wilson*.

Per questioni diverse da quelle relative alle qualifiche professionali, quali l'assicurazione per responsabilità professionale, le comunicazioni commerciali, le attività multidisciplinari e la semplificazione amministrativa, trova applicazione alla professione forense la direttiva 2006/123/CE. L'art. 10, par. 6 di tale direttiva dispone che "qualsiasi decisione delle autorità competenti, ivi compreso il diniego o il ritiro di un'autorizzazione, deve essere motivata" e deve poter essere oggetto di un ricorso dinanzi a "un tribunale o ad un'altra istanza di appello". Trattandosi di provvedimenti di natura discrezionale, sembrano potersi riproporre le considerazioni di cui sopra. Del resto, posto che l'art. 14, par. 6 della direttiva 2006/123/CE vieta il coinvolgimento di operatori concorrenti nell'adozione delle decisioni delle "autorità competenti", sembra lecito presumere che anche gli organismi giurisdizionali chiamati a sindacare l'operato di tali autorità debbano presentare siffatti requisiti di indipendenza⁸⁵.

Occorre interrogarsi, infine, circa le sorti degli avvocati nazionali: beneficeranno tali professionisti di un sindacato giurisdizionale affidato ad un organo indipendente rispetto all'autorità che ha adottato la decisione che li riguarda? Sul punto, occorre innanzitutto tenere presente che, di norma⁸⁶, non ricadono nel

ospitante non ammetta il migrante al godimento dei predetti benefici "qualora ritenga che l'ordine pubblico sarebbe pregiudicato".

⁸⁵ Peraltro, la direttiva 2006/123/CE sembra riconoscere la specificità delle professioni intellettuali ed il ruolo degli ordini professionali nella misura in cui, all'art. 14, par. 6 sottrae questi ultimi al divieto di coinvolgere operatori concorrenti. Ciò non sorprende, atteso che non prevedere tale deroga avrebbe significato porre *hors de la loi* tutti gli organismi, gli ordini e le associazioni professionali che sono *per definizione* composti da concorrenti di colui che intenda prestare il medesimo servizio. Non sembra perciò che tale eccezione possa essere estesa ai collegi giudicanti, la cui indipendenza appare imprescindibile alla luce della sentenza in commento.

⁸⁶ In realtà il limite delle situazioni puramente interne rileva principalmente per le norme del Trattato in materia di libera circolazione. Difatti, l'art. 141 TCE trova applicazione anche in tali ipotesi: cfr. sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne c. SABENA*, *Raccolta*, p. 455. Del pari, alcune disposizioni di diritto comunitario derivato possono ricompre-

campo di applicazione del diritto comunitario le c.d. situazioni puramente interne⁸⁷, intese come le fattispecie in cui non sussiste alcun “elemento transfrontaliero”⁸⁸. Se tale (pur discusso) criterio di collegamento ricorre⁸⁹, le norme comunitarie possono invece essere invocate dai singoli anche nei confronti dello Stato di cui sono cittadini⁹⁰. Pertanto, se un avvocato nazionale si stabilisce o presta servizi in un altro Stato membro, non solo godrà delle garanzie procedurali in argomento in detto Stato ospitante, ma altresì nei confronti di quello d’origine. Del resto, in base all’art. 7, par. 5 della direttiva 98/5/CE, il provvedimento di revoca dell’abilitazione all’esercizio della professione disposto dall’autorità dello Stato d’origine comporta automaticamente il divieto di esercizio nello Stato ospitante, sicché sarebbe oltremodo inverosimile ritenere che il migrante non sia soggetto, nei due Stati membri, ad un equivalente livello di tutela giurisdizionale.

dere nel proprio ambito applicativo anche le fattispecie puramente interne: si veda al riguardo la sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1990, causa C-241/89, *SARPP c. Chambre syndicale des raffineurs et conditionneurs de sucre de France*, Raccolta, p. I-4695.

⁸⁷ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 7 febbraio 1979, causa 136/78, *Pubblico ministero c. Vincent Auer*, Raccolta, p. 437; dell’8 dicembre 1987, causa 20/87, *Ministère Public c. André Gauchard*, Raccolta, p. 4879; del 3 ottobre 1990, cause riunite 54 e 91/88 e C-14/89, *Procedimento penale a carico di Nino Eleonora e altri*, Raccolta, p. I-3537; del 5 giugno 1997, cause riunite C-64 e 65/96, *Land Nordrhein-Westfalen c. Kari Uecker e Vera Jacquet c. Land Nordrhein-Westfalen*, Raccolta, p. I-3171. In dottrina, si veda da ultimo: P. DE PASQUALE, *Ipotesi di discriminazione alla rovescia nel comma 69 della legge finanziaria 2006*, in *DPCE*, 2006, p. 1375 ss.; C. RITTER, *Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234*, in *ELR*, 2006, p. 690 ss.; I. ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in *DCSI*, 2006, p. 795 ss.; B. NASCIBENE, *Le discriminazioni all’inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *DUE*, 2007, p. 717 ss.

⁸⁸ Sul punto, v. sentenza della Corte di giustizia del 18 novembre 2004, cause riunite C-10/02 e C-11/02, *Anna Fascicolo e altri c. Regione Puglia e altri (C-10/02) e Grazia Berardi e altri c. Azienda Unità Sanitaria Locale BA/4 e altri (C-11/02)*, Raccolta, p. I-11107. Cfr. inoltre R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell’Unione Europea – Parte Speciale*, Torino, 2006, II ed., p. 235 ss.

⁸⁹ Per H. U. J. D’OLIVEIRA, *Is Reverse Discrimination Still Permissible Under the Single European Act? Forty Years on: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Deventer, 1990, p. 73, il riferimento ad un criterio di collegamento “geografico” quale il passaggio di frontiera è del tutto incompatibile con la creazione di un mercato interno senza frontiere. Del pari D. PICKUP, *Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers*, in *CML Rev.*, 1986, p. 135, rileva come la ricerca del suddetto fattore di collegamento si risolva talvolta in una distinzione arbitraria.

⁹⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 7 febbraio 1979, causa 115/78, *J. Knoors c. Staatssecretaris van Economische Zaken*, Raccolta, p. 399, punto 20; del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *The Queen c. Immigration Appeal Tribunal e Surinder Singh*, Raccolta, p. I-3343, punto 31. È opportuno precisare, peraltro, che la nozione di avvocati nazionali, che hanno acquisito la qualifica presso lo Stato d’origine, non presuppone che gli stessi siano cittadini di tale Stato. Tale caso non è stato però preso in considerazione in quanto, in tali circostanze, la nazionalità di un terzo Stato membro costituisce *ex se* un sufficiente fattore di collegamento ai fini dell’applicazione del diritto comunitario. Sul punto, cfr. M. POIARES MADURO, *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discrimination*, in C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford, 2000, p. 123.

Quanto, invece, alle autentiche situazioni meramente interne, relative agli avvocati nazionali che non abbiano fatto alcun esercizio delle libertà fondamentali, occorre innanzitutto osservare che laddove in sede di rinvio pregiudiziale fosse domandato se il diritto comunitario osta all'applicazione a tali soggetti di un meccanismo di ricorso non conforme ai requisiti posti nella sentenza *Wilson*, la Corte considererebbe ricevibile la questione. In linea con la giurisprudenza *Guimont*⁹¹, la Corte potrebbe infatti ritenere che la propria guida interpretativa possa essere utile al giudice del rinvio qualora il suo diritto nazionale gli imponga di trattare allo stesso modo il cittadino ed il soggetto avente nazionalità di un altro Stato membro. Tale ipotetica pronuncia della Corte – sia chiaro – non riguarderebbe direttamente gli *avvocati nazionali*, ma si limiterebbe a chiarire se il diritto comunitario osta all'applicazione della normativa nazionale nei confronti di *avvocati di altri Stati membri* e, pertanto, finirebbe verosimilmente per ricalcare la sentenza *Wilson*. Spetterebbe allora ai giudici nazionali, segnatamente a quelli di rango costituzionale, trarne le dovute conseguenze⁹², se del caso dichiarando incostituzionali le norme nazionali che prevedono un trattamento differenziato⁹³.

Si tratta di un esito, a ben vedere, tutt'altro che scontato, in quanto subordinato ad un apprezzamento circa la comparabilità della fattispecie comunitaria con quella meramente interna. Così, con riferimento al contesto italiano, nella sentenza n. 61 del 1996 la Consulta aveva ritenuto non omogenee la situazione dei procuratori legali italiani e quella degli avvocati europei che esercitano nel nostro Paese a titolo di libera prestazione di servizi ai sensi della direttiva 77/249/CEE, mentre aveva indicato quale possibile termine di comparazione gli avvocati comunitari esercenti in Italia in base al diritto di stabilimento, ossia proprio i soggetti presi in considerazione dalla pronuncia *Wilson*. D'altra parte, ben potrebbe il “gudice delle leggi” ritenere che le esigenze di tutela, riconduci-

⁹¹ Sentenza 5 dicembre 2000, causa C-448/98, *Guimont*, *Raccolta*, p. I-10663. Si veda al riguardo P. PALLARO, *La sentenza Guimont: un definitivo superamento 'processuale' dell'irrelevanza comunitaria 'sostanziale' delle c.d. 'discriminazioni a rovescio'*, in *RIDPC*, 2001, p. 95 ss. Nello stesso senso, v. inoltre la sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2007, causa C-429/05, *Max Rampion e Marie-Jeanne Godard Rampion c. Franfinance SA e K par K SAS*, non ancora pubblicata in *Raccolta*; nonché le sentenze della Corte di giustizia del 15 maggio 2003, causa C-300/01, *Salzmann*, *Raccolta*, p. I-4899, punti 29 e 31; del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, *Raccolta*, p. I-2941, punto 29 e del 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04, C-202/04, *Cipolla e a.*, *Raccolta*, p. I-11421, punto 25.

⁹² Sul punto, v. la sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1994, causa C-132/93, *Volker Steen c. Deutsche Bundespost*, *Raccolta*, p. I-2715, punto 11: “il diritto comunitario non osta a che il giudice nazionale controlli la compatibilità con la propria Costituzione di una norma interna che sfavorisca i lavoratori nazionali rispetto ai cittadini di altri Stati membri, qualora i detti lavoratori nazionali si trovino in una situazione priva di qualsiasi connessione con quelle contemplate dal diritto comunitario”.

⁹³ In tal senso, cfr. sentenza della Corte costituzionale del 16 dicembre 1997, n. 443 (“*pasta*”), con commento di S. NINATTI, *La sola alternativa praticabile: eguaglianza, discrezionalità legislativa e norme comunitarie nella sentenza 443/97 della Corte Costituzionale*, in *RIDPC*, 1998, p. 215 ss.

bili al fenomeno delle *representative malfunctions*, che sussistono in capo agli avvocati europei non ricorrano in riferimento agli avvocati nazionali, i quali sono difatti adeguatamente rappresentati in seno ai nostri Consigli dell'Ordine ed al Consiglio nazionale forense.

11. La portata della pronuncia in commento sembra estendersi ben oltre la libera circolazione degli avvocati. La stessa direttiva 2005/36/CE, difatti, colloca l'obbligo di prevedere un "ricorso giurisdizionale di diritto nazionale" – nozione che, come precisato, dovrebbe essere interpretata alla luce della sentenza *Wilson* – fra le "Disposizioni in materia di stabilimento", con la conseguenza che tale meccanismo di tutela trova applicazione non solo nei confronti degli avvocati, bensì di tutte le professioni regolamentate interessate dalla direttiva. Del pari, la direttiva 2006/123/CE richiede la previsione di forme di tutela giurisdizionale a favore di tutte le "attività di servizi" rientranti nel proprio incerto, ma certamente vasto, ambito di applicazione.

Sorge il sospetto, a questo punto, che l'interpretazione della nozione di "ricorso giurisdizionale di diritto interno" fornita nella sentenza *Wilson* possa applicarsi anche ai casi in cui tale garanzia discenda non da disposizioni di diritto comunitario derivato, bensì dalle stesse norme del Trattato in materia di libera circolazione, come riconosciuto dalla Corte nella sentenza *Vlassopoulou*⁹⁴ e, ancora prima, nel caso *Heylens*⁹⁵.

Si potrebbe, quindi, ipotizzare che la Corte abbia inteso rendere esplicito un principio immanente nell'ordinamento comunitario in base al quale, nel contesto delle libertà fondamentali, il mutuo riconoscimento demandato alle autorità nazionali debba sempre accompagnarsi alla possibilità di sindacare il loro operato innanzi ad un giudice indipendente, avente giurisdizione piena e legittimato a proporre rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia.

Tale conclusione appare pienamente in linea con il meccanismo di controllo diffuso di attuazione ed applicazione del diritto comunitario delineato in precedenza. Il fenomeno delle *representative malfunctions*, difatti, non è circoscritto alla sola professione forense, né alle professioni regolamentate in generale, ma è endemico rispetto ad una disciplina del mercato comune che rimette ad autorità nazionali l'applicazione di norme – quali quelle relative al mutuo riconoscimento – che tutelano interessi prevalentemente estranei rispetto all'elettorato di tali autorità.

⁹⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1991, causa C-164/96, *Irène Vlassopoulou c. Ministerium fuer Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Wuerttemberg*, Raccolta, p. I-2357, punto 22: "ogni decisione deve essere soggetta ad un gravame di natura giurisdizionale che consente di verificarne la legittimità rispetto al diritto comunitario e che l'interessato deve poter venire a conoscenza dei motivi che stanno alla base della decisione adottata nei suoi confronti" (corsivo aggiunto). Si ritiene che alla nozione di "gravame di natura giurisdizionale" possa estendersi l'interpretazione fornita dalla Corte con riferimento alla nozione di "ricorso giurisdizionale di diritto interno".

⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Unectef c. Heylens*, Raccolta, p. 4097, punto 14.

A supporto di tale tesi, giova ricordare come previsioni del tutto analoghe a quanto affermato dalla sentenza in commento in tema di tutela giurisdizionale si rinvenivano, fin dal 1989, nella legislazione comunitaria relativa alle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici⁹⁶. Il rischio che *in subiecta materia* possano avere luogo *representative malfunctions* è infatti evidente, donde l'espressa constatazione, da parte del legislatore comunitario, che l'inefficacia dei mezzi di ricorso possa dissuadere le imprese di altri Stati membri dal presentare offerte, impedendo così l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria⁹⁷. Ancora una volta, la correlazione fra meccanismi di tutela giurisdizionale effettiva che consentano di operare il rinvio pregiudiziale ed il funzionamento di un mercato comune disciplinato secondo il modello dell'*indirect rule* appare innegabile.

12. La sentenza in commento fornisce numerosi spunti di riflessione. L'affermazione secondo la quale la direttiva 98/5/CE avrebbe operato la "armonizzazione totale" dei requisiti di iscrizione degli avvocati europei presso l'autorità competente dello Stato ospitante si è rivelata solo la punta di un iceberg, poiché ha posto in evidenza l'esistenza di un vasto apparato concettuale caratterizzato da non poche incertezze. Contrariamente a quanto auspicato da Piet Jan Slot, la Corte di giustizia sembra infatti sovrapporre la problematica del modello di armonizzazione a quella relativa al grado di *pre-emption* realizzato dall'intervento comunitario. Se, peraltro, la non uniforme applicazione da parte della giurisprudenza della *doctrine of pre-emption* fa pensare che, nel contesto giuridico comunitario, tale istituto sia ancora *in statu nascendi*, lo stesso non può dirsi del ravvicinamento delle legislazioni, che anzi costituisce una tecnica normativa tipica della legislazione comunitaria.

