

Studi sull'integrazione europea

numero 2-3 · 2012 | anno VII

Studi sull'integrazione europea

numero 2-3 · 2012 | anno VII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI



Studi sull'integrazione europea

numero 2-3 · 2012 | anno VII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico

Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Luigi Ferrari Bravo, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Noguerras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesaro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato

Comitato di redazione

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

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

Comitato dei referees

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

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

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

© 2012 Cacucci Editore – Bari

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

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

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

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

Sommario



ARTICOLI

Paolo FOIS Dall'armonizzazione all'unificazione dei diritti interni nell'Unione europea. Valutazione critica di una tendenza in atto	237
Gian Luigi TOSATO I vincoli europei sulle politiche di bilancio	257
Andrea DE GUTTRY Duty of Care of the EU and Its Member States towards Their Personnel Deployed in International Missions	263
Giandonato CAGGIANO Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori pro- duttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno	295
Cristina FASONE, Nicola LUPO Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno	329
Monica LUGATO Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezza- mento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo	359
Angela DI STASI, Rossana PALLADINO La perdurante frammentarietà dello "statuto" europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale	375
Giovanni MORO, Lucia MAZZUCA, Roberto RANUCCI The Single Currency and European Citizenship	411
Gianpaolo Maria RUOTOLO La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale	433

Valeria DI COMITE Il desiderio di “vivere insieme” e il mancato diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini europei “sta- tici” alla luce del caso <i>Dereci</i>	463
NOTE E COMMENTI	
Giovanni CELLAMARE Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’affare <i>Hirsi Jamaa e altri c. Italia</i>	491
Patrizia DE PASQUALE Misure nazionali di rimpatrio e diritto dell’Unione euro- pea: da <i>El Dridi</i> ad <i>Achughbaban</i>	509
Fabio FERRARO Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni	523
Alessandra MIGNOLLI Il progetto di accordo di adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo: alcuni spunti di riflessione	541
Nicola COLACINO Ammissibilità e limiti del sindacato giurisdizionale dif- fuso sulle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza	565
Paolo VENTURI Sugli sviluppi del caso <i>Ferrini</i> nel quadro dell’UE: l’or- dinanza nella causa <i>Currà e altri c. Germania</i>	593
Chiara GABRIELLI La nozione di giurisdizione extra-territoriale alla luce della recente giurisprudenza	603
Claudia MORINI L’azione dell’Unione europea in materia di diritti proce- durali di indagati e imputati in procedimenti penali	631
Chiara SISLER La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in relazione ad accordi misti: una proposta di ricostruzione	651
Andrea SPAGNOLO Il trasferimento di presunti pirati nell’ambito dell’opera- zione <i>Atalanta</i> : gli accordi tra l’Unione europea e i Paesi terzi	669

RECENSIONI

Ugo VILLANI, <i>Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i> , Bari, Cacucci, 2012 (L. Panella)	691
Bruno NASCIMBENE, Fabrice PICOD (sous la direction de), <i>L'Italie et le droit de l'Union européenne / L'Italia e il diritto dell'Unione europea</i> , Bruxelles, Bruylant, 2010 (G. Caggiano)	695
Luigi DANIELE, <i>Diritto del mercato unico europeo</i> , Milano, Giuffrè, 2012, II ed. (G. Caggiano)	697
Francesca FERRARO, <i>Libertà e sicurezza nell'Unione europea tra età moderna e globalizzazione</i> , Pisa, Pisa University Press, 2012 (B. de Giovanni)	699
Libri ricevuti	703
Indice degli autori	707
Indice del Volume VII (2012)	709

Summary



ARTICLES

Paolo FOIS From Harmonization towards Unification of Domestic Laws in the European Union. Critical Appraisal of a Trend	237
Gian Luigi TOSATO European Constraints to Fiscal Policies	257
Andrea DE GUTTRY Duty of Care of the EU and Its Member States towards Their Personnel Deployed in International Missions	263
Giandonato CAGGIANO The Balance between the Freedoms of Movement and Non-economic General Interests of the Member States in the Internal Market	295
Cristina FASONE, Nicola LUPO The European Parliament in the Light of the New Provisions of the Treaty of Lisbon and of Its Rules of Procedure	329
Monica LUGATO Reflections upon the “Margin of Appreciation” in the European Convention on Human Rights	359
Angela DI STASI, Rossana PALLADINO The on-going Fragmentation of the European “statute” of Long-term Residents between Market Integration and Socio-political Integration	375
Giovanni MORO, Lucia MAZZUCA, Roberto RANUCCI The Single Currency and European Citizenship	411
Gianpaolo Maria RUOTOLO The Economic Constitution of the European Union at a Time of Global Crisis	433

Valeria DI COMITE The “Wish to Live Together” with the Family and the Denial of the Right to Family Reunification for “Static” European Citizens in the Light of <i>Dereci</i> Judgment	463
--	-----

NOTES AND COMMENTS

Giovanni CELLAMARE Brief Notes on the Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of <i>Hirsi Jamaa and Others v. Italy</i>	491
Patrizia DE PASQUALE National Return Measures and EU Law: From <i>El Dridi</i> to <i>Achughbaban</i>	509
Fabio FERRARO The New Instrument of the Participatory Democracy and Its First Applications	523
Alessandra MIGNOLLI The Draft Accession Agreement of the European Union to the European Convention on Human Rights: Some Critical Remarks	541
Nicola COLACINO Admissibility and Limits of the Diffuse Judicial Review on the Security Council’s Individual Sanctions	565
Paolo VENTURI The Developments in the <i>Ferrini</i> Case within the EU: The ECJ Order in <i>Currà</i> and <i>Others v. Germany</i>	593
Chiara GABRIELLI The Notion of Extra-territorial Jurisdiction in Light of Recent Case-law	603
Claudia MORINI The EU Action Aimed at Strengthening Procedural Rights of Suspected or Accused Persons in Criminal Proceedings	631
Chiara SISLER Mixed Agreements and the Preliminary Ruling Jurisdiction of the Court of Justice: An Interpretative Approach	651
Andrea SPAGNOLO The Transfer of Suspected Pirates in the Context of EUNAVFOR: The Agreements between EU and Third States	669

BOOK REVIEWS

Ugo VILLANI, <i>Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i> , Bari, Cacucci, 2012 (L. Panella)	691
Bruno NASCIMBENE, Fabrice PICOD (sous la direction de), <i>L'Italie et le droit de l'Union européenne / L'Italia e il diritto dell'Unione europea</i> , Bruxelles, Bruylant, 2010 (G. Caggiano)	695
Luigi DANIELE, <i>Diritto del mercato unico europeo</i> , Milano, Giuffrè, 2012, II ed. (G. Caggiano)	697
Francesca FERRARO, <i>Libertà e sicurezza nell'Unione europea tra età moderna e globalizzazione</i> , Pisa, Pisa University Press, 2012 (B. de Giovanni)	699
Books received	703
List of contributors	707
Index of Volume VII (2012)	713



Articoli

Paolo Fois*

Dall'armonizzazione all'unificazione dei diritti interni nell'Unione europea. Valutazione critica di una tendenza in atto**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Finalità e strumenti dell'armonizzazione dei diritti degli Stati membri nel Trattato CEE del 1957: prevalenza delle direttive nell'armonizzazione delle *norme di diritto sostanziale*. – 3. L'applicazione delle norme del Trattato in materia di armonizzazione. Valutazione critica degli orientamenti della Corte di giustizia in tema di direttive dettagliate. – 4. La prassi delle direttive dettagliate negli orientamenti della dottrina. – 5. Considerazioni critiche in merito agli orientamenti dottrinali sopra richiamati. – 6. Le modifiche apportate al Trattato CEE a partire dall'Atto Unico Europeo del 1986: sostituzione del termine "direttive" con "misure". Il successivo ricorso ai regolamenti. – 7. Le convenzioni internazionali e l'armonizzazione del *diritto internazionale privato* nel Trattato CEE del 1957. – 8. Il processo di "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato avviato con il Trattato di Amsterdam del 2007. Considerazioni critiche. – 9. Conclusioni. Dall'armonizzazione all'unificazione: affinità e differenze fra gli orientamenti seguiti nell'Unione europea nei confronti delle norme di diritto sostanziale e di quelle di diritto internazionale privato.