Eppure, a tutt'oggi, se un provvedimento di armonizzazione pone un dato requisito *x*, è rimesso al prudente apprezzamento dell'interprete determinare se

⁹⁶ L'art. 2, par. 8, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, *GUCE* L 395, 30 dicembre 1989, p. 33 ss. prevede: "devono essere adottate disposizioni mediante cui ogni misura presunta illegittima (...) possa essere oggetto di un ricorso giurisdizionale o di un ricorso presso un altro organo che sia una giurisdizione ai sensi dell'articolo 177 del Trattato e che sia indipendente dalle autorità giudicatrici e dall'organo di base". Cfr. inoltre la disposizione di analogo tenore di cui all'art. 2, par. 9 della direttiva 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, *GUCE* L 76, 23 marzo 1992, p. 14 ss. Da ultimo, entrambe le disposizioni sono state confermate *in toto* dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, *GUUE* L 335, 20 dicembre 2007, p. 31 ss., che ha aggiornato alla numerazione post-Amsterdam i riferimenti ivi contenuti alle norme del Trattato.

⁹⁷ Cfr. direttiva 89/665/CEE, 4° "considerando"; direttiva 92/13/CEE, 3° e 5° "considerando".

si tratta di armonizzazione totale (con esclusione di qualsiasi requisito diverso da x), minima (per la quale il requisito $x + 1$ è accettabile), parziale (che ammette la previsione, oltre al requisito x , anche del diverso requisito y) e così via. Posto che non sempre il dato testuale fornisce indicazioni utili al riguardo, l'interprete potrà fare riferimento al proposto criterio del *regulatory bargain* e cioè verificare se, ed in quale misura, il compromesso fra i vari interessi in campo recepito dal provvedimento di armonizzazione presenti elementi di flessibilità che consentono agli Stati membri di intervenire. Si tratta, con tutta evidenza, di una soluzione tanto insoddisfacente – in quanto suscettibile di condurre, nelle more di una pronuncia della Corte di giustizia, ad una molteplicità di interpretazioni – quanto inopportuna, nella misura in cui demanda all'interprete quell'operazione, del tutto politica, di bilanciamento tra interessi confliggenti che dovrebbe essere il frutto di una precisa scelta del legislatore comunitario.

In tale prospettiva, si ritiene che un più attento *drafting* normativo potrebbe senz'altro agevolare l'operazione di coordinamento fra le varie norme comunitarie, nonché fra queste e le disposizioni nazionali: non si renderebbe necessario fare riferimento all'obliqua *doctrine of pre-emption* se, quanto ai rapporti tra la misura di armonizzazione e gli interventi nazionali, le clausole di salvaguardia e quelle relative al tipo di armonizzazione (minima, totale ecc.) fossero sempre formulate in modo espresso; del pari, relativamente ai rapporti fra i diversi provvedimenti comunitari, sarebbe auspicabile che le clausole di desistenza e quelle di prevalenza fossero redatte in modo da rendere agevolmente percepibili i confini del proprio ambito applicativo.

Peraltro, fino a quando il legislatore comunitario non si cimenterà in tale sforzo di chiarificazione, ai giudici ed alle amministrazioni nazionali è affidata, come si è detto, una delicata operazione ermeneutica cui si ricollegano rilevanti conseguenze sul piano politico. Posto che le *representative malfunctions* costituiscono un male necessario di un modello di governo multilivello⁹⁸ basato sull'*indirect rule* – ossia in cui la legislazione adottata a livello sopranazionale è attuata ed applicata da enti statali e substatali presso i quali i soggetti stabiliti in altri Stati membri non sono adeguatamente rappresentati – il rischio che l'operato delle amministrazioni sia inficiato dalla sussistenza di conflitti di interessi appare ineluttabile. Appare perciò decisivo il ruolo dei giudici nazionali: va pertanto salutato con favore il principio affermato nella pronuncia in commento con riferimento alla nozione di “ricorso giurisdizionale di diritto interno”: il sindacato giurisdizionale sulle decisioni relative al mutuo riconoscimento deve essere affidato a giudici indipendenti, che siano in condizione di garantire una tutela piena e tempestiva, e soprattutto che siano legittimati a rivolgersi alla Corte mediante lo strumento del rinvio pregiudiziale.

⁹⁸ Sul punto, cfr. L. HOOGHE, G. MARKS, *Multi-level Governance and European Integration*, Lanham, 2001; N. BERNARD, *Multilevel Governance in the European Union*, The Hague, 2002; T. E. AALBERTS, *The Future of Sovereignty in Multilevel Governance Europe: A Constructivist Reading*, in *JCMS*, 2004, p. 23 ss.

Tale statuizione ha una duplice valenza: da un lato consente di selezionare i soggetti più idonei a garantire il funzionamento del meccanismo del mutuo riconoscimento e, se del caso, a colmare in via interpretativa i margini di ambiguità presenti nella legislazione comunitaria relativamente agli spazi di intervento rimessi al legislatore statale; dall'altro, nel richiedere che i giudici siano legittimati ad operare il rinvio pregiudiziale, si pone la chiave di volta di un sistema di controllo diffuso dell'attuazione ed applicazione del diritto comunitario, che consente, almeno in parte, di rimediare alle imperfezioni dell'*indirect rule*. Difatti, la mancata attuazione o non corretta applicazione del diritto comunitario da parte delle autorità degli Stati membri non è solo una questione nazionale, ma costituisce un problema che va affrontato e risolto nel contesto in cui tale diritto ha visto la luce, ossia a livello comunitario.

Un'ultima notazione di carattere generale: la pronuncia in commento si colloca a pieno titolo nel più ampio dibattito relativo all'evoluzione del ruolo della professione forense⁹⁹. Difatti, la scelta di affidare ai Consigli dell'Ordine il controllo sul rispetto delle regole deontologiche da parte dei propri iscritti, risponde, almeno in Italia, ad una motivazione storica ancora attuale: quella di garantire l'indipendenza della classe forense da altre autorità e di assicurarne la soggezione soltanto alla legge¹⁰⁰. A tale logica è sottesa una concezione della professione forense in base alla quale il giudice ed il difensore sono funzioni egualmente importanti ai fini della corretta amministrazione della giustizia. Si tratta di considerazioni che trovano ospitalità nel panorama comunitario ovvero, per dirla con Weatherill, di "rami secchi", ossia di disposizioni nazionali, introdotte per ragioni un tempo valide, che hanno perso il loro scopo generazioni fa e che ormai servono solo a proteggere i professionisti nazionali dalla concor-

⁹⁹ Per una limpida ed appassionata difesa del ruolo degli avvocati, cfr. G. ALPA, *The Administration of Justice and the Role of Lawyers*, in *EBLR*, 2006, p. 889 ss. Il punto di vista, diametralmente opposto, della Commissione è invece efficacemente sintetizzato nella comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni COM(2005)405 def., del 5 settembre 2005, *I servizi professionali – Proseguire la riforma – Seguito alla relazione sulla concorrenza nei servizi professionali*, COM(2004)83 del 9 febbraio 2004 (SEC(2005)1064).

¹⁰⁰ Si vedano, sul punto, le parole del deputato Antonio Oliva che accompagnavano il nuovo progetto di legge sull'istituzione di un Ordine degli avvocati, poi istituito dalla legge n. 1938, dell'8 giugno 1874: "Se non che, onde codesta istituzione [il Consiglio dell'Ordine] risponda realmente al fine della sua ragion d'essere, bisogna che essa sia organata e costituita in modo da provvedere alla perfetta indipendenza amministrativa, e disciplinare del sodalizio da qualunque supremazia che quella non sia della legge; e quindi deve respingere dal proprio seno qualunque inserimento d'altre autorità, per il quale si ingenerasse a danno della istituzione una tal quale dipendenza o inferiorità gerarchica di fronte alle medesime". Cfr. Camera dei Deputati, *Atti parlamentari, Legislatura XI – Sessione 1873-74*, doc. n. 49 – A, Roma, 1900, pp. 8-9 riportato in P. ALVAZZI DEL FRATE, *Sull'origine dell'Ordine degli Avvocati: dall'Ancien Régime all'Italia liberale*, in *Panorami, discussioni, riflessioni e proposte sul diritto e l'amministrazione*, VI, 1994, p. 29. Inoltre, cfr. E. RICCIARDI, *Lineamenti dell'ordinamento professionale forense*, Milano, 1990, p. 324.

renza estera?¹⁰¹ Da questo punto di vista la presa di posizione della Corte di giustizia è chiara e netta: gli avvocati sono imprese¹⁰², la professione forense null'altro che un servizio¹⁰³ del quale occorre garantire al contempo la qualità, la libera circolazione e una concorrenza non distorta. Nel mercato comune non c'è quindi spazio per una giurisdizione professionale che sia esclusivamente "di categoria" se ciò costituisce un ostacolo per la libera circolazione degli avvocati europei.

¹⁰¹ Così S. WEATHERILL, *Pre-emption*, cit., p. 49.

¹⁰² Sul punto, cfr. sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002, causa C-309/99, *Wouters e a. c. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Raccolta, p. I-1577, punto 49. In dottrina, v. F. FERRARO, *L'applicazione delle regole comunitarie sulla concorrenza alla professione di avvocato*, in *DPCE*, 2002, p. 1587 ss; V. VIGORITI, *Wouters, Arduino, Nova II, Tesco: professione legale e concorrenza*, in *Contr. imp./E.*, 2002, p. 805 ss.

¹⁰³ Si veda, in particolare, sentenza della Corte di giustizia del 21 giugno 1974, causa 2/74, *Jean Reyners c. Stato belga*, Raccolta, p. 631, punti 33-55 in cui la Corte esclude l'applicazione alla professione forense della deroga prevista all'art. 45, n. 1 relativa alle attività che partecipano all'esercizio dei pubblici poteri, ritenendo le attività quali la consulenza e l'assistenza legali, o la rappresentanza e la difesa delle parti in giudizio soggette alla disciplina del Trattato in materia di stabilimento.

La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La Convenzione di Prüm: scopo e contenuti. – 3. Le problematiche connesse all'applicazione della Convenzione di Prüm. – 4. Il “metodo Prüm” e le sue implicazioni. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Il 30 ottobre 2007 è stato approvato dal Consiglio dei ministri il d.d.l. che autorizza il Presidente della Repubblica italiana ad aderire alla Convenzione sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera, specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine internazionale e all'immigrazione illegale (Prüm, 27 maggio 2005)¹. Tale Convenzione, stipulata tra sette Stati membri dell'Unione europea (Austria, Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo, Paesi Bassi e Spagna) è entrata in vigore il 1° novembre 2006, a seguito della ratifica di due Stati contraenti². Il rafforzamento della cooperazione transfrontaliera nei predetti settori è perseguito principalmente mediante il reciproco scambio di informazioni³.

¹ Traité entre le Royaume de Belgique, la République Fédérale d'Allemagne, le Royaume d'Espagne, la République française, le Grand-Duché de Luxembourg, le Royaume des Pays-Bas et la République d'Autriche, relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, notamment en vue de lutter contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale. Il testo della Convenzione sottoscritta nella città tedesca di Prüm è reperibile *on line* sul sito del Senato francese: www.senat.fr. Per un primo commento sulla Convenzione vedi F. GANDINI, *Il Trattato di Prüm articolo per articolo. Ecco le nuove frontiere per la sicurezza*, in *DG*, 2006, p. 56 ss.

² In base all'art. 50 della Convenzione, infatti, essa sarebbe entrata in vigore 90 giorni dopo il deposito del secondo strumento di ratifica. I primi due Stati ad averla ratificata sono stati Spagna e Austria, seguiti da Germania e Lussemburgo. Cfr., *on line*, il sito www.eu2007.de.

³ Vedi art. 1, par. 1 della Convenzione. Sulle implicazioni connesse allo scambio di informazioni, soprattutto in riferimento ai dati biometrici, si veda J. LODGE, *eJustice, Security and Biome-*

Negli ultimi decenni, la cooperazione tra gli Stati in materia penale e di polizia è aumentata in proporzione all'accrescersi del fenomeno della criminalità transnazionale⁴ sia mediante la cooperazione in materia di estradizione, di riconoscimento di sentenze penali straniere, assistenza e collaborazione tra gli organi di polizia, sia mediante la lotta contro specifiche tipologie criminose, quali il terrorismo, il traffico internazionale di stupefacenti, di armi e di esseri umani, la frode e il riciclaggio di denaro sporco.

Il fenomeno della cooperazione intergovernativa in questo strategico settore ha spesso avuto luogo in seno ad organizzazioni internazionali, quali le Nazioni Unite, il Consiglio d'Europa e l'Unione europea. Tralasciando l'evoluzione e l'attività della cooperazione in materia penale e di polizia "internazionale" in senso stretto, di cui l'Interpol costituisce un felice esempio⁵, pare opportuno esaminare brevemente il più significativo esempio di cooperazione in materia penale e di polizia instaurato tra gli Stati membri dell'Unione europea ma al di fuori dei Trattati istitutivi: il sistema Schengen⁶.

trics: The EU's Proximity Paradox, in *EJC*, 2005, p. 533 ss.

⁴ Sulla cooperazione internazionale in materia penale e di polizia vedi tra gli altri R. QUADRI, *Estradizione (dir. intern.)*, in *EdD*, XVI, Milano, 1967, p. 25 ss.; M. C. BASSIOUNI, *International Extradition and World Public Order*, New York, 1974; R. BARBERINI, *La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in *CI*, 2003, p. 395 ss.; M. PISANI, *Cooperazione internazionale in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 679 ss., p. 1054 ss. e p. 1531 ss.; M. PISANI, F. MOSCONI, D. VIGONI, *Codice delle convenzioni di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale*, Milano, 2004, IV ed.

⁵ L'Interpol (International Criminal Police Organization) nasce nel 1914 come International Police Congress, conferenza che nel 1923 divenne l'International Criminal Police Commission. Dopo la prima guerra mondiale poi, questa commissione si estinse per dar vita alla International Criminal Police Organization. I membri di quest'Organizzazione sono le forze di polizia degli Stati. Gli scopi dell'Organizzazione, indicati nell'art. 2 del suo Statuto, sono "1. To ensure and promote the widest possible mutual assistance between all criminal police authorities within the limits of the laws existing in different countries and in the spirit of the Universal Declaration of Human Rights. 2. To establish and develop all institutions likely to contribute effectively to the prevention and suppression of ordinary law crimes".

⁶ Per quanto riguarda la cooperazione intergovernativa in materia di polizia è bene ricordare brevemente anche l'esperienza del c.d. gruppo TREVI (acronimo della locuzione francese Terro-risme, Radicalisme, Extremisme et Violence Internationale). A partire dal 1975, infatti, i ministri degli interni e della giustizia degli Stati membri della Comunità europea iniziarono a incontrarsi regolarmente per discutere di problemi legati alla sicurezza e all'ordine pubblico. Nel 1976 essi decisero di costituire dei gruppi di lavoro formati da funzionari incaricati di incoraggiare la cooperazione internazionale finalizzata alla lotta al crimine internazionale. Il gruppo TREVI concentrò la sua attività sullo scambio di informazioni, inizialmente per questioni legate al terrorismo, in seguito anche relativamente ad altri reati transnazionali, quali il traffico di droga; in proposito lavorò per l'istituzione dell'European Drugs Intelligence Unit, organismo preposto alla raccolta di informazioni sul traffico internazionale di stupefacenti e allo scambio delle stesse. Con il Trattato di Maastricht, le funzioni che sino a quel momento erano state oggetto dell'attività del gruppo TREVI furono incorporate nel nuovo terzo pilastro e l'European Drugs Intelligence Unit venne trasformata nell'European Drugs Unit/Europol. Sugli sviluppi in materia di cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale vedi J. BENYON, *Police Co-operation in Europe: An Investigation*, Leicester, 1993; C. JOUBERT, H. BEVERS, *Schengen Investigated*, The Hague-London-

Il 14 giugno 1985, Francia, Germania, Olanda, Belgio e Lussemburgo firmarono a Schengen l'Accordo relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni⁷. Lo scopo perseguito da tale Accordo consisteva nella progressiva abolizione dei controlli di polizia e doganali alle frontiere interne degli Stati contraenti al fine di realizzare in maniera compiuta tra loro la libera circolazione delle persone⁸; inoltre, gli Stati contraenti intendevano ravvicinare le rispettive politiche in materia di visti e potenziare la cooperazione fra le proprie autorità di polizia e doganali al fine di contrastare fenomeni quali il traffico di stupefacenti e di armi, l'ingresso e il soggiorno irregolare di persone, nonché la frode fiscale e doganale e il contrabbando⁹. In materia di cooperazione di polizia, l'Accordo prevedeva uno specifico impegno degli Stati contraenti a cooperare in materia di prevenzione e di contrasto della criminalità, ad incrementare la cooperazione giudiziaria e l'extradizione e ad impegnarsi nella ricerca di strategie comuni di lotta alla criminalità organizzata (art. 18). Inoltre, era previsto l'avvio di un'armonizzazione delle normative interne concernenti gli stupefacenti, le armi e gli esplosivi (art. 20).

Boston, 1996, p. 25 ss.; D. O'KEEFFE, *La cooperazione intergovernativa e il terzo pilastro del Trattato sulla Unione europea*, in RIDPC, 1997, p. 651 ss.; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in DUE, 1998, p. 481 ss.; S. BELLUCCI, *Schengen: l'Europa senza frontiere e le nuove misure di cooperazione tra polizie*, Roma, 1999; C. CHEVALLIER-GOVERS, *De la coopération à l'intégration policière dans l'Union européenne*, Bruxelles, 1999; L. FEROLA, *La cooperazione giudiziaria in materia penale: origine, problemi e prospettive*, in RDE, 1999, p. 49 ss.; M. LOMBARDO, *La cooperazione di polizia e quella giudiziaria in materia penale dopo il Trattato di Amsterdam*, in Riv. pen., 2001, p. 706 ss.; G. CARELLA, *Gli sviluppi della cooperazione penale nel Progetto di Trattato che istituisce una 'Costituzione per l'Europa'*, in Sud in Europa, 2003, n. 5, reperibile on line sul sito www.sudineuropa.net; B. NASCIBENE, *Cooperazione giudiziaria penale: diritto vigente e orientamenti futuri nel quadro della costituzione europea*, in Dir. pen. proc., 2004, p. 1295 ss.; M. CHIAVARIO, *Cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale a livello europeo*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2005, p. 974 ss.; I. INGRAVALLO, *Europol e le prospettive di rafforzamento del suo ruolo*, in Quaderni del dottorato di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea 2006, Bari, 2007, p. 307 ss.

⁷ Sull'Accordo di Schengen e i suoi successivi sviluppi vedi B. NASCIBENE, *Da Schengen a Maastricht: apertura delle frontiere, cooperazione giudiziaria e di polizia*, Milano, 1995; ID., *Lo "spazio Schengen": libertà di circolazione e controlli alle frontiere esterne*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti*, II, Milano, 1999, p. 307 ss.; S. DE BIOLLEY, *Le développement historique du droit pénal de l'Union européenne. Les débuts: acquis de Schengen*, in IRPL, 2007, p. 23 ss. L'Accordo entrò in vigore il 2 marzo 1986 dopo il deposito dello strumento di ratifica dell'Olanda, unico Stato tra i firmatari a non aver stipulato in forma semplificata.

⁸ In ogni caso è da rilevare come tra Belgio, Olanda e Lussemburgo fosse già in vigore dal 1960 l'Accordo del Benelux che aveva stabilito l'abolizione dei controlli in materia di libera circolazione delle persone, così come pure il 13 luglio 1984 era stato stipulato tra Francia e Germania l'Accordo di Sarrebruck che semplificava la disciplina dei controlli alle frontiere interne dei due Paesi. In generale sulle diverse convenzioni concluse da Stati membri dell'Unione europea vedi lo studio di L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000.

⁹ Vedi articoli 7-10 dell'Accordo di Schengen.

Il 19 giugno 1990 venne firmata la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen del 1985¹⁰. Essa, com'è stato efficacemente sostenuto, "andava ben oltre la portata dell'Accordo del 1985 (...) celava infatti il disegno estremamente ambizioso di disciplinare con un unico strumento, tutti gli aspetti ritenuti, direttamente o indirettamente, correlati alla abolizione delle frontiere"¹¹. La Convenzione di applicazione prevedeva tra l'altro l'abolizione dei controlli sulle persone alle frontiere degli Stati contraenti e, oltre a stabilire principi uniformi per il controllo delle frontiere esterne, indicava i presupposti per l'ingresso dei cittadini di Stati terzi per periodi di soggiorno non superiori ai tre mesi. Ai primi Stati contraenti (ossia i medesimi dell'Accordo del 1985) si aggiunsero successivamente gli altri Stati membri, ad eccezione di Regno Unito e Irlanda¹². Il settore di cooperazione tra gli Stati contraenti nel quale sono intervenute le maggiori modifiche è stato proprio quello della cooperazione in materia di polizia, sia per quel che riguarda la collaborazione tra le rispettive forze di polizia che in materia di lotta al traffico di stupefacenti e di armi. Nasceva inoltre il Sistema d'Informazione Schengen (meglio noto come SIS), attraverso il quale realizzare lo scambio, prevalentemente informatizzato, di segnalazioni, dati e informazioni relative a persone e cose¹³.

A quell'epoca, il risultato raggiunto attraverso una cooperazione intergovernativa esterna alle procedure comunitarie nonché a quelle previste poi nell'Unione europea istituita con il Trattato di Maastricht (7 febbraio 1992) poteva sicuramente essere salutato con favore; il sistema Schengen, infatti, poteva ben definirsi una sorta di "laboratorio" per sperimentare ciò che poi avrebbe dovuto realizzarsi a livello comunitario. Nonostante ciò, si manifestarono presto i limiti maggiori del ricorso a una siffatta forma di collaborazione: in primo luogo i vantaggi del sistema coinvolgevano solo alcuni Stati membri; in secondo luogo l'obiettivo cruciale di una sempre maggiore libertà di circolazione delle persone veniva raggiunto al di fuori delle procedure e delle garanzie previste dal diritto comunitario e dal diritto dell'Unione¹⁴.

¹⁰ La Convenzione entrò in vigore solo il 26 marzo 1995. Il testo sia dell'Accordo del 1985 che della Convenzione di applicazione sono riprodotti in *RDI*, 1991, p. 355 ss.

¹¹ L. S. Rossi, *op. cit.*, p. 88.

¹² L'Italia ha aderito alla Convenzione il 27 novembre 1990 con il Protocollo di Parigi. Attraverso un particolare regime di associazione partecipano alla Convenzione anche due Stati extra-UE, Islanda e Norvegia. Inoltre, come previsto dal Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen di cui si dirà a breve, è stato concluso un accordo per regolare i rapporti con i due Stati non membri. Un regime analogo è stato esteso con un accordo del 25 ottobre 2004 anche alla Svizzera.

¹³ Il SIS è una rete di banche dati nazionali collegate ad un'unità di raccordo e supporto tecnico centrale con sede a Strasburgo. Specifiche disposizioni della Convenzione del 1990 precisano la natura e le modalità di trasmissione dei dati in relazione ai diversi campi di applicazione della stessa. Sul punto vedi ampiamente L. S. Rossi, *op. cit.*, p. 101 ss.

¹⁴ Si pensi all'importante funzione di controllo svolta sia dal Parlamento europeo che dalla Corte di giustizia.

Per sanare questa situazione, con il Trattato di Amsterdam del 1997 si allegò al Trattato CE e al Trattato UE un Protocollo sull'integrazione dell'*acquis* di Schengen all'interno dell'Unione europea¹⁵. La Corte di giustizia e il Parlamento europeo possono ora esercitare le loro competenze, sia pure in base alle norme del titolo IV del Trattato CE o del titolo VI del Trattato UE¹⁶. Inoltre, la comunitarizzazione di alcune disposizioni dell'*acquis* di Schengen ha permesso di non disperdere i risultati nel tempo raggiunti solo da un ristretto numero di Stati membri, ma, anzi, di porre le basi per ulteriori sviluppi normativi in ambito comunitario.

2. Nel corso del Consiglio europeo tenutosi all'Aja il 4 e 5 novembre 2004 venne adottato il *Programma dell'Aja* contenente dieci priorità dell'Unione dirette a rafforzare lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nei successivi cinque anni¹⁷. Tra queste, di centrale importanza è l'attuazione del "principio di disponibilità", ossia l'accessibilità delle informazioni in possesso dell'autorità di contrasto al crimine di uno Stato membro per le autorità di un altro Stato membro, a fini di prevenzione, individuazione di presunti colpevoli e investigazione dei reati¹⁸. Tale principio dovrebbe essere operativo a partire dal 1° gennaio 2008.

Al fine di rendere effettiva l'operatività del principio di disponibilità, il 12 ottobre del 2005 la Commissione aveva presentato una proposta di decisione quadro sullo scambio di informazioni in virtù del principio di disponibilità in base alla quale "[g]li Stati membri provvedono affinché le informazioni siano trasmesse alle autorità competenti omologhe degli altri Stati membri e a Europol, alle condizioni indicate nella presente decisione quadro, quando tali autorità

¹⁵ Alla luce del Protocollo, per "*acquis* di Schengen" bisogna intendere l'Accordo di Schengen del 1985, la Convenzione di applicazione del 1990, l'atto finale e le dichiarazioni comuni, i protocolli e gli accordi di adesione all'Accordo e alla Convenzione, le numerose decisioni e dichiarazioni adottate sia dal Comitato esecutivo che dagli organi da esso delegati.

¹⁶ È da rilevare, infatti, che parte dell'*acquis* è confluito nel Trattato CE, è stato come si dice "comunitarizzato" (trattasi delle disposizioni sull'eliminazione dei controlli alle frontiere interne e dei requisiti per l'ingresso alle frontiere esterne), parte invece è confluito nel c.d. terzo pilastro, ossia nel Trattato UE (trattasi della materia della cooperazione di polizia).

¹⁷ Una forte spinta all'evoluzione dell'azione dell'Unione in materia di istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia si ebbe però nel corso del Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999. Sulle implicazioni delle Conclusioni del Consiglio di Tampere si veda C. ELSÉN, *L'esprit et les ambitions de Tampere*, in RMCUE, 1999, p. 659 ss.; G. DE KERCHOVE, *L'espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERG (dir.), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruxelles, 2000, p. 13 ss.; L. SALAZAR, *La costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia dopo il Consiglio europeo di Tampere*, in Cass. pen., 2000, p. 1131 ss. Sul Programma dell'Aja vedi invece C. FIJNAUT, *The Hague Programme and Police Cooperation between Member States of the EU*, in J. W. DE ZWANAN, F. A. N. J. GOUDAPPEL (eds.), *Freedom, Security and Justice in the EU*, The Hague, 2006, p. 233 ss.

¹⁸ Sul principio di disponibilità vedi T. BUNYAN, *The "Principle of Availability"*, dicembre 2006, reperibile *on line* sul sito www.statewatch.org.

abbiano bisogno di queste informazioni per svolgere le loro funzioni in materia di prevenzione, individuazione e investigazione dei reati”¹⁹. Onde evitare l’indebolimento dell’efficacia del principio di disponibilità, nella proposta è previsto poi che l’autorità designata possa rifiutarsi di fornire le informazioni richieste solo per i seguenti motivi: evitare di compromettere il buon esito di un’indagine in corso; tutelare una fonte di informazioni o l’integrità fisica di una persona; tutelare la riservatezza delle informazioni a un qualsiasi stadio del trattamento; tutelare i diritti e le libertà fondamentali delle persone i cui dati sono trattati nell’ambito della decisione quadro.

Cinque mesi prima che venisse presentata la suddetta proposta però era stata già firmata da sette Stati membri la Convenzione di Prüm, che, pur non contenendo un espresso richiamo al principio di disponibilità, lo poneva in pratica attuazione limitatamente ad alcuni settori, ossia al crimine transnazionale, alla lotta al terrorismo e all’immigrazione illegale; in questo senso potremmo parlare di “principio di disponibilità ristretta”, nel senso della delimitazione ai soli Stati contraenti di un *modus operandi* che dovrebbe invece a breve coinvolgere tutti gli Stati membri dell’Unione europea. Dopo aver esaminato il contenuto di quest’accordo internazionale cercheremo di sviluppare alcune riflessioni sulle implicazioni che inevitabilmente derivano dalle scelte dei sette Stati firmatari della Convenzione di Prüm.

Nel Preambolo della Convenzione di Prüm può leggersi l’obiettivo che essa si prefigge, ossia “jouer un rôle pionnier dans le but d’atteindre, dans le cadre de l’amélioration de la coopération en Europe et sans préjudice des dispositions du Traité sur l’Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne, un niveau aussi élevé que possible dans leur coopération, en premier lieu par le biais d’un meilleur échange d’informations, notamment dans les domaines liés à la lutte contre le terrorisme, la criminalité trans-frontalière et la migration illégale, et de permettre à tous les autres Etats membres de l’Union européenne de participer à cette coopération”. Da questa statuizione si evince come per le parti contraenti il concetto di “sicurezza” sia strettamente connesso alla quantità di informazioni che si è in grado di mettere reciprocamente a disposizione.

L’art. 1 della Convenzione, dopo aver ribadito che lo scopo perseguito è appunto quello dell’intensificazione della cooperazione transfrontaliera, in particolare attraverso lo scambio di informazioni, chiarisce in che modo l’attuazione di questa “cooperazione ristretta” debba inquadrarsi nel sistema dell’Unione europea di cui i sette firmatari sono Stati membri. La norma prevede, infatti, che “[c]ette coopération ne porte pas atteinte au droit de l’Union européenne et reste ouverte à l’adhésion de tout Etat membre de l’Union européenne en vertu des dispositions du présent Traité. (3) La coopération dans le cadre du présent Traité vise à développer des initiatives favorisant la coopération européenne dans les domaines décrits dans le présent Traité. (4) Au plus tard trois ans après l’entrée

¹⁹ Proposta di decisione quadro del Consiglio sullo scambio di informazioni in virtù del principio di disponibilità, del 12 ottobre 2005, COM(2005)490 def.

en vigueur du présent Traité, une initiative sera présentée en vue de la transcription des dispositions du présent Traité dans le cadre juridique de l'Union européenne sur la base d'une évaluation de l'expérience acquise dans le cadre de la mise en oeuvre du présent Traité, en concertation avec la Commission européenne ou sur proposition de la Commission européenne, en tenant compte des dispositions du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne. (5) Les Parties contractantes informent régulièrement et conjointement le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne de l'évolution de la coopération”.