1. I numerosi ed approfonditi scritti che, a partire dalla fine del secolo scorso, sono stati dedicati alla "comunitarizzazione" del diritto internazionale privato e processuale, hanno creato le premesse per richiamare l'attenzione su un aspetto che dagli autori di questi scritti non è stato espressamente preso in considerazione. L'aspetto al quale si intende fare allusione riguarda la valutazione del nesso esistente fra il processo di comunitarizzazione e gli sviluppi che, nell'ambito dell'azione svolta dall'Unione in materia di armonizzazione del diritto degli Stati membri, si sono registrati a partire dall'entrata in vigore del Trattato istitutivo della CEE. A nostro parere, risulterebbe difficile comprendere compiutamente la genesi e la portata della svolta operata con il Trattato di Amsterdam del 1997 qualora non si tenesse conto di questi sviluppi, registratisi in ambito comunitario alcuni anni prima, e segnatamente durante gli anni '60 e '70 del secolo scorso.

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

** Il presente scritto è destinato anche al *Liber Amicorum* Augusto Sinagra.

Anticipando quanto verrà illustrato nel prosieguo del presente studio, conviene fin d'ora sottolineare che le modifiche progressivamente apportate al regime inizialmente previsto in tema di armonizzazione delle norme di diritto sostanziale risultano essere, nell'insieme, il portato del convincimento che la costruzione del mercato interno rendesse necessario un superamento del livello dell'armonizzazione, per puntare invece – prescindendo eventualmente anche dalle norme del Trattato – verso una vera e propria unificazione degli ordinamenti interni. La progressiva sostituzione delle direttive con i regolamenti, facendo leva sulle “direttive detagliate” e sulle “misure”, chiarisce il percorso attraverso il quale questo disegno ha trovato attuazione.

A ben guardare, è questa stessa filosofia che ha ispirato la svolta compiuta con la comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale: nel convincimento dell'inadeguatezza dei risultati che potevano essere raggiunti facendo ricorso allo strumento pattizio, espressamente previsto dall'art. 220 TCEE del 1957, si è passati alle convenzioni definite “comunitarie” in virtù degli speciali protocolli conclusi a partire dal 1971, per orientarsi definitivamente a favore del regolamento, con una scelta resa possibile dall'inserimento, nell'art. 65 TCE, come modificato ad Amsterdam, del già collaudato termine “misure”.

Risulta da quanto ora accennato che attualmente il passaggio dall'armonizzazione all'unificazione degli ordinamenti interni è un fenomeno ormai generalizzato nell'ambito del diritto dell'Unione, applicandosi sia alle norme di diritto sostanziale che a quelle di diritto internazionale privato. Ricostruire nei dettagli come questo fenomeno si sia verificato, procedendo altresì ad una valutazione critica dello stesso, sarà l'oggetto delle considerazioni che verranno qui di seguito sviluppate.

2. Già nel Trattato istitutivo della CEE, firmato a Roma il 25 marzo 1957, alla questione dell'armonizzazione dei diritti degli Stati membri veniva dato un particolare rilievo, evidenziato dall'esplicita menzione, all'art. 3, lett. h), del “ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune” fra le azioni demandate alla Comunità. Il tema del ravvicinamento delle legislazioni veniva poi ripreso e precisato sia in uno specifico capitolo della parte III, dedicata alla “Politica della Comunità” (articoli 100-102), sia in altre disposizioni del Trattato (sono da ricordare i seguenti articoli: 27; 40, par. 2; 54, par. 3, lett. g); 56, par. 2; 57, par. 2; 70, par. 1): nel complesso, il termine “coordinamento” risultava largamente preferito al termine “ravvicinamento”.

Ai fini della presente indagine, conviene sottolineare come i suindicati articoli del Trattato, indipendentemente dal termine utilizzato (“armonizzazione”, “ravvicinamento”, “coordinamento”, “riordinamento”), avevano individuato di regola nella direttiva l'atto normativo in virtù del quale un simile risultato dovesse essere conseguito. Quanto a quelle disposizioni del Trattato (vedi ad es. l'art. 99, sull'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di imposte sulla cifra d'affari), che nel perseguire l'obiettivo del ravvicinamento non specificavano il tipo di atto che avrebbe dovuto essere adottato dal Consiglio,

la dottrina appare comunque orientata a vedere nella direttiva l'atto al quale si sarebbe dovuto fare ricorso¹.

Il nesso fra ravvicinamento e direttiva è stato giustamente evidenziato dai primi commentatori del Trattato, sostanzialmente concordi nell'affermare – da un lato – che “un'uniformità assoluta” delle legislazioni nazionali non sarebbe risultata “del tutto giustificata” e – dall'altro – nel considerare “saggia” la decisione di puntare sulla direttiva, in quanto strumento particolarmente adatto per “attenuare” “quei contrasti dei sistemi legislativi” suscettibili di incidere sul corretto funzionamento del mercato comune².

Una menzione particolare va riservata all'art. 49 del Trattato, diretto a promuovere la progressiva realizzazione della libera circolazione dei lavoratori: l'unica disposizione che, nel prevedere eventuali modifiche alla legislazione degli Stati membri, menzioni i regolamenti, unitamente alle direttive³, nell'individuare gli atti mediante i quali tali modifiche avrebbero dovuto essere introdotte⁴. La generale tendenza a ricorrere alla direttiva per apportare modifiche alle legislazioni nazionali è in questo caso confermata dalla prassi⁵.

¹ Vedi in proposito G. STAMMATI, *Commento art. 99*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (dir.), *Commentario CEE*, II, Milano, 1965, p. 783. È noto, d'altra parte, che all'armonizzazione di maggior rilievo in materia di imposte indirette si è proceduto facendo ricorso alla direttiva (a partire dalla prima direttiva del Consiglio, dell'11 aprile 1967, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alla imposta sulla cifra di affari, *GUCE* 71, 14 aprile 1967).

² Così N. CATALANO, *Manuale di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1962, p. 412. Sostanzialmente nello stesso senso si veda U. DRAETTA, *Commento art. 100*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (dir.), *op. cit.*, II, p. 789, per il quale “l'unificazione sarebbe apparsa anche inopportuna dato che la diversità delle legislazioni è imposta da diverse situazioni ambientali”. La direttiva, quindi, sarebbe da considerare “un provvedimento che meglio di ogni altro può attuare il ravvicinamento delle legislazioni”, risultando “opportuno” che agli Stati membri “venga lasciata la scelta delle procedure più idonee per attuare il ravvicinamento in questione” (*ivi*, p. 793). La scelta della direttiva come strumento del ravvicinamento delle legislazioni è parimenti valutata favorevolmente da B. GOLDMANN, *Le rapprochement des législations*, in W. GANSHOF VAN DER MEERSCH (dir.), *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, 1969, p. 888, secondo cui “normalement, il n'est pas nécessaire de parvenir à une identité rédactionnelle entre les dispositions de droit interne issues du rapprochement”.

³ Conviene precisare che ad un'alternativa adozione di “direttive o regolamenti” si riferisce anche l'art. 87; trattasi peraltro di una disposizione che non riguarda affatto l'armonizzazione delle legislazioni nazionali.

⁴ La prima parte dell'art. 49 è così formulata: “Fin dall'entrata in vigore del presente Trattato, il Consiglio stabilisce, su proposta della Commissione e previa consultazione del Comitato economico e sociale, mediante direttive o regolamenti, le misure necessarie per attuare progressivamente la libera circolazione dei lavoratori”.

⁵ In applicazione del citato art. 49 sono state ad esempio adottate le seguenti direttive: direttiva del Consiglio, del 16 agosto 1961, in materia di procedure e pratiche amministrative relative all'ingresso, all'occupazione e al soggiorno dei lavoratori di uno Stato membro, nonché delle loro famiglie, negli altri Stati membri della Comunità, *GUCE* 80, 13 dicembre 1961; direttiva 64/240/CEE del Consiglio, del 25 marzo 1964, relativa alle soppressioni delle restrizioni al trasferimento e al soggiorno dei lavoratori degli Stati membri e delle loro famiglie all'interno della Comunità, *GUCE* 62, 17 aprile 1964.

Sempre in tema di ravvicinamento delle legislazioni⁶, va ricordato l'art. 75, secondo il quale spetta al Consiglio “stabilire disposizioni” in materia di trasporti, tanto internazionali quanto nazionali. Nella prassi, la previsione di queste “disposizioni” ha dato luogo, ancora una volta, all'adozione di direttive⁷, a conferma della generale tendenza, nell'applicazione del Trattato del 1957, al ricorso allo strumento della direttiva per promuovere il ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

3. Potrebbe destare qualche perplessità l'avvio di una riflessione intorno alla figura delle “direttive dettagliate”, oggetto di alcune risalenti decisioni della Corte di giustizia e ormai da molto tempo scarsamente considerate dalla dottrina⁸. Siffatte perplessità avrebbero tuttavia a nostro giudizio ben scarso fondamento, e ciò per due ordini di ragioni. Da un lato, perché le affermazioni della giurisprudenza e della dottrina non appaiono, come si avrà cura di precisare, del tutto convincenti; dall'altro lato, perché la questione delle direttive dettagliate si riflette sul tema – che ispira la presente ricerca – del progressivo prevalere dell'obiettivo dell'“unificazione” rispetto all'“armonizzazione” dei diritti interni degli Stati membri.

Notevole rilievo, anche in tema di direttive dettagliate, riveste la giurisprudenza della Corte, che sulla questione ha preso posizione in un certo numero di sentenze. Nell'ambito di quelle richiamate dalla più diffusa dottrina⁹, soprattutto due sono le pronunce su cui, a nostro parere, conviene maggiormente concentrarsi. L'interesse della prima sentenza, emessa il 23 novembre 1977, va colto, in primo luogo, nell'affermazione secondo cui, in materia di *ravvicinamento* delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative, “*il peut s'avérer nécessaire de réaliser une identité rigoureuse*” delle disposizioni relative al regime delle merci importate nella Comunità¹⁰. Viene in rilievo, in secondo

⁶ Cfr. N. BELLINI, *Commento art. 75*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (dir.), *op. cit.*, I, p. 557.

⁷ Cfr. la prima direttiva del Consiglio, del 23 luglio 1962, relativa all'emanazione di talune norme comuni in materia di trasporti di merci su strada, *GUCE* 70, 6 agosto 1962.

⁸ Fra gli autori che, prevalentemente negli anni '70 e '80, si sono occupati del tema delle direttive dettagliate, si vedano: A. FERRANTE, *La natura giuridica della direttiva dettagliate*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1979, p. 299 ss.; D. RINOLDI, *Appunti in materia di scambi internazionali di taluni prodotti industriali, ostacoli di natura tecnica, commercio intra-comunitario ed extra-comunitario: aspetti concernenti la normativa italiana*, *ivi*, spec. p. 307 ss. e p. 322 ss.; L. DANIELE, *Competenze comunitarie e competenze degli Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1982, p. 261 ss.; F. CAPELLI, *Le direttive comunitarie*, Milano, 1983, spec. p. 161 ss. Quanto alla dottrina più recente, si fa rinvio a L. SBOLCI, *Le direttive dettagliate dopo il Trattato di Amsterdam*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1997, pp. 1086-1088.

⁹ Sentenze: dell'8 aprile 1976, causa 48/75, *Royer*, *Raccolta*, p. 497; del 23 novembre 1977, causa 38/77, *Enka*, *ivi*, p. 2203; del 21 settembre 1978, causa 69/77, *Commissione c. Repubblica italiana*, *ivi*, p. 1749; del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti*, *ivi*, p. 1629; del 6 maggio 1980, causa 102/79, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. 1473; del 17 ottobre 1989, cause 231/87 e 129/88, *Comune di Carpaneto Piacentino e altri*, *ivi*, p. 3233.

¹⁰ Punto 12 della sentenza citata. Corsivi aggiunti.

luogo, la sottolineatura del nesso esistente fra un regolamento del 27 giugno 1968¹¹ e una direttiva del 4 marzo 1969¹²: quest'ultima – nota la Corte – “constitue en réalité une mesure d'application” di detto regolamento¹³. E, conseguentemente, l'art. 10 della direttiva in questione “doit (...) recevoir une application identique dans tous les Etats membres”, per evitare di “provoquer des distorsions et des détournements de trafic”¹⁴.

Affermazioni simili, che fanno discendere la legittimità di una “rigorosa identità” introdotta con una direttiva dalla circostanza che quest'ultima costituisce una misura d'applicazione di un regolamento, sono lungi dal convincere. Va infatti tenuto presente che la direttiva in questione riguarda l'*armonizzazione* di disposizioni in materia doganale (armonizzazione prevista dall'allora art. 27 TCEE, in cui peraltro il termine utilizzato è *ravvicinamento*), ed ha come base giuridica l'art. 100 dello stesso Trattato, che regola il *ravvicinamento, mediante direttive*, delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri. E poiché il ravvicinamento è operazione ben distinta dall'unificazione¹⁵, e la direttiva, a norma dell'art. 189 Trattato CEE (ora art. 288 TFUE) “vincola lo stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”, non si vede francamente come il “risultato” che il Consiglio o la Commissione “entendent voir atteindre”¹⁶ possa condurre ad una “rigorosa identità”, tale da annullare, inevitabilmente, ogni libertà degli Stati membri nella scelta della forma e dei mezzi.

La seconda sentenza della Corte in tema di direttive dettagliate che conviene qui analizzare è quella emanata, qualche anno più tardi, in una controversia fra la Commissione e il Belgio in merito all'esecuzione di una serie di direttive adottate nei settori dei veicoli a motore e dei trattori agricoli¹⁷. Rispetto alla sentenza del novembre 1977 quella ora in esame presenta talune affinità, che verranno qui di seguito evidenziate. Nella causa 38/77, come si è notato, la Corte aveva posto l'accento sul rapporto fra una direttiva e un regolamento, le cui norme la direttiva avrebbe avuto la funzione di attuare; nella causa 102/79 un

¹¹ Regolamento (CEE) n. 803/68 del Consiglio, del 27 giugno 1968, relativo al valore in dogana delle merci, *GUCE* L 148, 28 giugno 1968.

¹² Direttiva 69/64 del Consiglio, del 4 marzo 1969, concernente l'armonizzazione delle disposizioni, legislative, regolamentari e amministrative relative al regime dei depositi doganali, *GUCE* L 58, 8 marzo 1969.

¹³ Sentenza citata, punto 15

¹⁴ *Ivi*, punto 16.

¹⁵ Sull'espressione “unificazione internazionale del diritto” adoperata, in un'accezione più ristretta, “in contrapposizione alla semplice sua uniformazione o armonizzazione”, vedi M. J. BONNELL, *Unificazione internazionale del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, 1992, p. 720. In merito alla distinzione fra “unificazione vera e propria o uniformizzazione” e “semplice armonizzazione dei diritti nazionali” vedi altresì S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 2 ss. (cenni bibliografici in nota).