Da questa disposizione si desume agevolmente che gli Stati contraenti hanno inteso muoversi nell'alveo della normativa comunitaria²⁰ e che si propongono, in maniera analoga alla cooperazione instaurata a Schengen, di svolgere un ruolo pionieristico nel rafforzamento della cooperazione penale transfrontaliera, tant'è che la Convenzione di Prüm risulta conosciuta anche come “Schengen III”.

Il titolo II della Convenzione di Prüm (articoli 2-15) è composto dalle norme che regolano l'istituzione di banche dati nazionali per la raccolta di DNA, impronte digitali e altri dati, nonché le modalità di consultazione e scambio delle informazioni contenute nelle stesse²¹.

L'art. 3 della Convenzione disciplina il procedimento di ricerca automatica reciproca delle informazioni presenti nelle banche dati di ogni Stato contraente. Tramite un'infrastruttura informatica che ogni Stato dovrà predisporre, ogni Stato contraente beneficerà della possibilità di accedere direttamente alle banche dati degli altri Stati contraenti al fine di verificare se è presente un profilo genetico compatibile con quello estratto dalle tracce non identificate rinvenute sulla scena del crimine o prelevate direttamente da un individuo sospettato di aver commesso un reato. Si tratta dunque di un'operazione di comparazione dei dati in possesso delle autorità nazionali competenti di ogni Stato partecipante alla Convenzione.

I profili utilizzabili possono essere ricavati soltanto dalla c.d. parte non codificante del DNA. L'Accordo attuativo della Convenzione di Prüm, firmato a

²⁰ In realtà, più che di una volontà, si tratta di un dovere nascente proprio dalla stessa appartenenza di questi Stati all'Unione. Essi sono, infatti, vincolati da quanto disposto dall'art. 10 TCE in materia di leale cooperazione; sul punto vedi oltre, par. 4.

²¹ Anche i dati relativi agli autoveicoli registrati sono soggetti al regime della “disponibilità”: vedi art. 12 Conv. Sono invece esclusi dati, quali i numeri telefonici o i dati balistici. Più ampia è invece la portata della già citata proposta di decisione quadro sullo scambio di informazioni in virtù del principio di disponibilità. Nell'Annesso II è, infatti, stabilito che le informazioni che possono essere ottenute per la prevenzione, l'individuazione e l'investigazione dei reati alle condizioni indicate nella proposta di decisione quadro sono: “– profili DNA, cioè un codice alfanumerico stabilito in base ai sette marcatori del DNA della serie europea standard definiti nella risoluzione 2001/C 187/01 del Consiglio, del 25 giugno 2001, sullo scambio dei risultati delle analisi del DNA. I marcatori non contengono informazioni su specifiche caratteristiche ereditarie. – Impronte digitali. – Dati balistici. – Immatricolazione dei veicoli. – Numeri di telefono e altri dati relativi alle comunicazioni, esclusi i dati sul contenuto. – Dati minimi per l'identificazione delle persone iscritte nei registri anagrafici”.

Bruxelles il 5 dicembre 2006²², definisce tale parte come quelle zone cromosomiche prive di espressione genetica, ossia zone che non forniscono informazioni su specifiche caratteristiche ereditarie, come caratteristiche genetiche e/o malattie ereditarie. In questo modo, i dati messi a disposizione sono anonimi e tali devono rimanere in questa fase del processo d'identificazione. Solo in caso di esito positivo della comparazione l'autorità interessata all'identificazione del soggetto dovrà richiedere allo Stato richiesto i dati corrispondenti al profilo del DNA individuato.

La procedura testé descritta può iniziare solo ai fini di una determinata e specifica azione penale, con l'esclusione di ogni operazione di polizia di tipo preventivo e nel rispetto della normativa dello Stato richiedente. Essa, inoltre, potrà essere iniziata e condotta solo dal *point de contact national* che ogni Stato contraente avrà appositamente istituito e al quale si potranno rivolgere tutte le altre autorità nazionali che intendono far confrontare il DNA in loro possesso con quelli presenti nelle banche dati degli altri Stati contraenti²³.

Il successivo art. 4 della Convenzione, invece, contempla la possibilità di effettuare controlli costanti e continui di quelle che la Convenzione definisce “traces ouvertes”, ossia i dati di cui dispone ma che non possono essere attribuiti ad alcuna persona. A tal fine “[l]es Parties contractantes comparent, par l'intermédiaire de leurs points de contact nationaux et d'un commun accord, les profils ADN de leurs traces ouvertes avec tous les profils ADN provenant des données indexées des autres fichiers nationaux d'analyse ADN en vue de poursuivre des infractions pénales. La transmission et la comparaison s'opèrent de manière automatisée. (...)” (corsivo nostro). In tal modo, lo Stato che abbia provato già attraverso il meccanismo *ex art. 3* ad identificare il profilo genetico rinvenuto sulla scena di un crimine e che in quel momento non abbia trovato alcun riscontro può, in presenza di un mutuo consenso manifestato attraverso i rispettivi punti di contatto nazionali, immettere in maniera permanente il medesimo profilo negli altrui *database* poiché è possibile che successivi inserimenti di profili genetici individuati corrispondano con quello precedentemente rimasto non identificato.

²² Così come statuito al punto 1 dell'Accordo, scopo dello stesso è di “decide the necessary provisions for the administrative and technical implementation and application of the Treaty”. Il testo in inglese dell'*Implementing agreement* è riportato nel documento del Consiglio 5437/07 del 22 gennaio 2007, reperibile *on line* al sito www.statewatch.org.

²³ In ambito europeo, in materia di lotta al terrorismo è già operante il *Bureau de liaison (BdL) network*, sistema ufficiale di comunicazione utilizzato dagli ufficiali nazionali membri del “Gruppo di lavoro sul terrorismo”. La differenza sostanziale tra il *BdL* e i *Points de contact nationaux* risiede nel fatto che mentre il primo è utilizzato per lo scambio di informazioni relative agli ‘attacchi terroristici’, i secondi possono invece fornire informazioni riguardanti “singole persone sospettate”. In base all'art. 16, 3° comma “[c]haque Partie contractante désigne un point de contact national chargé de l'échange de données avec les points de contact nationaux des autres Parties contractantes. Les compétences de chaque point de contact national sont régies par le droit national qui lui est applicable”.

Come già accennato, la Convenzione, oltre a prevedere l'istituzione di banche dati sul DNA, si occupa in maniera specifica della prevenzione e della lotta al terrorismo. Gli strumenti principali di cui le Parti contraenti intendono avvalersi sono enunciati nel titolo III della Convenzione e consistono nello scambio di informazioni al fine di prevenire attacchi terroristici (art. 16) e nel dispiegamento sugli aerei di linea dei c.d. *air marshals* (art. 17)²⁴.

Qualora particolari circostanze “justifient la présomption” che alcuni individui stiano per commettere i reati indicati negli articoli da 1 a 3 della decisione quadro del Consiglio sulla lotta contro il terrorismo del 13 giugno 2002²⁵, uno Stato contraente può fornire alle competenti autorità di altri Stati contraenti, ossia ai “points de contact nationaux”, le informazioni relative ai soggetti sospettati. Tra i dati che possono essere scambiati l'art. 16, 2° comma indica il cognome e il nome o i nomi dei sospetti, il luogo e la data di nascita, nonché tutte le informazioni che fanno ritenere che il soggetto in questione possa rivestire la qualità di sospettato. La peculiarità di questo sistema è che questa trasmissione di informazioni può avvenire “sans demande”.

La seconda disposizione della Convenzione che si occupa di prevenzione del terrorismo è l'art. 17, relativo all'impiego dei c.d. “air marshals”, ufficiali di polizia o altri ufficiali appositamente addestrati con il compito di garantire la sicurezza a bordo degli aeromobili. La formazione di questo personale altamente specializzato è delegata alla comune attività degli Stati coinvolti nel progetto.

La sola condizione posta nella Convenzione di Prüm all'utilizzo di “air marshals” è costituita dalla notifica della loro presenza nell'aereo al punto di contatto nazionale competente dello Stato verso il quale l'aereo è diretto o dello Stato dal quale deve decollare l'aereo²⁶. In caso di “danger imminent” è previsto che si debba procedere alla predetta notifica “sans délai” e in ogni caso prima dell'atterraggio dell'aeromobile²⁷. La Convenzione non specifica tuttavia cosa debba intendersi per “danger imminent”; poiché nell'epoca attuale si ha spesso la sensazione di vivere permanentemente in uno stato di emergenza e con il costante rischio di attentati terroristici, il non aver definito con chiarezza la por-

²⁴ Il testo originale della Convenzione, in lingua francese, parla di “gardes armés”, ma per comodità espositiva utilizzeremo il termine in lingua inglese.

²⁵ Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 22 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, *GUCE* L 164, p. 3 ss. Sull'attività dell'Unione europea in materia di lotta al terrorismo vedi M. BONINI, *La 'lotta' al terrorismo: il quadro giuridico internazionale e comunitario*, in *RIDPC*, 2001, p. 890 ss.; E. NALIN, *Misure europee anti-terrorismo e diritti umani*, in *CI*, 2004, p. 281 ss.; S. REITANO, *Le misure di contrasto al terrorismo internazionale tra Unione Europea e normativa italiana di adattamento*, in *Ind. P.*, 2004, p. 1173 ss.

²⁶ La notifica, in base all'art. 17, 5° comma della Convenzione deve contenere le informazioni indicate nell'Annesso I, ossia la durata temporale del dispiegamento, i dettagli del volo, incluso il numero e gli orari di decollo e atterraggio, il numero dei membri della squadra di *air marshals* e i loro nominativi completi, indicando il nome del capo del gruppo, i numeri dei loro passaporti, il tipo di armi e i numeri di serie che le caratterizzano, l'ammontare delle munizioni e il resto dell'equipaggiamento che sarà utilizzato nell'operazione.

²⁷ Art. 17, 4° comma della Convenzione.

tata di questa eccezione alla regola della notifica anticipata potrebbe indurre gli Stati contraenti ad abusare di tale possibilità, così trasformando in regola quella che costituisce un'eccezione.

Il successivo art. 18 disciplina, inoltre, la possibilità per gli ufficiali di portare a bordo armi, munizioni e l'equipaggiamento necessario per lo svolgimento dei loro compiti. In proposito si dispone che lo Stato che deve "subire" la presenza degli "air marshals", previa richiesta dello Stato per il quale questi operano, debba rilasciare un permesso speciale per portare armi, munizioni ed altro equipaggiamento a bordo. Il secondo comma, però, prevede alcune restrizioni: in primo luogo, coloro i quali hanno con sé armi e munizioni possono scendere dall'aereo con le stesse solo se accompagnati da un rappresentante del punto di contatto nazionale dello Stato contraente nel quale l'aereo è atterrato; in secondo luogo, le armi e le munizioni sbarcate sotto scorta devono essere subito depositate in una zona posta sotto sorveglianza indicata dalla competente autorità nazionale.

Il secondo settore specifico nel quale trovano applicazione le disposizioni della Convenzione di Prüm è la lotta all'immigrazione illegale alla quale è dedicato il titolo IV. In questa materia i sette Stati contraenti hanno chiaramente inteso integrare l'*acquis* comunitario in materia, perfezionando tra loro alcuni aspetti, che potremmo definire di natura amministrativa²⁸.

Innanzitutto, bisogna osservare che la Convenzione di Prüm non offre alcuna definizione di "immigrazione illegale". Quanto poi al contenuto delle misure da adottare, in base all'art. 20, 1° comma "[s]ur la base d'évaluations communes de la situation et en tenant compte du Règlement (CE) n. 377/2004 du Conseil de l'Union européenne du 19 février 2004 relatif à la création d'un réseau d'officiers de liaison "Immigration", les Parties contractantes conviennent de l'envoi de conseillers en faux documents dans des pays considérés comme pays d'origine ou de transit pour la migration illégale". Gli Stati contraenti in tal modo si

²⁸ In ambito comunitario non esiste una vera e propria definizione di "immigrazione illegale". Nella proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 1° settembre 2005 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di Stati terzi soggiornanti illegalmente (COM(2005)391 def.), l'art. 3 definisce come "permanenza illegale" "la presenza sul territorio di uno Stato membro, di un cittadino di paesi terzi che non soddisfi o non soddisfi più le condizioni di presenza o soggiorno in quello Stato membro". Sull'azione dell'Unione europea in materia di immigrazione vedi L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2003; M. R. SAULLE, *L'immigrazione e l'asilo nell'Europa allargata*, in ASI, 2004, p. 107 ss.; M. C. CICIRIELLO, *L'immigrazione nell'Unione europea: da politica di contenimento a politica di integrazione*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno* (Atti IX Convegno SIDI), Napoli, 2005, p. 421 ss.; S. PASQUETTI, *L'azione dell'Unione europea nel campo dell'immigrazione legale: principi e obiettivi*, *ivi*, p. 309 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Strumenti comunitari di prevenzione e di contrasto all'immigrazione clandestina*, *ivi*, p. 345 ss.; S. QUADRI, *Prospettive di evoluzione della condizione dei migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, in CI, 2005, p. 309 ss.; G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006.

propongono di accrescere le rispettive conoscenze in materia di falsificazione dei documenti per poter così arginare il fenomeno dell'immigrazione illegale²⁹.

L'assistenza all'attività di rimpatrio degli immigrati illegali³⁰ è disciplinata nell'art. 23, in base al quale gli Stati contraenti “s'informent mutuellement en temps utile des mesures d'éloignement prévues et offrent dans la mesure du possible aux autres Parties contractantes la possibilité d'y participer. Lors de mesures d'éloignement communes, les Parties contractantes s'accordent sur l'accompagnement des personnes à éloigner et sur les mesures de sécurité”. È inoltre prevista la possibilità, previo accordo tra le parti, di rimpatriare un immigrato illegale attraverso il territorio di uno Stato contraente diverso da quello nel quale questi si trovava al momento in cui è stata accertata l'illegalità della permanenza.

3. Dopo aver brevemente illustrato il contenuto della Convenzione di Prüm, è doveroso fare alcune riflessioni in merito a talune problematiche connesse alla sua operatività. Iniziamo con la disciplina della raccolta e dello scambio dei dati contemplata nel titolo II.