¹⁶ Così il punto 11 della sentenza.

¹⁷ Causa 102/79, *Commissione c. Belgio*, cit.

rapporto simile si stabilirebbe fra due “directives-cadre” (dette anche “générales”) ed una serie di “directives particulières” che alle prime avrebbero dato esecuzione. Secondo quanto sottolineato dalla Corte, le direttive particolareggiate (in altri termini, quelle dettagliate) avrebbero avuto “pour objet de permettre la mise en oeuvre, par des mesures partielles et spécifiques”, delle direttive quadro¹⁸.

L’aspetto che in proposito conviene evidenziare è che mentre una direttiva può certamente dare attuazione ad un regolamento (a condizione, tuttavia, di non perdere i caratteri che le sono propri), la stessa situazione non potrebbe verificarsi ipotizzando un rapporto fra direttive “generali” e “particolareggiate” sulla base di una distinzione nell’ambito delle direttive di cui non v’è traccia alcuna nei Trattati e che si rivela una sorta di espediente volto ad assegnare alle seconde una funzione esecutiva che non corrisponde affatto a quanto prescritto dall’attuale art. 288 TFUE. La circostanza che, secondo quanto affermato dalla Corte¹⁹, l’attuazione delle due direttive quadro corrisponda “pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues par les directives” non potrebbe, di tutta evidenza, avere una qualche rilevanza ai fini di una diversa interpretazione, da parte del “legislatore comunitario”, di una norma del Trattato dal significato quanto mai chiaro.

Passando a considerare un’ulteriore affinità, va rilevato che, analogamente alla sentenza *Enka* del 1977, quella ora in esame non ritiene di trarre conseguenze di sorta dalla circostanza che le direttive in essa richiamate fossero destinate, secondo il Trattato, ad assicurare il *ravvicinamento* delle legislazioni degli Stati membri; la Corte invece, ritiene determinante il fatto che, in nome di non meglio precisate esigenze “de clarté et de certitude”, con le direttive “particulières” si sia voluto dar vita ad una vera e propria “unificazione” delle legislazioni nelle materie oggetto di dette direttive.

4. Della legittimità delle direttive dettagliate la dottrina si è occupata soprattutto durante gli anni ’60 e ’70, in coincidenza con i primi casi di approvazione, da parte del Consiglio, di direttive aventi questo carattere. È durante questo periodo che si delineano le varie posizioni dottrinali al riguardo: quelle riconducibili ad autori contemporanei, come tra breve verrà precisato, si richiamano nella sostanza alle posizioni iniziali.

Il punto su cui, in una prima fase, le valutazioni degli studiosi maggiormente divergono attiene all’interpretazione della nozione di “direttiva” formulata nell’art. 189 TCEE, secondo il quale “la direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi”. L’illegittimità della direttiva dettagliata, qualificata “nella sostanza, un regolamento”, si verificherebbe quando una certa materia può essere disciplinata unicamente mediante

¹⁸ Punto 9 della sentenza ora in esame.

¹⁹ *Ivi*, punto 11.

direttiva: “se, infatti, il Trattato ha voluto in un determinato campo stabilire una subordinazione meno forte dello Stato membro all'organo comunitario (...) non è lecito all'organo aggirare questa volontà”²⁰.

Altri autori, per contro, impernano il loro ragionamento sulla constatazione che nella versione tedesca dell'art. 189, co. 3, TCEE al termine “Ziel” andrebbe attribuito un significato equivalente non già a “risultato da raggiungere”, bensì a “scopo del Trattato”²¹. Poiché quindi “die Richtlinie selbst ist frei in ihrer “Regelungsintensität”, incontrando un limite soltanto nel fatto che gli Stati devono restare liberi nella scelta della forma e nei mezzi per darvi esecuzione²², sarebbe fondato concludere che “die ‘allteilige’ Verbindlichkeit einer detailliert regelnden Richtlinie besteht in der Mitgliedstaatlichen Verpflichtung – und sie erschöpft sich darin – ihre Rechtsgestaltungs-Ergebnisse innerstaatlich wirksam zu machen”²³.

Sulla questione della legittimità delle direttive dettagliate la maggioranza della dottrina, pur indubbiamente orientata verso una risposta affermativa, sviluppa argomenti che si discostano sensibilmente da quelli su cui il ragionamento della dottrina da ultimo richiamata risultava incentrato. Non è infatti sull'interpretazione dell'art. 189 (e dei corrispondenti articoli 249 TCE e 288 TFUE) che una simile risposta si rivela basata²⁴, quanto su una prassi che dal testo del Trattato si sarebbe discostata²⁵. La prassi cui gli autori ora in discorso fanno costante riferimento è costituita, da un lato, dalla già ricordata giurisprudenza

²⁰ Così A. FERRANTE, *op. cit.*, p. 301. Aderisce a questa posizione D. RINOLDI, *op. cit.*, p. 322.

²¹ In questo senso vedi H. P. IPSEN, *Richtlinien Ergebnisse*, in *Zur integration Europas. Festschrift Ophüls*, Karlsruhe, 1965, pp. 73-74.

²² *Ibidem*, p. 74.

²³ *Ibidem*, p. 75. In questo stesso senso vedi più di recente B. BEUTLER et al., *L'Unione europea* (edizione italiana a cura di V. BIAGIOTTI, J. WEILER), Bologna, 1998, p. 257: il termine “risultato” usato nell'art. 189 non lascia “al legislatore nazionale campo libero” per concretizzare materialmente la struttura della direttiva. Le istituzioni comunitarie potrebbero quindi, “all'occorrenza, determinare in concreto, fin nei minimi dettagli, il risultato di armonizzazione che s'intende raggiungere”.

²⁴ Anzi, in linea generale, gli autori in questione nutrono seri dubbi circa la conformità delle direttive dettagliate alla nozione accolta nel Trattato: si vedano B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, VIII ed., p. 169, secondo cui “senza dubbio le direttive dettagliate si discostano dalla nozione ricavabile dall'art. 249”; nonché F. CARUSO, *Armonizzazione dei diritti e delle legislazioni nella Comunità europea*, in *Enciclopedia giuridica*, II, 1988, p. 4: “una parte della dottrina, fondatamente, ha potuto affermare che nella prassi le differenze fra regolamenti e le direttive comunitarie spesso appaiono meno nette di quelle prospettate dai redattori del Trattato”. Nel senso che nel caso della direttiva gli Stati membri provvedono “ad integrare il suo contenuto normativo, dato che, di regola, questo è ‘incompleto’, limitandosi la direttiva a prescrivere l'obiettivo, non anche la forma e i mezzi” vedi U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 265.

²⁵ In questo senso vedi ad es. A. BORRÁS, *Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d'avenir*, in *Recueil des cours*, 2005, 317, p. 395: dopo aver sottolineato che la direttiva impone “une obligation de résultat”, rivelandosi quindi “moins agressive à l'égard de la législation des Etats membres que le règlement”, prende atto, puramente e semplicemente, del fatto che nella prassi le direttive “deviennent de plus en plus détaillés”.

della Corte di giustizia in tema di direttive particolareggiate²⁶ e, dall'altro lato, dalla posizione assunta al riguardo dagli Stati membri, che hanno ripetutamente dichiarato di ritenere perfettamente legittime dette direttive²⁷.

Differenziandosi almeno in parte da questi indirizzi dottrinali, recentemente alcuni autori si sono mostrati orientati ad attribuire uno speciale rilievo al Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, allegato al Trattato di Amsterdam. Dal fatto che questo Protocollo menzioni esplicitamente sia le "direttive quadro" sia le "misure dettagliate" (espressione ritenuta equivalente a quella di "direttive dettagliate") deriverebbe la compatibilità di queste ultime con la nozione di direttiva accolta dal Trattato²⁸.