In primo luogo, la Convenzione prevede in proposito obblighi di cooperazione molto incisivi. Infatti, mentre nella proposta di decisione quadro sullo scambio di informazioni in virtù del principio di disponibilità, il cui art. 2, 2° comma dispone che “[l]a presente decisione quadro non comporta alcun obbligo di raccogliere e registrare le informazioni, avvalendosi o meno di misure coercitive, al solo scopo di renderle disponibili per le autorità competenti degli altri Stati membri”, la Convenzione prevede, al contrario, che “[s]i, dans le cadre d'une procédure d'enquête ou d'une procédure judiciaire en cours, le profil ADN d'une personne déterminée qui se trouve sur le territoire de la Partie con-

²⁹ La relativa disciplina è contenuta nell'art. 21 che così reca: “Les conseillers en faux documents envoyés par les Parties contractantes remplissent notamment les missions suivantes: 1. conseil et formation des représentations diplomatiques ou consulaires des Parties contractantes sur des affaires de visas et de passeports, notamment en ce qui concerne la reconnaissance de documents falsifiés ou contrefaits, ainsi que sur la fraude documentaire et la migration illégale, 2. conseil et formation de sociétés de transport en matière d'obligations découlant pour elles de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée le 19 juin 1990, et de l'annexe 9 de la Convention de Chicago du 7 décembre 1944 relative à l'aviation civile internationale, ainsi qu'en matière de la reconnaissance de documents falsifiés ou contrefaits tout comme sur les dispositions pertinentes relatives à l'entrée, ainsi que 3. conseil et formation des autorités et institutions du pays hôte compétentes pour les contrôles policiers aux frontières. Il n'est pas porté atteinte aux compétences des représentations diplomatiques ou consulaires ni des autorités chargées des missions de contrôle policier frontalier des Parties contractantes”.

³⁰ Sul punto sono operative in ambito europeo la decisione del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di Paesi terzi illegalmente presenti nel territorio di due o più Stati membri, *GUUE* L 261, 6 agosto 2004, p. 28, nonché la direttiva 2003/110/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea, *GUUE* L 321, 6 dicembre 2003, p. 26.

tractante requise fait défaut, cette dernière accorde l'entraide judiciaire en prélevant et en analysant le matériel génétique de cette personne ainsi qu'en transmettant le profil ADN obtenu (...)"

In secondo luogo, si pone il problema del trasferimento dei dati relativi al DNA. La gestione dei campioni di DNA ritrovati sulla scena di un crimine costituisce, come è noto, uno strumento importante nelle attività investigative.

In proposito, la Convenzione prevede alcune garanzie sia relative ai dati in quanto tali che agli individui cui tali dati appartengono. Innanzitutto, in base all'art. 2, 2° comma i dati cui poter attingere "ne contiennent que les profils ADN issus de la partie non codante de l'ADN ainsi qu'une référence. Les données indexées ne doivent contenir aucune donnée permettant l'identification directe de la personne concernée. Les données indexées qui ne peuvent être attribuées à aucune personne (traces ouvertes) doivent être reconnaissables en tant que telles". Questo sistema garantisce l'anonimato dei proprietari dei dati genetici e protegge da possibili abusi.

Lo standard di tutela relativamente al trattamento dei dati raccolti cui dovranno attenersi tutti gli Stati contraenti è individuato dall'art. 34, in base al quale "(...) chaque Partie contractante garantit dans son droit national un niveau de protection des données correspondant au moins à celui résultant de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, ainsi que du protocole additionnel du 8 novembre 2001 (...)"³¹.

Inoltre, l'art. 40 della Convenzione prevede che ai titolari dei dati sia riconosciuto il diritto di far apportare correzioni agli stessi o di far cancellare quelli trattati in maniera illegale³². È poi previsto che autorità nazionali indipendenti – quale è in Italia il Garante per la *privacy*³³ – possano in ogni momento controllare la gestione e la trasmissione dei dati raccolti.

³¹ Vedi la Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale, in *ETS*, n. 108, entrata in vigore il 1° ottobre 1985 e Protocollo addizionale alla Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati a carattere personale, concernente le autorità di controllo ed i flussi transfrontalieri, in *ETS*, n. 181, entrato in vigore il 1° luglio 2004. I testi sono reperibili *on line* al sito conventions.coe.int. In dottrina vedi tra gli altri, G. CELLAMARE, *Tutela della vita privata e libera circolazione delle informazioni in una recente Convenzione del Consiglio d'Europa*, in *RDI*, 1982, p. 802 ss.; F. MARTINES, *La protezione degli individui rispetto al trattamento automatizzato dei dati nel diritto dell'Unione europea*, in *RIDPC*, 2000, p. 719 ss.; F. HONDIUS, *A Quarter Century of International Data Protection*, in *Hague YIL*, 2005, p. 23 ss.

³² L'articolo in esame prevede anche che le Parti contraenti debbano fare in modo che la persona coinvolta "puisse, en cas de violation de ses droits en matière de protection des données à caractère personnel, s'adresser par un recours effectif à un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, au sens de l'article 6, paragraphe 1er de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme tout comme à une autorité indépendante de contrôle au sens de l'article 28 de la Directive 95/46/CE, et qu'elle se voie offrir la possibilité de faire valoir, par la voie judiciaire, un droit à dédommagement ou à une autre forme de réparation".

³³ Il Garante per la protezione dei dati personali è stato istituito con legge n. 675 del 31 dicembre 1996.

Un rilievo critico può essere rivolto all'assenza nel testo convenzionale di riferimenti ai numerosi *database* già operanti in ambito europeo e alla mancata previsione di un utilizzo coordinato dei dati raccolti in base alla Convenzione di Prüm e di quelli raccolti, ad esempio, mediante l'EURODAC (raccolta delle impronte digitali dei maggiori di 14 anni che attraversano illegalmente la frontiera e che non possono essere respinti), il *Visa Information System (VIS)* e lo *Schengen Information System* di seconda generazione (*SIS II*)³⁴. Poiché in molti casi la tipologia di informazioni raccolte coincide, non è da escludere il rischio di sovrapposizioni e di duplicazioni di attività, con un conseguente spreco di risorse e di energie.

Passando al settore della cooperazione in materia di prevenzione e di lotta al terrorismo, alcune perplessità desta in primo luogo l'art. 16 della Convenzione.

Il profilo problematico concerne le modalità attraverso le quali le autorità competenti dovrebbero raccogliere gli elementi utili per poter fondatamente ritenere un individuo "sospettato" di poter commettere in futuro atti di terrorismo al fine di poterne trasmetterne i dati ad altro punto di contatto nazionale. Le autorità nazionali godono di ampia discrezionalità in ordine alla "previsione" che un determinato individuo stia per commettere uno degli atti rientranti nell'elenco contenuto nella decisione quadro del 2002 e alla conseguente diffusione dei relativi dati personali: tale circostanza suscita perplessità e induce a ritenere che sull'operato di questi *points de contact nationaux* debba essere esercitata una qualche forma di controllo.

La discrezionalità di cui si è detto si desume, inoltre, dalla sostanziale assenza nella Convenzione di limiti, di condizioni o di particolari requisiti in ordine all'inserimento di una persona sospetta in questo circuito transnazionale di scambio di informazioni. Invero, l'art. 16 si limita a prevedere in proposito che la trasmissione dei dati deve avvenire "dans le respect du droit national" e che si deve trattare di "cas particuliers". Inoltre, allo Stato che procede con l'inoltro delle informazioni è riconosciuta una semplice facoltà di "fixer des conditions relatives à l'utilisation de ces données et informations par l'autorité destinataire", che tuttavia divengono vincolanti per l'autorità ricevente.

In base a tale disposizione sussiste una sostanziale presunzione di veridicità e di fondatezza delle circostanze che hanno determinato l'inserimento di un individuo nel sistema delle banche dati. In proposito, a nostro parere, potrebbero porsi problemi di rispetto di diritti umani fondamentali, quali il diritto al rispetto

³⁴ Sulle banche dati già operanti a livello europeo e sulla necessità che si coordini la loro attività vedi la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo del 24 novembre 2005 concernente il miglioramento dell'efficienza e l'incremento dell'interoperabilità e delle sinergie tra le banche dati europee nel settore della giustizia e degli affari interni, COM(2005)597 def. Sul SIS II vedi la decisione del Consiglio, del 12 giugno 2007, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen di seconda generazione (SIS II), *GUUE* L 205, 7 agosto 2007, p. 63, nonché il commento di A. PERDUCA, *Una raccolta di dati su persone e oggetti con grande attenzione ai diritti individuali*, in *Guida al Diritto, Diritto comunitario e internazionale*, 2007, n. 5, p. 64 ss. Più in generale, sul sistema di scambio di informazioni in materia penale in ambito europeo v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, II ed., p. 542 ss.

della vita privata disciplinato dall'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e, relativamente alla possibilità di sottoporre a revisione una decisione presa in conformità alla Convenzione di Prüm, il diritto ad un ricorso effettivo contemplato nell'art. 13 della predetta Convenzione.

Quanto agli "air marshals" da dispiegare a bordo degli aerei, in base all'art. 17, 2° comma della Convenzione di Prüm, essi sono individuati negli ufficiali di polizia o negli "agents de l'autorité publique dûment formés à cet effet" con una formulazione alquanto ampia che lasciare intendere in proposito una notevole discrezionalità da parte degli Stati contraenti. Inoltre, data la delicatezza dei compiti da svolgere a bordo degli aeromobili, era lecito prevedere, almeno in sede di Accordo attuativo, una più puntuale descrizione dei metodi utilizzabili e degli eventuali limiti alla loro attività. Nulla di ciò è invece stato espressamente previsto e pertanto il *modus operandi* di questi "sceriffi del cielo" rimane ad oggi alquanto indefinito. Sarebbe in ogni caso necessario prevedere specifici meccanismi di controllo delle attività svolte a bordo da questi agenti armati e all'eventuale attivazione di procedimenti disciplinari in caso di gravi infrazioni.

Alcune considerazioni possono, infine, essere svolte anche in ordine alle disposizioni concernenti il contrasto all'immigrazione illegale. La Convenzione di Prüm è molto specifica nel definire il ruolo e le funzioni dei c.d. *conseillers en faux documents*. L'art. 21 dispone, infatti, che essi, tra l'altro, provvedono a fornire consulenza alle rappresentanze diplomatiche e consolari degli Stati contraenti affinché si riescano ad individuare agevolmente passaporti e visti falsi o contraffatti. Ora, l'idea che solo alcuni degli Stati membri dell'Unione europea possano sviluppare tra loro conoscenze specialistiche si scontra chiaramente con lo spirito stesso della cooperazione europea. Inoltre, in relazione all'*acquis* di Schengen, gli ufficiali degli Stati membri partecipanti a tale *acquis*, non essendo in possesso delle conoscenze frutto della partecipazione alla Convenzione di Prüm, potrebbero continuare a far entrare nell'area c.d. Schengen cittadini di Stati terzi che potrebbero non averne diritto in base alle verifiche eventualmente svolte dagli ufficiali degli "Stati-Prüm". Come è noto, la caratteristica dell'area c.d. Schengen consiste nella libera circolazione delle persone al suo interno; pertanto, lo scopo perseguito con la Convenzione di Prüm di vietare l'ingresso di immigrati illegali in possesso di documenti falsi a causa della mancata estensione delle regole testè descritte all'intera area c.d. Schengen, rischia di essere realizzato solo parzialmente.

Per quanto concerne la disciplina sulla cooperazione in materia di rimpatrio degli immigrati illegali contenuta nell'art. 23 della Convenzione, è da rilevare l'esistenza in questa materia delle già citate decisione del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di Paesi terzi illegalmente presenti nel territorio di due o più Stati membri e direttiva del Consiglio 2003/110/CE, del 25 novembre 2003, sull'assistenza in caso di transito per allontanamento via aerea. Di conseguenza, in

questo settore emerge con chiarezza la possibilità di sovrapposizione di competenze e il dubbio che possa essere stato violato l'art. 10 TCE³⁵.

4. La Convenzione di Prüm è stata definita come “[l]e seul réel exemple de coopération restreinte existant à ce jour”³⁶.

Quando venne stipulato l'Accordo di Schengen l'allora Comunità economica europea non aveva competenze in materia di cooperazione penale e poteva dunque giustificarsi quella forma di cooperazione. Oggi, invece, la scelta dei sette Stati membri pone problemi sul perché si sia proceduto al di fuori del sistema istituzionalizzato dell'Unione europea e su alcune conseguenze che inevitabilmente ne derivano. Tra Schengen e Prüm sono, infatti, trascorsi vent'anni di integrazione europea. Svolgeremo pertanto alcune considerazioni su quello che possiamo definire il “metodo Prüm”.

Il Preambolo della Convenzione così statuisce: “Les Hautes Parties contractantes du présent Traité, *Etats membres de l'Union européenne*, considérant qu'il est important, dans un espace de libre circulation des personnes, que les *Etats membres de l'Union européenne renforcent leur coopération afin de lutter plus efficacement contre le terrorisme, la criminalité transfrontalière et la migration illégale (...)*” (corsivi nostri). Isolando quest'enunciazione dal suo contesto originario e immaginando di dover stabilire da che atto normativo essa sia stata estrapolata, il lettore farebbe sicuramente riferimento ad un atto dell'Unione europea: a null'altro lasciano infatti pensare i ripetuti richiami alla qualità di Stati membri dell'Unione degli Stati contraenti.

L'ampiezza delle competenze trasferite dagli Stati membri all'Unione europea esige che la possibilità per alcuni di essi di concludere tra loro accordi internazionali nelle materie in cui vi è già stato un intervento normativo da parte dell'Unione, al di fuori di quel *framework*, sia ben circoscritta; anche in virtù del principio di leale cooperazione enunciato nell'art. 10 TCE, gli Stati membri dovrebbero agire, laddove sia possibile in tempi “ragionevoli”, attraverso gli strumenti normativi predisposti dai Trattati³⁷. L'art. 10 TCE contempla due obblighi, uno di natura positiva e l'altro di natura negativa. Il primo impone agli Stati di adottare “tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri obblighi”. Il secondo impone invece agli Stati membri di astenersi dall'adottare “qualsiasi misura che rischi di compromettere

³⁵ Sul punto si tornerà nel prossimo paragrafo.

³⁶ Vedi S. DE BIOLLEY, *op. cit.*, p. 35.

³⁷ Sull'art. 10 TCE vedi, anche per ulteriori riferimenti, il commento di C. IANNONE in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 218 ss. Sull'art. 10 TCE quale “limite ultimo alla possibilità per gli Stati membri di concludere convenzioni tra loro” qualora non optino ricorrendone le condizioni per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata vedi L. S. ROSSI, *op. cit.*, p. 273.

la realizzazione degli scopi del presente trattato”³⁸. La compatibilità della Convenzione di Prüm con l’art. 10 TCE riguarda espressamente l’obbligo di natura negativa: il settore in cui è intervenuta la Convenzione riguarda un obiettivo, il completamento dell’area di libertà, sicurezza e giustizia, che deve essere perseguito attraverso gli strumenti preposti dai Trattati e, per i motivi indicati in precedenza, la stipulazione della Convenzione di Prüm rischia, a nostro parere, di compromettere il raggiungimento di tale obiettivo.

Gli ambiti nei quali opera la Convenzione di Prüm, ossia la lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all’immigrazione illegale, sono tra l’altro già oggetto di una specifica normativa comunitaria³⁹: considerato ciò, quegli Stati che avessero voluto rafforzare tra loro la cooperazione in quei settori avrebbero in ogni caso potuto far ricorso ad uno strumento *ad hoc* previsto dal titolo VII del Trattato sull’Unione europea, ossia le *cooperazioni rafforzate*⁴⁰. Gli Stati

³⁸ Sebbene l’art. 10 TCE sia appunto una norma fondamentale del Trattato della Comunità europea, esso è riferibile anche all’Unione europea. Nell’ormai nota sentenza *Pupino* (sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/3, *Raccolta*, p. I-5285) la Corte ha applicato alle decisioni quadro il principio dell’interpretazione conforme sino a quel momento riferibile solo delle direttive. Nel giungere a questa conclusione la Corte si è basata su due circostanze, l’analogia strutturale tra decisioni quadro e direttive e la sussistenza dell’obbligo di leale cooperazione anche nel terzo pilastro. In particolare, è stato rilevato come sebbene nell’ordinamento dell’Unione manchi una disposizione corrispondente all’art. 10 TCE, tuttavia, come nell’ordinamento comunitario, anche in quello dell’Unione gli Stati membri e le istituzioni sono vincolati da un obbligo di fedeltà reciproca. Ciò si ricaverebbe in particolare dall’art. 1 TUE, 2° e 3° comma, dove è sancito lo scopo del Trattato sull’Unione: segnare una nuova tappa nel processo di creazione di un’unione sempre più stretta tra i popoli dell’Europa, sulla cui base organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli. Questo scopo non sarebbe raggiungibile qualora gli Stati membri e le istituzioni dell’Unione non cooperassero lealmente e in modo giuridicamente corretto, soprattutto in un ambito, quale è quello della cooperazione in materia penale e di polizia, che si fonda esclusivamente sulla cooperazione. Sul punto e, più in generale, sull’estensione al terzo pilastro di principi e regole del diritto comunitario si veda V. DI COMITE, *Il principio dell’interpretazione conforme del diritto nazionale alle decisioni quadro del terzo pilastro. Un nuovo passo in avanti nel processo di integrazione europea*, in *Sud in Europa*, 2005, n. 5, reperibile *on line* sul sito www.sudineuropa.net; F. CHERUBINI, *L’obbligo di interpretazione conforme “sconfina” nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, 2006, p. 157 ss.; A. DAMATO, *L’incidenza sul terzo pilastro dell’applicazione di principi e regole di diritto comunitario*, scritto in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Vincenzo Starace*.

³⁹ Vedi i numerosi atti richiamati nelle note precedenti. Per una breve, ma incisiva ricostruzione degli strumenti d’azione utilizzabili in particolare nel terzo pilastro e sui loro effetti vedi D. RINOLDI, *Art. 34*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 62 ss.; M. CONDINANZI, *Commento all’art. 34 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 130 ss. Più in generale nella manualistica, v. G. STROZZI, *Diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale. Dal Trattato di Roma alla Costituzione europea*, Torino, 2005, III ed., p. 30 ss.; L. DANIELE, *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2007, II ed., p. 166 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2008, pp. 354 ss.

⁴⁰ Le disposizioni su una cooperazione rafforzata sono contenute negli articoli 43-45 TUE. Sulle cooperazioni rafforzate vedi A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell’integrazione differenziata*, Bari, 2005, al quale si rimanda anche per l’ulteriore bibliografia

firmatari hanno però scelto la via del trattato multilaterale poiché questo consentiva di evitare il ricorso alla procedura di unanimità, prevista per l'adozione degli atti del terzo pilastro⁴¹. Allo stesso tempo, essi hanno eluso i requisiti sostanziali e procedurali contemplati negli articoli 40, 40 A, 43 e 43 A del TUE⁴².

L'intenzione degli Stati membri che hanno stipulato la Convenzione di Prüm di rafforzare la cooperazione in quei settori, aggirando al contempo i controlli democratici e istituzionali predisposti dal Trattato sembra emergere, a nostro parere, anche da quanto disposto nell'art. 1, 4° comma della Convenzione. In base a tale disposizione, infatti, gli Stati contraenti, al più tardi entro tre anni dall'entrata in vigore della Convenzione, avrebbero presentato un'iniziativa in sede europea per la trasposizione delle norme della stessa nell'ordinamento giuridico europeo⁴³. In proposito, il 27 febbraio 2007 quindici Stati membri, tra cui

in materia. Più in generale, in materia di sicurezza interna europea vedi P. BERTHELET, *Le droit institutionnel de la sécurité intérieure européenne*, Bruxelles, 2003.

⁴¹ Per una critica alla scelta dei sette Stati contraenti di agire al di fuori delle regole sulla cooperazione rafforzata vedi G. CAGGIANO, *Libertà, sicurezza e giustizia in un'Unione basata sul diritto*, in questa *Rivista*, 2007, p. 335 ss., in specie pp. 345-346.

⁴² Questi articoli prevedono, tra l'altro, il coinvolgimento della Commissione e del Parlamento europeo e garantiscono che alle cooperazioni rafforzate si faccia ricorso "solo in ultima istanza, qualora sia stato stabilito, in sede di Consiglio, che gli obiettivi che esse si prefiggono non possono essere conseguiti, entro un termine ragionevole, applicando le pertinenti disposizioni dei trattati" (art. 43 A del TUE). Sul rispetto del "principio di ultima istanza" quale condizione sostanziale per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata vedi per tutti A. CANNONE, *op. cit.*, p. 72 ss. L'istituto delle cooperazioni rafforzate è stato mantenuto con qualche modifica anche nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, intervenuto a sanare l'ormai insostenibile situazione venutasi a creare dopo il "naufragio" del Trattato di Roma del 29 ottobre 2004. Gli articoli da 27 A a 27 E, 40, 40 A e 40 B e da 43 a 45 TUE saranno sostituiti da un unico articolo (l'art. 10) e il numero minimo degli Stati che potranno attivarsi per realizzare una cooperazione rafforzata diviene nove. La disciplina dettagliata sul funzionamento delle cooperazioni rafforzate è prevista dagli articoli da 280 A a 280 I del Trattato.

⁴³ Così reca infatti l'art. 1, 4° comma della Convenzione: "[a]u plus tard trois ans après l'entrée en vigueur du présent Traité, une initiative sera présentée en vue de la transcription des dispositions du présent Traité dans le cadre juridique de l'Union européenne sur la base d'une évaluation de l'expérience acquise dans le cadre de la mise en oeuvre du présent Traité, en concertation avec la Commission européenne ou sur proposition de la Commission européenne, en tenant compte des dispositions du Traité sur l'Union européenne et du Traité instituant la Communauté européenne". La prima critica di carattere istituzionale alla Convenzione di Prüm è stata avanzata dal Comitato economico e sociale nell'*Avis du Comité économique et social européen sur la "Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen — Programme de La Haye: Dix priorités pour les cinq prochaines années — Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice"* del 17 marzo 2006, COM(2005)184 final, *GUUE* 2006/C 65/22, dove a p. 126 si legge che "4.2.9 Le Traité de Prüm (ou Schengen III) relatif à l'approfondissement de la coopération transfrontalière, en particulier en matière de lutte contre le terrorisme, de criminalité transfrontière et d'immigration illégale, du 27 mai 2005, montre clairement que *les dimensions de 'liberté, de sécurité et justice' continuent à être traitées dans un cadre purement gouvernemental*. Ce traité a en effet été négocié et adopté entre sept États membres exclusivement. *Le processus de décision a été mené à bien sans aucune transparence, malgré l'importance majeure des politiques et des thèmes abordés.* – 4.2.10 *Ce type de coopération purement intergouvernementale affaiblit le projet européen et l'espace commun de liberté,*

ovviamente i sette Stati parti della Convenzione di Prüm, hanno preso l'iniziativa in vista dell'adozione di una decisione del Consiglio sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo ed alla criminalità transfrontaliera, che riproduce fedelmente le parti essenziali di detta Convenzione⁴⁴.

In tal modo, a nostro parere, le scelte politiche adottate "a porte chiuse" da un ristretto numero di Stati membri si potranno imporre mediante l'adozione della predetta decisione, a tutti gli altri Stati membri dell'Unione europea. Benché sia possibile una modificazione sostanziale delle disposizioni proposte mediante la predetta iniziativa, è chiaro che l'obiettivo perseguito dagli Stati membri proponenti non va in quella direzione. Tale constatazione deriva dalla circostanza che vede tra i proponenti i sette di Prüm: ebbene, poiché almeno quattro tra loro hanno già ratificato la Convenzione adeguando di conseguenza le rispettive normative interne, è da presumere una scarsa disponibilità di detti Stati a introdurre modificazioni nei rispettivi ordinamenti. Di conseguenza, tutti gli altri Stati membri dell'Unione non avranno una reale voce in capitolo nella determinazione delle regole su un tema delicato, quale è quello, per esempio, dello scambio di dati: la sola opzione che appare disponibile per essi è quella se partecipare o meno⁴⁵.

In caso di opposizione da parte di alcuno degli Stati membri, poiché gli atti del terzo pilastro richiedono l'unanimità, non rimarrebbe che l'instaurazione di una cooperazione rafforzata, per la quale è richiesta, come è noto, la partecipazione di un minimo di otto Stati membri⁴⁶. Questo potrebbe essere l'esito finale dell'*iter* relativo a tale proposta di decisione, ma ci si chiede come mai non si sia deciso di ricorrere *ab initio* a questa forma di "integrazione differenziata".

5. Prima di esprimere alcune valutazioni conclusive sulla Convenzione testé esaminata, pare opportuno soffermarsi anche sulla posizione assunta al riguardo dal Governo italiano.

de sécurité et de justice dans son ensemble, sans oublier qu'il implique 'moins d'Europe'. Il faut promouvoir et garantir au contraire 'plus d'Europe' dans ces domaines politiques en recourant à la méthode communautaire et au cadre institutionnel approprié. L'appareil communautaire offre une approche et un système plus intégré, efficace, global et cohérent pour faire face aux défis de notre temps" (corsivo nostro).

⁴⁴ Gli Stati che hanno assunto l'iniziativa sono: Belgio, Bulgaria, Germania, Spagna, Francia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Austria, Slovenia, Repubblica slovacca, Italia, Finlandia, Portogallo, Romania e Svezia. L'iniziativa è stata pubblicata il 28 marzo 2007, *GUUE C 71*, p. 35 ss. Questa decisione si propone di sostituire quella che avrebbe dovuto adottarsi su proposta del Consiglio in materia di scambio di informazioni in virtù del principio di disponibilità (citata in nota 20).

⁴⁵ Fortemente negativo è stato anche il parere sull'iniziativa espresso dal Garante europeo della protezione dei dati, 2007/C 169/02, *GUUE C 169/2*, 21 luglio 2007, dove al par. 18 addirittura si legge che il Garante "deplora che sia stata seguita questa procedura" poiché a suo avviso trattasi di "una procedura che nega ogni necessità di un processo legislativo democratico e trasparente, in quanto non rispetta neppure le già limitate prerogative nell'ambito del terzo pilastro".

⁴⁶ Vedi art. 43, lett. g) TUE.

Innanzitutto, come indicato all'inizio, l'Italia non risulta tra gli Stati firmatari della Convenzione. Le motivazioni addotte in proposito dal Ministro degli interni dell'epoca riguardavano essenzialmente lo scambio dei dati sul DNA e l'impiego di poliziotti armati sugli aerei di linea⁴⁷.

Quanto alla prima questione, si evidenziava che l'Italia non possedeva ancora una normativa che regolasse l'istituzione della banca dati prevista dalla Convenzione di Prüm; quanto agli "air marshals", invece, si affermava che queste figure "poco o punto si adattano alle nostre metodologie in materia di sicurezza, che come è noto, fanno leva soprattutto sulla prevenzione"⁴⁸.

Il 4 luglio 2006, il Ministro degli interni ha sottoscritto a Berlino una dichiarazione comune sulla partecipazione dell'Italia alla Convenzione di Prüm⁴⁹. A metà settembre era stato presentato un disegno di legge composto da 14 articoli sulla creazione di una banca dati sul DNA⁵⁰. Il testo approvato su proposta del Ministro della giustizia, del Ministro degli affari esteri e del Ministro dell'interno il 30 ottobre, invece, consta di 26 articoli e, oltre ad autorizzare il Presidente della Repubblica ad aderire alla Convenzione di Prüm, prevede l'istituzione della banca dati nazionale del DNA – con il controllo del Garante per la protezione dei dati personali e del Comitato nazionale per la biosicurezza e le biotecnologie – e del Laboratorio centrale delle banche dati presso i Ministeri dell'interno e della giustizia, al fine di facilitare l'identificazione degli autori di delitti. Nella banca verranno conservati i profili di DNA scaturiti dall'esame di reperti biologici acquisiti nel corso di procedimenti penali, ovvero prelevati da detenuti con condanna definitiva o in carcere per misure cautelari, arrestati in flagranza di reato e sottoposti a fermo di polizia. Di tali reperti è prevista la distruzione nel caso in cui la condanna non venga confermata. Il d.d.l. delega altresì il Governo ad istituire i ruoli tecnici del Corpo di polizia penitenziaria⁵¹.

Il nostro Paese, pertanto, il quale risulta anche tra i firmatari della proposta di decisione del Consiglio di cui si è detto, si sta dotando degli strumenti necessari per poter collaborare più efficacemente con gli altri Stati.

⁴⁷ Vedi la risposta del Ministro Pisanu al quesito posto dal senatore Giuliano Amato sulla stampa quotidiana (rispettivamente *Il Sole 24 Ore*, 17 gennaio 2006 e *Il Sole 24 Ore*, 8 gennaio 2006, rubrica *Lettere europee*).

⁴⁸ Vedi nota precedente.

⁴⁹ Nel corso della seduta del 18 luglio 2007 del Comitato parlamentare di controllo sull'attuazione dell'Accordo di Schengen, di vigilanza sull'attività di Europol, di controllo e vigilanza in materia di immigrazione era emerso che esso "impegna il governo a: prendere entro il 30 settembre 2007 le opportune iniziative volte a ratificare il Trattato di Prüm, ad intervenire sulla normativa nazionale in materia in modo da consentire una rapida adesione dell'Italia al Trattato di Prüm e a continuare ad adoperarsi per la piena trasposizione del Trattato di Prüm nell'ordinamento comunitario". Cfr., *on line*, il sito www.parlamento.it.

⁵⁰ Vedi *Il Sole 24 Ore* del 15 settembre 2007 per una sintesi dei punti salienti del provvedimento.

⁵¹ Il testo del d.d.l. è reperibile *on line* al sito www.radioradicale.it. Vedi inoltre la Guida al "pacchetto sicurezza" predisposta dal Governo e reperibile *on line* al sito www.interno.it.

Tornando alla Convenzione di Prüm, essa rappresenta un chiaro esempio di “integrazione differenziata”. Questo accordo internazionale è intervenuto in un campo in cui i Trattati predisponavano già le basi giuridiche per agire: tra gli obiettivi che l’Unione si prefigge, l’art. 2 TUE prevede, infatti, espressamente quello di “(...) – conservare e sviluppare l’Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l’asilo, l’immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest’ultima; (...)”; inizialmente però il desiderio di procedere in questo settore di integrazione era condiviso solo da un numero ristretto di Stati, i quali hanno deciso di procedere al di fuori della struttura dell’Unione europea, senza cercare prima di agire in base agli strumenti messi a disposizione dal Trattato UE.

Questa decisione ha portato con sé in primo luogo la creazione di una sorta di “gerarchia” all’interno dell’Unione: gli Stati contraenti della Convenzione di Prüm si trovano ora in una fase di integrazione in materia di cooperazione penale e di polizia sicuramente più avanzata rispetto a tutti gli altri Stati membri. In secondo luogo, poiché l’operatività del “principio di disponibilità” è già tra le priorità dell’Unione, l’aver realizzato attraverso questa forma di cooperazione intergovernativa tra sette Stati membri quello che abbiamo già definito un “principio di disponibilità ristretta”, rischia di creare “a new electronic border” tra i Paesi firmatari e gli altri Stati membri dell’Unione europea⁵².