5. Le posizioni dottrinali succintamente analizzate nel precedente paragrafo presentano aspetti poco convincenti, su cui conviene ora concentrare la nostra attenzione. Fatta eccezione per la già richiamata tesi, secondo cui sarebbe da escludere che la direttiva, quale è definita nell'art. 189, incontri limiti quanto al suo contenuto²⁹, la maggioranza della dottrina qui considerata sembra orientata, per un verso, a tenere distinta la direttiva dal regolamento; per altro verso, a considerare la direttiva dettagliata come un'eccezione rispetto alla regola generale. Un'eccezione che, come in precedenza rilevato, sarebbe l'effetto di una prassi (basata sulla giurisprudenza della Corte e sulla condotta degli Stati membri), secondo la quale una direttiva dettagliata sarebbe da considerare legittima quando le esigenze di funzionamento del mercato interno imponessero l'adozione di una disciplina completa in tutti i suoi elementi.

Se quindi, in linea di principio, una direttiva non può andare oltre la creazione di un obbligo di risultato, lo specifico caso delle direttive dettagliate deve essere considerato valutando con particolare attenzione le indicazioni ricavabili dalla prassi. Tutto quello che si può dire è che finora gli Stati destinatari di una determinata direttiva non hanno fatto ricorso alla Corte di giustizia per contestarne la legittimità, rendendo poco probabile che in futuro vengano instaurati giudizi di legittimità nei confronti delle direttive in discorso.

In definitiva, non sembra che una simile prassi possa condurre ad ignorare gli elementi di giudizio ricavabili dall'interpretazione dei Trattati. Ciò può dirsi,

²⁶ Sottolineano questo aspetto: R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 147.

²⁷ Come ricordato da F. CAPELLI, *op. cit.*, p. 137 ss., è rimasto isolato il precedente costituito dall'opposizione della Francia, nel gennaio 1966, al ricorso a direttive dettagliate da parte della Commissione. Secondo quanto dallo stesso Capelli sottolineato, gli Stati membri "non sollevano più alcuna obiezione contro la prassi, invalsa in sede CEE, di disciplinare la materia trattata anche nei minimi particolari", *ivi*, p. 169.

²⁸ In questo senso: L. SBOLCI, *op. cit.*, p. 1086; M. FRANCHI, *Commento dell'art. 249 TCE*, in A. TIZZANO, (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1177. Più sfumato in proposito il pensiero di U. VILLANI, *op. cit.*, p. 266, secondo cui il citato Protocollo (peraltro, ha cura di precisare lo stesso a., modificato a Lisbona: sul punto vedi *infra*, par. 5) "sembra ammettere, implicitamente, la legittimità" delle direttive dettagliate.

²⁹ *Supra*, par. 4.

in primo luogo, per il già citato Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità: nei riguardi della dottrina secondo la quale detto Protocollo riconoscerebbe la legittimità delle direttive dettagliate, nel momento in cui menziona, tenendole distinte, "misure dettagliate" e "direttive quadro"³⁰, va fatto valere che, secondo il Protocollo in questione, l'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità dovrebbe condurre, tendenzialmente, all'adozione di direttive quadro, mentre la legittimità delle direttive dettagliate dipenderebbe dal motivato ed effettivo rispetto di questo principio. D'altra parte, non può certo sottovalutarsi la rilevanza della modifica apportata al Protocollo con il Trattato di Lisbona: nella nuova versione, oltre a sopprimere ogni riferimento alla distinzione fra direttive quadro e direttive (misure) dettagliate, si giunge a precisare che, ai fini del giudizio sul rispetto del principio di sussidiarietà occorre valutare "le conseguenze, quando si tratta di una direttiva, della regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale".

In secondo luogo, la tesi secondo la quale gli obblighi derivanti dalla direttiva non implicherebbero una libertà di scelta degli Stati destinatari quanto al contenuto delle norme dirette al conseguimento del risultato prescritto denota tutti i suoi limiti quando si tratti di valutare la legittimità delle *direttive dettagliate volte a promuovere un ravvicinamento degli ordinamenti interni* degli Stati membri. Poiché, in questo caso, il risultato da raggiungere non può andare oltre il ravvicinamento degli ordinamenti interni, senza comportare una completa unificazione degli stessi³¹, si rivela assai problematico sostenere che il ricorso ad una direttiva possa consentire il superamento dello stadio dell'armonizzazione, favorendo, con la previsione di norme dettagliate, una vera e propria unificazione della materia oggetto della direttiva. E se è esatto che, secondo un autorevole orientamento dottrinale, l'espressione "unificazione internazionale del diritto in senso lato" può essere utilizzata per far riferimento all'"elaborazione di una disciplina uniforme, destinata a sostituirsi in tutto o in parte" ai diritti nazionali "nella regolamentazione della materia interessata"³², non si può certo

³⁰ Anche la Corte di giustizia e una parte della dottrina hanno fatto riferimento alla nozione della direttiva quadro (per la Corte, vedi *supra*, par. 3), senza peraltro precisare se con questa espressione si intenda richiamare l'atto normativo di cui all'art. 189 del Trattato CEE o una figura distinta. È a nostro parere evidente che, qualora sussista una corrispondenza fra direttiva quadro e direttiva ai sensi dell'art. 189, la conformità delle direttive dettagliate alla citata disposizione sarebbe alquanto discutibile.

³¹ È ancor oggi pienamente da condividere l'opinione di A. MALINTOPPI, *Il ravvicinamento delle legislazioni come problema di diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 339 ss.: l'illustre studioso da un lato sottolinea che il Trattato CEE fissa "certi obiettivi da raggiungere entro determinati periodi di tempo", indicando i "principi informativi ai quali le legislazioni nazionali dovranno ispirarsi per consentire il raggiungimento di quegli obiettivi" (*ivi*, p. 249); dall'altro, mette l'accento sul fatto che la direttiva, dando vita unicamente ad un obbligo di risultato, si rivela atto "più di ogni altro idonea ad operare in materia di ravvicinamento delle legislazioni", *ivi*, p. 256.

³² Così M. J. BONELL, *op. cit.*, p. 720.

ignorare che, in ogni caso, il termine “unificazione” (in senso lato o ristretto) non è stato mai utilizzato nei Trattati istitutivi, da quello di Roma del 1957³³ al Trattato di Lisbona del 2007³⁴.

La dottrina, d’altra parte, non ha mancato di precisare che il ravvicinamento costituisce “l’intervento normativo comunitario *per il superamento delle difformità* esistenti tra le disposizioni nazionali”³⁵, sottolineando che l’art. 95 TCE non potrebbe essere interpretato “nel senso che attribuisca al legislatore comunitario il potere di eliminare qualunque difformità tra le legislazioni nazionali”³⁶. Del resto, detta norma (ora art. 114 TFUE) prevede l’adozione di “*misure relative al ravvicinamento* delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri”. È assai dubbio, quindi, che una simile formulazione possa giustificare l’adozione di *regolamenti volti all’unificazione* dei diritti degli Stati membri³⁷.

La stessa Corte di giustizia appare orientata in questa direzione: a più riprese nella sua giurisprudenza si afferma che in virtù del principio delle competenze di attribuzione la norma in materia di ravvicinamento delle legislazioni, di cui all’originario art. 100 TCEE (corrispondente ora, con talune modifiche, all’art. 114 TFUE) va interpretata nel senso che le istituzioni dell’Unione hanno il potere di eliminare, mediante direttive, le distorsioni di concorrenza “sensibili”, non anche le distorsioni “minime”³⁸.

6. Al fine di consentire una più convincente presa di posizione in merito alla legittimità delle direttive dettagliate ci sembra opportuno, a questo punto, evidenziare un aspetto fino ad oggi pressoché del tutto ignorato. Conviene sottolineare come il Trattato CEE del 1957 sia caratterizzato da una marcata corri-

³³ U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 789.