Anche il processo di integrazione in atto di una parte delle disposizioni contenute nella Convenzione di Prüm in normativa europea desta alcune perplessità. La Convenzione di Prüm è, infatti, nata “a porte chiuse”, sulla scia della più consolidata tradizione della negoziazione intergovernativa; i firmatari, nel momento in cui hanno proposto la trasposizione di una parte della Convenzione in normativa dell’Unione europea hanno lasciato chiaramente intendere di non voler apportare alcuna modifica al testo⁵³. In tal modo, disposizioni che non hanno goduto di alcun controllo democratico e che non sono state al centro di un dibattito aperto e trasparente rischiano di imporsi a tutti gli Stati membri dell’Unione e di conseguenza ai loro cittadini.

Da ultimo, poiché l’istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia rientra tra i fini dell’Unione europea, l’aver agito al di fuori delle procedure previste nei Trattati appare, a nostro parere, sintomatico della scarsa fiducia che gli Stati contraenti ripongono nell’Unione europea quale organizzazione cui delegare la “produzione” di sicurezza. Questa conclusione pare rafforzata dalla circostanza per cui con il Trattato di Amsterdam si era in un certo senso “costituzionalizzato” il principio di integrazione differenziata all’interno della costruzione europea, ciò proprio al fine di evitare future cooperazioni al di fuori

⁵² T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA, E. GUILD, *Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats*, CEPS Working Document, January 2006, n. 234, reperibile *on line* al sito www.libertysecurity.org.

⁵³ Sul punto vedi il rapporto dell’*House of Lords Selected Committee on the EU*, intitolato “Behind closed doors” e reperibile *on line* al sito www.statewatch.org.

dell'Unione europea⁵⁴. In proposito è stato affermato che “(...) le disposizioni sulle cooperazioni rafforzate saranno difficilmente utilizzate. Contemporaneamente si assisterà, all'interno dello spazio di libertà di sicurezza e di giustizia, a una sempre più frequente differenziazione delle situazioni giuridiche degli Stati membri (...)”⁵⁵. Alla luce di quanto precede sembra così confermata quella poco ottimistica previsione.

⁵⁴ Non è questa la sede per esprimere considerazioni relativamente al valore della “differenziazione” rispetto all'integrazione europea. Sul punto si rimanda agli autori citati nella nota 40 e in particolare alle pp. 258-262 del volume di P. BERTHELET.

⁵⁵ Così afferma A. CANNONE, *op. cit.*, p. 242.



Recensioni

Alessandro Colombo, Natalino Ronzitti
(a cura di)

L'Italia e la politica internazionale

Edizione 2007, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 332



La sensazione che emerge dall'analisi degli eventi internazionali del 2006, svolta con la consueta precisione e scrupolosità nella nuova edizione del volume edito dall'Istituto Affari Internazionali e dall'Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, è di una generale "disillusione". Tale sensazione riguarda anzitutto la situazione in Iraq e in Afghanistan, alla quale è dedicato lo scritto di Riccardo Redaelli, intitolato esplicitamente "L'anno della disillusione". Ma è suscitata egualmente dalla vicenda della "Costituzione europea", rispetto alla quale il 2006 è stato un anno di inutile attesa; tuttavia – come sottolineano Gianni Bonvicini e Michele Comelli – alcuni punti essenziali del testo costituzionale sono stati rivendicati come irrinunciabili dal nostro Ministro degli esteri (ed hanno trovato, sostanzialmente, riconoscimento nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007); d'altra parte, realizzazioni in qualche misura anticipatrici della Costituzione europea sono state raggiunte nell'ambito della politica europea di sicurezza e difesa, oggetto dello scritto di Giovanni Gasparini (al quale fa seguito un quadro delle missioni italiane all'estero, curato da Federica Di Camillo), e iniziative significative sono state assunte, dalla Commissione europea e dall'Italia, in materia di mercato della difesa (esaminato da Michele Nones). Delusione e preoccupazione desta anche la sospensione del *Doha Round*, che ha messo in luce una difficoltà di funzionamento dell'Organizzazione mondiale del commercio dovuta, da un lato, ad una contrapposizione, che non è più solo Nord-Sud, ma investe i rapporti tra Stati Uniti ed Europa; dall'altro, ad una scarsa capacità di affrontare le nuove realtà presenti sul mercato internazionale, a cominciare dal prepotente irrompere della Cina (in proposito si veda lo studio di Paolo Guerrieri). Allarme suscita pure il conflitto israelo-palestinese, che appare sempre più lontano da una soluzione ed è aggravato, se possibile, dagli sviluppi politici sia in Israele che nei territori occupati (l'esame di tale crisi è svolto da Daniela Pioppi e Nathalie Tocci).

Già questi rapidi riferimenti danno ragione di quella sensazione di disillusione, di cui dicevamo, manifestata nell'Introduzione dai curatori del volume e che, obiettivamente, sarebbe difficile contestare. Semmai ci si potrebbe chiedere se fossero giustificate, rispetto ad alcune aree di crisi, le ... illusioni di una stabilizzazione, se non, addirittura, di una ricostruzione su basi democratiche, in

Paesi sconvolti da guerre e violenze prolungate. Per esempio, quali illusioni possono nutrirsi riguardo all'Iraq, dove, in realtà, prosegue un'occupazione militare da parte degli Stati Uniti e dei suoi alleati, che nessuna risoluzione delle Nazioni Unite o artificio giuridico può trasformare in missione di pace? E quali speranze possono seriamente nutrirsi per l'Afghanistan, di fronte ad una guerra, motivata come lotta al terrorismo, ma costellata da stragi di civili e resa cieca dall'assenza di alcun barlume di strategia politica?

Il quadro degli eventi internazionali del 2006 rivela numerose altre fonti di preoccupazione. Si pensi, anzitutto, al conflitto che ha opposto Israele e il Libano, del quale Elisa Giunchi offre una dettagliata ricostruzione e Natalino Ronzitti una valutazione giuridica internazionale. Ma ulteriori focolai di crisi, di guerre civili che degenerano ben presto in conflitti internazionali, appaiono nel continente africano, in particolare nel Corno d'Africa, come mette in luce Giampaolo Calchi Novati riguardo al precario dopoguerra tra Etiopia ed Eritrea e agli scontri in Somalia tra le corti islamiche e una coalizione di *warlords* e uomini d'affari, sostenuti, con un intervento militare diretto, dall'Etiopia e dagli Stati Uniti; nonché in Sudan, la cui complessa crisi è analizzata da Pierluigi Valsecchi. In questi scenari la "perdita di orientamento" nella politica estera degli Stati Uniti (culminata con la bocciatura elettorale del novembre 2006 di Bush e le dimissioni di Rumsfeld) non può che acuire lo stato d'incertezza e d'instabilità (in proposito si veda lo scritto di Alessandro Colombo sullo scenario internazionale tra continuità e discontinuità).

Anche il Fondo monetario internazionale presenta aspetti problematici; come rileva Pier Carlo Padoan, esso è in cerca di una ridefinizione della sua *mission* e della sua legittimità sul piano della prevenzione e della risoluzione delle crisi finanziarie, della sorveglianza e della *governance*. Da parte sua, Silvio Ferrari mette in evidenza come pure le differenze religiose abbiano rappresentato una causa, talvolta primaria, di conflitti.

Il volume si completa con un'analisi della politica estera del governo Prodi (Ettore Greco), con scritti sul regime di non proliferazione nucleare nei casi dell'Iran e della Corea del Nord (Riccardo Alcaro), sulla questione energetica (Clara Poletti), sugli squilibri globali, i tassi di cambio e l'Unione europea (Franco Bruni), sull'invecchiamento della popolazione e la riforma dei sistemi pensionistici (Paola Monti), con una scheda sulla sentenza della Corte suprema israeliana sulle uccisioni mirate (Mirko Sossai) e una sul processo a Saddam Hussein (Christian Ponti). Seguono una cronologia della politica estera italiana e una cronologia dei principali eventi europei e internazionali, curate da Carlo Augusto Giunipero, e gli indici analitico, dei nomi delle persone e dei nomi geografici.

In conclusione, anche il presente volume (l'ottavo) si mostra all'altezza delle precedenti edizioni, confermandosi utile strumento di conoscenza e di riflessione sulle vicende internazionali.

Ugo Villani

Luigi Daniele (a cura di)

La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale



Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007, pp. XXVI-508

Il volume rappresenta il contributo della Società italiana di diritto internazionale alle celebrazioni per il cinquantenario dell'entrata in funzione della Corte costituzionale. Esso si divide in tre parti, dedicate, rispettivamente, all'esame della giurisprudenza costituzionale nel diritto internazionale c.d. pubblico, nel diritto dell'Unione europea e nel diritto internazionale privato. Ciascuna parte si apre con una relazione di carattere generale, alla quale fanno seguito contributi su tematiche specifiche. Come sottolinea il curatore dell'opera nella sua Introduzione – e come è confermato dagli scritti raccolti nel volume – la dottrina internazionalistica ha sempre dedicato una viva attenzione alla cospicua giurisprudenza costituzionale in materia internazionale e comunitaria. Tale attenzione esprime la particolare sensibilità della dottrina internazionalistica, tesa a verificare che la giurisprudenza in questione si apra a valori giuridici (internazionali, comunitari, stranieri) esterni all'ordinamento italiano.

Le relazioni di carattere generale, dovute a Gabriella Carella per il diritto internazionale “pubblico”, a Giorgio Gaja per il diritto dell'Unione europea, a Riccardo Luzzatto per il diritto internazionale privato, forniscono un quadro esaustivo e, nel contempo, approfondito della giurisprudenza costituzionale rilevante; ma meritano di essere particolarmente rimarcati anche i contributi “specifici”, i quali non solo offrono un'attenta analisi di temi particolari, ma danno anche la sensazione di una stimolante dialettica all'interno del volume. Vanno pertanto ricordati quanto meno gli autori di tali scritti: per il diritto internazionale “pubblico” Maria Clelia Ciciriello, Umberto Leanza e Ida Caracciolo, Francesco Salerno, Fulvio Maria Palombino, Pierluigi Simone; per il diritto dell'Unione europea Ugo Draetta, Roberto Mastroianni, Nicoletta Parisi, Lucia Serena Rossi, Augusto Sinagra, Iaria Viarengo; per il diritto internazionale privato Talitha Vassalli di Dachenhausen, Giacomo Biagioni.

Dai contributi presenti nel volume emerge, seppure con alcune inevitabili punte critiche su specifiche questioni, una valutazione complessivamente positiva della giurisprudenza della Corte costituzionale. E invero, in estrema sintesi, essa appare scrupolosamente attenta ad assicurare il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari, così come l'applicazione del diritto straniero richiamato dalle norme di conflitto, pur nella doverosa salvaguardia dei valori costituzionali e dei principi irrinunciabili dell'ordinamento italiano.

Ugo Villani

Laurence Burgorgue-Larsen,
Anne Levade, Fabrice Picod
(sous la direction de)

Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Parties I et IV, «Architecture constitutionnelle», Commentaire article par article

Tome 1, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. XIX-1108



L'opera qui recensita costituisce una monumentale raccolta di commenti, curati da cinquantadue studiosi (professori universitari o membri di istituzioni dell'Unione europea), al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, limitatamente alle parti I e IV, nonché ad una selezione di Protocolli (1, 2, 6, 7, 17, 23 e 31) e Dichiarazioni annesse all'Atto Finale (4, 5, 6, 7, 9, 28, 29, 31, 32, 33, 36, 38 e 43). La pubblicazione di questo primo tomo del Commentario segue di due anni l'uscita del tomo secondo, dedicato all'analisi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione così come era stata inserita nella parte II del citato "Trattato costituzionale". La riconduzione dell'esegesi della parte prima (sui principi generali) e della parte quarta (intitolata "Disposizioni generali e finali") di quest'ultimo alla nozione riassuntiva di "architettura costituzionale" risulta immediatamente espressiva sia della formazione culturale dei curatori (Burgorgue-Larsen, Levade e Picod, professori di diritto pubblico), sia della vocazione "costituzionale" di un Trattato mai entrato in vigore.

Nell'accingersi a pubblicare il presente volume, i tre professori dell'Università di Parigi erano, peraltro, perfettamente consapevoli dell'incerta sorte del Trattato costituzionale già rigettato dai referendum francese ed olandese del 2005. E tuttavia, come essi stessi premettono nell'Introduzione, la sola constatazione che "l'ambition n'est pas morte" li conforta e par loro sufficiente a giustificare la pubblicazione.

La scelta è felice e la gran parte dei contributi degli autori del Commentario (soprattutto francesi ma vi ritroviamo anche tre insigni giuristi italiani: Massimo Condinanzi, Roberto Mastroianni e Bruno Nascimbene) non andrà perduta per-

ché quell'ambizione riformista che innegabilmente ispirava il Trattato costituzionale si ritrova nel carattere ampiamente recettivo dei contenuti normativi del Trattato di Lisbona. Se infatti, in esso, ogni velleità "costituzionale" è stata abbandonata, pur di uscire dalla crisi e pervenire alla firma di un nuovo Trattato modificativo-integrativo di quello di Nizza, è anche vero che quasi tutte le innovazioni del Trattato costituzionale sono mantenute e ripartite sotto forma di emendamenti e integrazioni fra i due Trattati vigenti (TUE e TCE, ribattezzato Trattato sul funzionamento dell'Unione europea/TFUE). Di conseguenza quel complesso atto che è il Trattato di riforma non può essere compreso senza un confronto con il "vecchio" Trattato, risultato di due anni e mezzo di negoziati prima nell'ambito della Convenzione europea e poi in sede di Conferenza inter-governativa.

Senza alcuna ambizione di poter considerare in maniera esaustiva il complesso delle innovazioni in seguito introdotte dal Trattato di Lisbona, o di apprezzarne le differenze rispetto all'"abbandonato" Trattato costituzionale, con le brevi considerazioni che seguono si vuole affermare la permanente validità di quasi tutti i contributi del Commentario; mentre la caducità di alcune sue parti va perlopiù ascritta alla soppressione dei contenuti che presentavano una connotazione specificamente "costituzionale".

Scompaiono infatti il Preambolo del Trattato costituzionale (ad eccezione del 2° comma, relativo alle "eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa", che è introdotto nel Preambolo del TUE), l'art. I-8 sui simboli dell'Unione, fortemente evocativo del progetto costituzionale – non a caso, la bandiera dell'Unione, e all'interno delle dodici stelle il suo motto "Unie dans la diversité", è raffigurata sulla copertina del Commentario – così come il principio del primato (art. I-6) e l'articolo che introduce lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia (art. I-42). Modifiche sostanziali sono poi apportate al contenuto degli articoli I-1 (Istituzione dell'Unione), I-3 (Obiettivi dell'Unione) e I-5 (Relazioni tra l'Unione e gli Stati membri), mentre scompaiono del tutto i termini "legge" e "legge quadro europea", cambiamento peraltro più importante dal punto di vista simbolico che pratico, dato che è mantenuta la distinzione tra atti legislativi, delegati e di esecuzione. Della parte IV non sono ripresi, per evidenti ragioni, l'articolo sull'abrogazione dei Trattati anteriori (IV-437) e quello sulle disposizioni transitorie (IV-439).