³⁴ Sino alla firma del Trattato di Nizza del 26 febbraio 2001, l’art. 3, lett. h), includeva (con una formulazione rimasta sostanzialmente invariata dal 1957) “il ravvicinamento delle legislazioni nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune” fra le azioni dirette al raggiungimento dei fini enunciati nell’art. 2. L’intero art. 3 è stato soppresso dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

³⁵ Così F. CARUSO, *Commento art. 94 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 652. Il corsivo è nostro.

³⁶ *Ivi*, p. 656. Secondo M. CONDINANZI, *Commento art. 94 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001, p. 497, il fatto che l’art. 94 preveda espressamente il ricorso alla direttiva, escludendo il ricorso al regolamento, “restringe l’azione delle istituzioni a un coordinamento di legislazioni che conservano il loro carattere nazionale, evitando ogni disegno di unificazione degli ordinamenti interni”. B. GOLDMANN, *op. cit.*, p. 388, sottolinea che “*rapprocher n’est pas, en principe, unifier*”, precisando che “*normalement, il n’est pas nécessaire de parvenir à une identité rédactionnelle entre les dispositions de droit interne issues du rapprochement*”.

³⁷ Sulla questione vedi *infra*, par. 6.

³⁸ Si vedano al riguardo, le sentenze della Corte di giustizia: del 18 marzo 1980, causa 91/79, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. 1099, punto 8; dell’11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, *ivi*, p. I-2867, punto 23; del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, *ivi*, p. I-8419, punto 106.

spondenza fra – da un lato – il quadro degli atti tipici che, a norma dell'art. 189, le istituzioni comunitarie erano abilitate ad adottare e – dall'altro – i singoli atti previsti da specifiche disposizioni del Trattato per la concreta attuazione delle politiche della Comunità. A conferma di quanto ora rilevato, va precisato che un riferimento ai regolamenti, alle direttive, alle raccomandazioni figura nelle seguenti disposizioni: art. 94 (“regolamenti”); articoli 49 e 87 (“direttive o regolamenti”), articoli 33, 45, 54, 63, 69, 70, 97, 100, 101, 112 (“direttive”); articoli 27, 37, 105 (“raccomandazioni”). Risultano per contro del tutto isolati i casi, aventi parimenti attinenza con il ravvicinamento delle legislazioni, in cui il Trattato si discosta dalla terminologia dell'art. 189, utilizzando altre e del tutto generiche espressioni: adozione di un “programma generale” (articoli 54 e 63); adozione di “norme comuni” (art. 75); adozione di “misure”, di “deliberazioni” (art. 79)³⁹. Un cenno particolare va infine riservato al termine “misure”, ricorrente nell'art. 79, par. 2, secondo il quale il par. 1 dell'art. 79 non esclude che il Consiglio possa adottare altre misure di applicazione dell'art. 75, par. 1. Si tratta, infatti, dell'unico caso⁴⁰ in cui detto termine è utilizzato dal Trattato CEE, con riferimento alla soppressione di altre possibili discriminazioni in materia di trasporti.

L'evidente tendenza del Trattato a ricorrere di preferenza allo strumento della direttiva in sede di definizione delle politiche della Comunità trova numerose conferme nella prassi relativa all'applicazione di quelle poche disposizioni che utilizzano in proposito espressioni sicuramente più generiche per indicare gli atti da utilizzare. L'espressione “adozione di norme comuni”, ricorrente nell'art. 75 del Trattato, ha ad esempio dato luogo alla “prima direttiva del Consiglio relativa all'emanazione di talune norme comuni in materia di trasporti internazionali”⁴¹.

Per restare nell'ambito della prassi, va altresì tenuto presente che fra gli atti volti a dare attuazione all'art. 49 (che prevede l'adozione di “regolamenti o direttive” per realizzare la libera circolazione dei lavoratori), è la direttiva lo strumento utilizzato per armonizzare le legislazioni interne in materia: vanno in proposito ricordate le già citate direttive del 16 agosto 1961 e del 25 marzo 1964⁴².

La circostanza che, secondo il Trattato, i poteri di azione attribuiti alle istituzioni comunitarie in materia di ravvicinamento delle legislazioni dovessero

³⁹ Corre l'obbligo di precisare che nell'art. 79, par. 4, si prevede che la Commissione possa prendere “le necessarie decisioni”. In questo caso, peraltro, il termine “decisione” è usato in senso atecnico, che non corrisponde a quello che lo stesso riveste ai sensi dell'art. 189.

⁴⁰ Conviene precisare, a questo riguardo, che gli altri casi in cui il termine “misure” è utilizzato nel Trattato riguardano provvedimenti nazionali adottati dagli Stati membri: si veda ad esempio l'art. 82 del Trattato.

⁴¹ V. *supra*, nota 7. Corre l'obbligo di precisare che, in altri casi, le istituzioni comunitarie hanno invece optato per un regolamento: le “misure” di cui all'art. 79 si sono concretate nel regolamento (CEE) n. 11 del Consiglio, del 27 giugno 1960, riguardante l'abolizione di discriminazioni nel campo dei prezzi e delle condizioni di trasporto, *GUCE* 52, 16 agosto 1960.

⁴² *Supra*, par. 2, nota 5. Su queste direttive vedi L. LEVI SANDRI, *Commento art. 49*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (dir.), *op. cit.*, I, p. 393.

consistere soprattutto nell'adozione di direttive può sicuramente aiutare a comprendere perché, nel convincimento della necessità di azioni dirette a favorire il buon funzionamento del mercato comune, la Comunità si sia progressivamente orientata verso una prassi, quella delle direttive dettagliate, caratterizzata da una innegabile forzatura delle norme del Trattato relative alle direttive, a quelle di ravvicinamento in particolare. Al tempo stesso, l'impostazione iniziale del TCEE permette di meglio comprendere le ragioni di un'altra svolta importante, che non pare sia stata finora adeguatamente evidenziata. Intendiamo far riferimento alla decisione di apportare al testo del Trattato una modifica che consentisse di correggere il favore iniziale nei confronti della direttiva sostituendo, nella maggior parte dei casi, il termine "direttive" con "misure". Una svolta, questa, chiaramente dettata dalla consapevolezza che la sola prassi delle direttive dettagliate non avrebbe potuto consentire, da un punto di vista giuridico, un sistematico ricorso, in luogo della direttiva, al regolamento.

È a partire dall'Atto Unico Europeo del febbraio 1986 (firmato, quindi, a breve distanza dagli anni in cui la prassi delle direttive dettagliate aveva preso consistenza) che una simile decisione doveva progressivamente concretarsi. Di particolare interesse, ai fini della presente indagine, si rivela l'art. 100 A: per la prima volta, nell'ambito di un capitolo – quello dedicato al ravvicinamento delle legislazioni – che risultava tutto imperniato sulle direttive di ravvicinamento, con l'articolo in parola viene introdotto il termine "misure" (misure relative al ravvicinamento, misure di armonizzazione), la cui adozione compete al Consiglio. Che si sia trattato di una modifica di notevole rilievo è attestato dal fatto che proprio quest'articolo (divenuto poi l'art. 95 TCE e da ultimo, con ulteriori adattamenti, l'art. 114 TFUE) è stato ampiamente utilizzato, negli anni, per sostituire, con una serie di regolamenti, precedenti direttive di ravvicinamento. Fra i tanti adottati con un espresso riferimento all'art. 95 TCE conviene citare il regolamento (CE) n. 78/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 gennaio 2009, concernente l'omologazione dei veicoli a motore, che modifica la direttiva 2007/46/CE e abroga le direttive 2003/102/CE e 2005/66/CE⁴³. Particolarmente significativa ci sembra la seguente frase, contenuta nel 3° 'considerando': "è pertanto opportuno adottare un regolamento in luogo di una direttiva al fine di evitare divergenze tra le varie misure di recepimento, oltre che un'inutile attività legislativa negli Stati membri, dal momento che non sarà necessario il recepimento nel diritto interno".