Dall'altro lato, però, il contenuto della Parte I del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa è quasi integralmente ripreso ed equamente ripartito fra i due Trattati riformati: su un totale di sessanta articoli, trenta riappaiono nel TUE e ventisette nel TFUE, sia pure leggermente modificati e senza il titolo che figura nel Trattato costituzionale. Anche le maggiori innovazioni della parte IV (Disposizioni generali e finali) sono mantenute dal Trattato di modifica: il meccanismo della Convenzione è incluso nella procedura di revisione ordinaria ed è confermata la fusione della Comunità europea e dell'Unione europea in una "nuova" Unione con personalità giuridica unica.

Infine, per quanto riguarda la selezione di Protocolli e Dichiarazioni che i curatori dell'opera recensita hanno ritenuto meritevoli di un commento, va rile-

vato che il Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea (n. 1) e quello relativo all'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (n. 2), strettamente connessi alla Parte I, sono ripresi nel Trattato di riforma, anche se con qualche importante modifica. Agli altri documenti allegati al Trattato costituzionale che divengono, senza mutamenti di sostanza, strumenti allegati ai nuovi Trattati, si aggiungono nuovi Protocolli e svariate Dichiarazioni, queste ultime sprovviste di valore giuridico vincolante.

Il volume qui recensito adotta, per ciascuna delle voci che lo compongono, uno schema molto lineare, caratterizzato dalla successione del testo dell'articolo (Protocollo o Dichiarazione) oggetto di analisi, della bibliografia specifica e del commento preceduto da un breve sommario. L'opera – che si apprezza per l'ampiezza e l'accuratezza dei risultati prodotti – si conclude con un'ampia appendice bibliografica, un indice analitico ed una accurata selezione di giurisprudenza comunitaria, internazionale e nazionale, particolarmente utili per ricerche specializzate.

Claudia Napoli

Libri ricevuti

Roberto Adam, Antonio Tizzano, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. XXV-363.

Angela Di Stasi (a cura di), *Cooperazione internazionale allo sviluppo e tutela dei diritti umani*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, pp. 318.

Luigi Ferrari Bravo, Alfredo Rizzo, *Codice dell'Unione europea. Annotato con la giurisprudenza della Corte di giustizia* (III edizione, curata da Alfredo Rizzo e Francesco M. di Majo), Milano, Giuffrè, 2008, pp. XLVI-1457.

Francesco Mastronardi, Anna Monica Spanò, *Conoscere il Trattato di Lisbona. Una riforma che conferma e smentisce la Costituzione europea*, Napoli, Gruppo Editoriale Esselibri – Simone, 2008, pp. 254.

Pietro Perlingieri, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 116.

Silvana Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 275.

Maria Luisa Tufano (a cura di), *La crisi dell'Unione europea. Problematiche generali e verifiche settoriali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2007, pp. XVI-261.

Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2008, pp. XV-394.

Roberto Virzo, *Il regolamento delle controversie nel diritto del mare: rapporti tra procedimenti*, Padova, CEDAM, pp. XVIII-335.

Elenco delle abbreviazioni

- AFDI* – Annuaire français de droit international
ASI – Affari sociali internazionali
Boll. UE – Bollettino dell'attività dell'Unione europea
Cass. pen. – Cassazione penale
CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità Internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Com. St. – Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale della Università di Milano (già Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano)
Contr. imp./E. – Contratto e impresa/Europa
DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
DG – Diritto e giustizia
Dig. disc. pubb. – Digesto delle discipline pubblicistiche
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. imm. – Diritto, immigrazione e cittadinanza
Dir. pen. proc. – Diritto penale e processo
Dir. U. – I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUDI – Diritti umani e diritto internazionale
DUE – Il Diritto dell'Unione Europea
EBLR – European Business Law Review
EdD – Enciclopedia del diritto
EHRLR – European Human Rights Law Review
EJC – European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice
EJML – European Journal of Migration and Law
ELJ – European Law Journal: Review of European Law in Context

ELR – European Law Review
ETS – European Treaty Series
EuConst – European Constitutional Law Review
Foro it. – Il foro italiano
G. dir. amm. – Giornale di diritto amministrativo
Giur. cost. – Giurisprudenza costituzionale
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GURI – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
GUUE – Gazzetta ufficiale dell’Unione europea
Hague YIL – Hague Yearbook of International Law
Ind. P. – L’Indice penale
IRPL – International Review of Penal Law
IYIL – The Italian Yearbook of International Law
JCMS – Journal of Common Market Studies
JEPP – Journal of European Public Policy
J. trib. – Journal des tribunaux
JWT – Journal of World Trade
LIEI – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)
N.mo DI – Novissimo digesto italiano
NGCC – La nuova giurisprudenza civile commentata
NILR – Netherlands International Law Review
Pol. dir. – Politica del diritto
Q. cost. – Quaderni costituzionali
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
RCADI – Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye
RDE – Rivista di diritto europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l’Union européenne
REDI – Revista española de derecho internacional
RIDU – Rivista internazionale dei diritti dell’uomo
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
Riv. dir. proc. – Rivista di diritto processuale
Riv. it. dir. proc. pen. – Rivista italiana di diritto e procedura penale
Riv. pen. – Rivista penale

RMC – Revue du marché commun

RMCUE – Revue du marché commun et de l'Union européenne

RTDE – Revue trimestrielle de droit européen

RTDH – Revue trimestrielle des droits de l'homme

RUDH – Revue universelle des droits de l'homme

Série A – Publications de la Cour européenne des droits de l'homme. Série A. Arrêts et décisions (fino al 31 dicembre 1995)

Indice degli autori



Ugo VILLANI

ordinario di Diritto internazionale nella LUISS “Guido Carli” di Roma

Claudio ZANGHÌ

ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Roma “La Sapienza”

Antonio TROISI

ordinario di Scienza delle finanze nell’Università degli studi di Foggia

Roberto BARATTA

ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Macerata

Maria Luisa TUFANO

ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Napoli “Parthenope”

Giandonato CAGGIANO

associato di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di “Roma TRE”

Amedeo ARENA

dottorando di ricerca in Ordine internazionale e Tutela dei diritti individuali nell’Università degli studi di Napoli “Federico II”

Claudia MORINI

dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell’Unione europea nell’Università degli studi di Bari

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



TECA DEL MEDITERRANEO



Teca del Mediterraneo, il cui motto è “la conoscenza accresce le capacità”, è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell’Unione Europea.

Nel 2007 è stata visitata da 38.000 utenti, mentre le iniziative culturali svolte hanno coinvolto varie altre centinaia di persone.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale con Albania, Grecia, Montenegro, Stati Uniti; 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-MetaOpac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l’OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all’indirizzo www.bcr.puglia.it.

L’indirizzo mail è biblioteca@bcr.puglia.it.

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70.
Il fax è 0039 080 540 27 75.

Tempestà, Romano • LTV

CONTO
Zero24

canone zero, per chi vive on line

CONTO
Easy24

canone leggero, per chi vuole servizi di base

CONTO
Flexi24

canone decrescente, per chi vuole tutto

Abbiamo fatto i conti
con le esigenze di ognuno.



Messaggio pubblicitario con finalità promozionale.
Le informazioni sulle condizioni contrattuali sono rilevabili nei Fogli Informativi disponibili nelle nostre filiali.



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

VILLANI Ugo

394 Pagine
prezzo: 33,00 €



Sommario:

Prefazione. Capitolo I - Origini, evoluzione e caratteri dell'integrazione europea. Capitolo II - Struttura, obiettivi e principi dell'Unione europea. Capitolo III - I principi delimitativi tra le competenze dell'Unione e della Comunità europea e quelle degli Stati membri. Capitolo IV - La cittadinanza europea. Capitolo V - Le istituzioni dell'Unione e della Comunità europea. Capitolo VI - I procedimenti interistituzionali. Capitolo VII - Le fonti dell'ordinamento comunitario. Capitolo VIII - Le competenze giudiziarie. Capitolo IX - I rapporti tra l'ordinamento comunitario e quello italiano. Capitolo X - La PESC e la cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale

Il recupero degli aiuti di Stato

AULENTA Mario

78 Pagine
prezzo: 8,00 €



Sommario:

Prefazione. Capitolo I - Introduzione e richiamo dei principi. Capitolo II - Struttura degli aiuti di Stato. Capitolo III - Il recupero degli aiuti di Stato. Capitolo IV - La rilevabilità del divieto. Capitolo V - La recuperabilità delle somme. Capitolo VI - Un caso concreto su un aiuto di Stato dichiarato compatibile

La riforma della Pubblica Amministrazione

DONVITO Pasquale

80 Pagine
prezzo: 8,00 €



Sommario:

Ringraziamenti, Prefazione, Appendice.

I metodi alternativi nella soluzione delle controversie dei consumatori

SCANNICCHIO Nicola (a cura di)

324 Pagine
prezzo: 38,00 €



Sommario:

Presentazione, di D. Romito. Introduzione, di N. Scannicchio. Parte prima - Il ruolo delle ADR nella tutela dei consumatori. Tutela del consumatore e accesso alla giustizia: funzioni e prospettive dei metodi alternativi di soluzione delle controversie, di R. De Meo. Fonti comunitarie e fonti interne, di G. Enriquez. Modelli di conciliazione con consumatori e utenti, di A. Angiuli. La conciliazione telematica: On line Disputes Resolutions, di V. Mancinelli. Estudio critico y propuestas de reforma del Arbitraje de Consumo, di G. Orozco Pardo e J. L. Pérez Serrabona Gonzàles. Parte seconda - La prassi della conciliazione. Il procedimento di ADR nella prassi: presupposti e legittimazione, di M. Mastrandrea. Il procedimento delle ADR nella prassi: la composizione degli organi, l'instaurazione ed il funzionamento del contraddittorio, di L. Di Giovanni e K. Grandolfo. Questioni pratiche nelle procedure di ADR, di V. Guarino. Natura ed effetti delle decisioni nell'ADR, di M. Cimarrusti. Parte terza - Consumatore, servizi e ADR. La conciliazione nel settore dei trasporti, di S. Consolo. La conciliazione nei contratti di distribuzione del gas, di F. Cisternino. La conciliazione nelle telecomunicazioni fra prassi e favor conciliationis, di B. Manfredonia. La conciliazione nei contratti bancari: l'Ombudsman bancario, di S. L. Dolce. La conciliazione nella Pubblica Amministrazione, di P. Monteleone. Consumatore e pubblicità, di R. Marseglia. Le Autorità amministrative indipendenti. Conciliazione e giurisdizione, di C. Morgana Cascione e F. Cerio.

Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare

PINTO Vito (a cura di)



276 Pagine
prezzo: 20,00 €

Sommario:

Sommario: Presentazione, di V. Pinto. SEZIONE PRIMA - Relazioni. Le politiche statali di emersione del lavoro nero: strumenti e tecniche, di A. Bellavista. Lavoro sommerso e modello di specializzazione produttiva: quali politiche?, di R. Realfonzo. Le iniziative regionali in materia di lavoro sommerso. Gli indici di congruità, di M. G. Garofalo. SEZIONE SECONDA - Interventi. Incentivi economici per contrastare il lavoro irregolare e obblighi comunitari, di G. Luchena. Le politiche di contrasto al lavoro non regolare: orientamenti teorici alternativi, di G. Forges Davanzati. Le politiche pubbliche di contrasto al lavoro irregolare. Rilievi economico-aziendali, di N. Angiola. Linee metodologico-statistiche per l'attuazione della legge regionale pugliese in materia di lavoro nero, di P. Amenta. Protocolli d'intesa e contrasto del lavoro non regolare, di G. Roma. Le iniziative legislative per la regolarizzazione dei rapporti di lavoro nella Regione Campania, di M. Esposito. Strumenti per il supporto alle decisioni nell'emersione del lavoro irregolare: Tecniche Statistiche per la Creazione del Valore, di E. Ciavolino, F. Abbrescia. Conclusioni, di T. Treu. SEZIONE TERZA - Tavola rotonda Premialità, controllo, repressione: la definizione di una strategia di intervento in materia di lavoro illegale. G. Battafarano, M. Barbieri, F. Nardoni, C. Treves, G. Santini, A. Pirastu, D. Gottardi. Conclusioni. SEZIONE QUARTA - Comunicazioni e documentazione. Intervento, di F. Scarpelli. Premiare il lavoro, di M. Faioli. Documento tecnico per la costruzione degli indici di congruità - Regione Puglia. Parlamento Europeo - Parere del Comitato Affari Economici e Monetari per il Comitato Lavoro e Affari Sociali sulla modernizzazione della legislazione del lavoro di fronte alle sfide del XXI secolo (Bruxelles, 5 giugno 2007).

In copertina **Guido Cagnacci** (Santarcangelo di Romagna 1601-Vienna 1663)

Ratto di Europa – Merano di Castenaso (Bologna), collezione Molinari Pradelli, olio su tela, cm 115,5 x 94 – firmato in basso a sinistra [. .]ACCI INV. PI.

La tela, destinata sicuramente ad un raffinato committente privato, sinora non identificato, da una collezione privata parigina passò poi sul mercato antiquario viennese, da cui è approdata nel 1962 nell'attuale sede. Il soggetto della bella Europa rapita da Giove nelle vesti di candido toro è qui tradotto attraverso una singolare impaginazione, che spinge in primissimo piano il fotogramma della giovane seduta sulla groppa dell'animale semi-immerso nell'acqua, mentre allontana lo sfondo, rappresentato da una bassa, diritta linea d'orizzonte che confina, a destra, con la scogliera, sulla quale sostano le due ancelle di Europa.

Il testone del toro, la cui espressione dolce e mansueta ha ingannato Europa, è coperto, più che inghirlandato, da grosse rose color corallo, e fa capolino accanto al proaceo corpo discinto della giovane, collocato in posizione centrale e teatralmente atteggiato. Europa solleva il braccio destro a trattenerne i capelli color grano scompigliati dalla brezza marina, mentre con la mano sinistra regge un lembo del drappo serico che le avvolge i fianchi, da lei utilizzato per accogliere i fiori.

Palesamente influenzato, nelle peculiarità formali e nella vivace, chiara tavolozza, dalla pittura veneta, il dipinto è stato recentemente datato agli inizi, e non al termine, del secondo soggiorno veneziano dell'artista (iniziato a partire dal 1648), antecedente il suo trasferimento a Vienna, dove avrebbe concluso la sua esistenza.

Lo splendente corpo di Europa, di una fisicità tattile e quasi imbarazzante, non perde comunque il suo carattere di astrattezza iconica dato che il Cagnacci, lungi dall'inseguire la carnalità vuota ed epidermica dei contemporanei veneti come il Liberi o il Forabosco, gradita al fiorente collezionismo privato dell'epoca, compone un'immagine in perfetto equilibrio tra un nitido, squisito naturalismo – in cui il chiaroscuro di marca caravaggesca viene fortemente rischiarato –, e una meditata ripresa della pittura veneta del secondo Cinquecento, in particolare da Paolo Veronese.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza trimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2008, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 45,00
- Abbonamento per l'estero € 70,00
- Fascicolo € 18,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2008, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare relativi all'annata (n. 1-2-3).

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 2008).

ISBN 978-88-8422-715-7



9 788884 227157

€ 18,00