Se, da un lato, si è in presenza di una prassi che in merito al ricorso allo strumento del regolamento non ha finora dato luogo a riserve di sorta, non si può d'altro lato mancare di sottolineare che il conferimento alle istituzioni dell'U-

⁴³ Pubblicato in *GUUE* L 35, 4 febbraio 2009, p. 1 ss. Per altri atti precedenti orientati nello stesso senso, vedi il regolamento (CEE) n. 1601/91 del Consiglio, del 10 giugno 1991, *GUCE* L 149, 14 giugno 1991, p. 1 ss., che stabilisce le regole generali relative alla definizione, alla designazione e alla presentazione dei vini aromatizzati: "considerando che, per garantire l'applicazione uniforme e simultanea delle norme proposte, è opportuno disciplinare la materia mediante regolamento".

nione del potere di adottare misure relative al ravvicinamento non potrebbe tradursi nell'adozione di *regolamenti di unificazione* dei diritti interni. Non può essere condivisa, quindi, l'affermazione che "l'article 95 CE permet l'adoption de règlements, en évoquant plus généralement toutes mesures"⁴⁴.

La decisione di sostituire "direttive" con "misure", a nostro giudizio chiaramente indicativa della consapevolezza che la sola prassi delle direttive dettate non poteva consentire una sistematica utilizzazione dello strumento del regolamento in luogo della direttiva, ha trovato un'eloquente conferma nell'impianto del Trattato di Lisbona, caratterizzato da un diffuso ricorso, in 31 articoli del TFUE, al termine "misure" per indicare – con una generica, del tutto insolita formulazione – gli atti normativi che le istituzioni dell'Unione hanno il potere di adottare. Eppure nello stesso TFUE il testo dell'art. 288 non si discosta sostanzialmente da quello dell'art. 189 TCEE del 1957, stabilendo che "per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri".

7. Conviene passare ora ad analizzare il tema dell'armonizzazione facendo riferimento non più alle norme di diritto sostanziale (oggetto, in larga misura, delle direttive⁴⁵), bensì a quelle di diritto internazionale privato. È al processo di armonizzazione avente ad oggetto queste particolari norme che, fin dal TCEE del 1957 era stata dedicata una specifica disposizione (l'art. 220), in base alla quale gli Stati membri avrebbero avviato, "per quanto occorra", negoziati relativi a una serie di materie in questo articolo elencate. Sul concetto in base al quale l'avvio dei negoziati avrebbe dovuto condurre, in linea di principio, alla conclusione di una convenzione internazionale fra gli Stati membri, risultano ampiamente convergenti le posizioni della dottrina, che ha in particolare rilevato come in questo settore gli autori del Trattato non avessero conferito alla Comunità quei poteri normativi che alla stessa erano stati invece attribuiti per l'armonizzazione delle disposizioni di diritto sostanziale, riservando agli Stati la facoltà di decidere se avviare negoziati, "per quanto occorra", in vista di una sistemazione, con norme di natura pattizia, di specifiche questioni di diritto internazionale privato e processuale⁴⁶.

⁴⁴ Così M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002, p. 225.

⁴⁵ Va comunque tenuto presente che "de plus en plus, les directives n'incluent pas seulement les règles pour le rapprochement du droit matériel des Etats membres, mais aussi des règles de droit international privé" (così A. BORRÁS, *op. cit.*, p. 393). In proposito vedi anche S. MARINAI, *I valori comuni nel diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2007, p. 66 ss.

⁴⁶ L. S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 15, ritiene che dall'art. 220 derivi, "piuttosto che un vero e proprio obbligo *de contraendo*, un semplice dovere di impegnarsi in negoziati volti a disciplinare le singole materie (*pactum de negotiando*)". Sul "pouvoir d'appréciation considérable" di cui godono gli Stati membri in merito all'avvio dei negoziati vedi C. KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Revue critique de droit international privé*, 1999, p. 23. Più in generale, per quanto riguarda la figura del *pactum de negotiando*, si rinvia a P. FOIS, *L'accordo preliminare nel diritto internazionale*, Milano, 1974, p. 1 ss.

Scarsamente approfondita si rivela invece la questione consistente nel sapere se una simile convenzione, una volta conclusa, fosse da qualificare di vera e propria “unificazione”, ovvero di mera “armonizzazione” del diritto applicabile alla materia in essa disciplinata⁴⁷.

A nostro giudizio, le convenzioni previste dal citato art. 220 erano da considerare di mera armonizzazione, in conformità a quanto è stato autorevolmente sottolineato nella Relazione illustrativa da P. Jénard, componente del Comitato di esperti governativi incaricato di elaborare il testo del Progetto di convenzione: vi si precisava, segnatamente, che il fine perseguito era di “*facilitare* la libera circolazione delle sentenze” e di favorire “un’*armonizzazione* delle legislazioni più spinta”⁴⁸. In dottrina, non è mancato chi ha correttamente sottolineato che con la conclusione delle convenzioni in discorso gli Stati membri intendevano “*eliminare taluni degli inconvenienti* in cui gli operatori si imbattono a causa di *difficoltà* esistenti tra le legislazioni nazionali”⁴⁹.

Si è potuto constatare nel precedente paragrafo come le convenzioni di cui all’art. 220 TCEE del 1957 avessero la natura di comuni convenzioni multilaterali che gli Stati membri si erano dichiarati intenzionati a concludere, assumendo l’impegno di avviare, “per quanto occorra”, negoziati nelle materie elencate nell’articolo suddetto.

È a partire dalla metà degli anni ’70 – sostanzialmente in coincidenza con l’entrata in vigore del Protocollo relativo all’interpretazione da parte della Corte di giustizia della Convenzione di Bruxelles del 1968, firmato a Lussemburgo il 3 giugno 1971 – che le convenzioni previste dall’art. 220 TCEE sono state viste da larga parte della dottrina come convenzioni di natura particolare, aventi carattere “comunitario”, per i rapporti con il diritto comunitario derivanti dalle norme contenute in questo Protocollo.

Senza riprendere in questa sede il vivace dibattito che in merito al carattere comunitario di tali convenzioni si è a suo tempo sviluppato, conviene ora mettere l’accento sul fatto che l’interpretazione delle stesse da parte della Corte di giustizia aveva notevolmente contribuito ad avvicinare ulteriormente le norme interne in materia di diritto internazionale e processuale oggetto delle convenzioni in discorso⁵⁰. È stato così in ogni caso raggiunto un livello di uniformità nell’interpretazione delle disposizioni armonizzate con lo strumento pattizio notevolmente superiore a quello che generalmente, in ambito internazionale, viene assicurato dalle convenzioni di diritto uniforme.

⁴⁷ Sulla distinzione fra “unificazione” e “armonizzazione” del diritto vedi *supra*, nota 15.

⁴⁸ Per il testo della relazione del 27 settembre 1968 vedi *GUCE* C 59, 5 marzo 1979, p. 1 ss.

⁴⁹ Così F. CARUSO, *Unificazione e uniformizzazione*, cit., p. 18. Corsivi aggiunti.

⁵⁰ Sul riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, di un ordine pubblico processuale comunitario e, quindi, di un nucleo di valori e principi fondamentali in materia che “accomuna gli Stati membri” vedi S. MARINAI, *op. cit.*, p. 211 ss. La Corte di giustizia, nella sentenza del 15 settembre 1983, causa 288/82, *Duijnste*, *Raccolta*, p. 3663, punto 17, ha affermato il principio che le nozioni figuranti nella Convenzione devono essere oggetto di una interpretazione autonoma, facendo riferimento, da un lato, “aux objectifs et au système de la Convention” e, dall’altro, “aux principes généraux qui se dégagent de l’ensemble des systèmes de droit nationaux”.

8. È dai risultati raggiunti per effetto dell'interpretazione uniforme, da parte della Corte di giustizia, delle convenzioni in discorso che si deve a nostro giudizio partire per affrontare in modo adeguato la questione della comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale, resa possibile a seguito delle modifiche introdotte con la riforma dei Trattati concordata nel 1997 ad Amsterdam. La maggioranza della dottrina ha innegabilmente preso posizione a favore del processo di comunitarizzazione, soffermandosi soprattutto sulle differenze esistenti fra i due regimi, quello basato sull'applicazione di una convenzione internazionale fra gli Stati membri e quello risultante dalla scelta di ricorrere, nell'ambito degli atti normativi comunitari, allo strumento del regolamento. Colpisce tuttavia la scarsità degli argomenti fatti valere a sostegno della conformità di tale prassi rispetto agli articoli 61 e 65 TCE, imperniato sul criterio secondo cui le misure da adottare devono riguardare il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere, assicurando, nel contempo, la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri. La tendenza generale della dottrina in questione è nel senso di un sostanziale allineamento agli orientamenti seguiti dalle istituzioni comunitarie, che negli atti via via adottati non forniscono per la verità molti particolari sulle ragioni a favore della scelta dello strumento del regolamento⁵¹.

Un esame dei numerosi scritti, in larga misura favorevoli alla comunitarizzazione, pubblicati su questo tema, permette di accertare che gli argomenti maggiormente sviluppati sono quelli attinenti ai "vantaggi" che la riforma del 1997 avrebbe assicurato. Si è così insistito, in particolare: a) sull'opportunità di evitare i ritardi che la ratifica delle convenzioni fra gli Stati membri (convenzioni da rinegoziare, in ogni caso, con i nuovi Paesi aderenti all'Unione) ha sistematicamente comportato⁵²; b) sulla maggiore certezza quanto al diritto applicabile per effetto del ricorso al regolamento, che a differenza della convenzione non consente la previsione di riserve nei confronti del testo concordato⁵³; c) sull'importanza di poter disporre di regole appartenenti all'ordinamento comunitario (ora dell'Unione) e di assicurare una tutela effettiva dei valori propri di tale ordinamento⁵⁴.

Per contro, rilievo di gran lunga minore è stato riservato alla questione dell'interpretazione degli articoli 61 e 65 TCE, dai quali viene fatta discendere la competenza della Comunità (ora dell'Unione) a disciplinare con atti comuni-

⁵¹ Sulla questione vedi *infra*, nota 55.

⁵² Per un esplicito riferimento a un simile inconveniente, si vedano: J. BASEDOW, *The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 688; O. REMIEN, *European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice*, *ivi*, 2001, p. 57; S. MARINAI, *op. cit.*, p. 67; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, p. 11.

⁵³ *Ivi*, pp. 11 e 14.

⁵⁴ *Ivi*, pp. 11, 15 e 16; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, 2011, pp. 24-25.

tari la materia del diritto internazionale privato e processuale⁵⁵. Ed è significativo che alla critica secondo cui l'art. 65 TCE non autorizza affatto le istituzioni comunitarie a “rendre identiques” le regole nazionali in materia di conflitti di leggi⁵⁶, ci si sia limitati a replicare⁵⁷ che se da parte delle istituzioni comunitarie ci possa essere stato “un excès de pouvoir”, la Corte di giustizia potrebbe sempre annullare il regolamento che ha sostituito la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

Sarebbe in ogni caso la prassi ad indurre a concludere nel senso della legittimità del processo di comunitarizzazione basato sul citato art. 65, considerato anche l'elevato numero dei regolamenti che, sulla base dell'art. 65, sono stati adottati per disciplinare la materia in parola⁵⁸.

9. L'indagine fin qui condotta ha evidenziato la chiara distinzione, operata dal Trattato CEE del 1957, fra gli *strumenti* previsti per l'armonizzazione delle norme sia di diritto sostanziale, sia di diritto internazionale privato. Mentre nel primo caso è la direttiva, e soltanto la direttiva, lo strumento che avrebbe dovuto essere utilizzato, nell'ipotesi del diritto internazionale privato si era ritenuto di far ricorso al classico strumento dell'accordo internazionale, e non più, quindi, ad un atto normativo comunitario. Nessuna distinzione era stata invece prevista per quanto riguarda *gli obiettivi* da perseguire: in entrambi i casi, il risultato da raggiungere era *la mera armonizzazione*, e non già *l'unificazione in senso stretto* sia del diritto sostanziale che del diritto internazionale privato⁵⁹.

Quando però dal quadro chiaramente delineato dal Trattato in parola si passi a considerare l'applicazione data alle disposizioni nello stesso contenute, ogni distinzione fra i due sistemi anzidetti tende gradualmente a scomparire. Si è infatti potuto constatare, relativamente al diritto sostanziale, come si sia progres-

⁵⁵ Si vedano, in particolare, il 1° e 6° ‘considerando’ del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, nei quali si dà per scontato che le misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile “necessarie al corretto funzionamento del mercato interno” devono tradursi nell'adozione di “un atto giuridico comunitario cogente e direttamente applicabile”. Una simile (comunque discutibile) giustificazione del ricorso allo strumento del regolamento non si ritrova invece nel regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali.

⁵⁶ Così la “*Lettre ouverte au Président de la République*” su “*L'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit*”, in *La Semaine Juridique, Edition générale*, 13 dicembre 2006, p. 586.

⁵⁷ “*Observations sur la lettre ouverte au Président de la République*” su “*L'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit*”, in *La Semaine Juridique*, 10 gennaio 2007, p. 13.

⁵⁸ Questa sembra essere, in definitiva, la posizione di A. BORRÁS, *op. cit.*, p. 432 ss.: da un lato, dopo aver ricordato la “portée incertaine” (*ivi*, nota 244) degli articoli 61 e 65, ed indicato i limiti che questi articoli pongono (e i tentativi della Commissione!), l'a. passa ad esaminare “les résultats obtenus” (*ivi*, p. 438 ss.), senza chiedersi se le norme del Trattato siano state o meno rispettate.

⁵⁹ Come si è tenuto a puntualizzare (*supra*, par. 5), il termine “unificazione” è completamente ignorato dal Trattato CEE, e lo stesso termine non ricorre sia nelle direttive che nelle convenzioni internazionali che sono state via via poste in essere.

sivamente passati dalle direttive alle direttive dettagliate e dalle direttive dettagliate alle “misure”; per giungere poi, attraverso queste ultime, ai regolamenti. Quanto al diritto internazionale privato, il passaggio si è concretato, in un primo momento, nel collegamento della convenzione internazionale al diritto comunitario in virtù dei Protocolli aggiuntivi che hanno attribuito alla Corte di giustizia la competenza ad interpretare le norme contenute nella convenzione; con le modifiche introdotte ad Amsterdam nel 1997, dalle convenzioni comunitarie si è poi passati alle “misure” di cui all’art. 65 TCE e, in applicazione delle stesse, ancora una volta ai regolamenti.

Un progressivo avvicinamento fra i due sistemi va altresì individuato nel fatto che, per giustificare sul piano giuridico il ricorso generalizzato al regolamento si è finito in entrambi i casi per ritenere inevitabile introdurre nel testo del Trattato una modifica imperniata sull’uso di un termine, quello di “misura”, pressoché ignorato nell’originaria versione del 1957⁶⁰. È comunque in tema di armonizzazione del diritto sostanziale che una simile variazione è stata inizialmente apportata: come si è in precedenza rilevato, ciò è avvenuto con l’Atto Unico Europeo del 1986 che all’adozione di “misure” fa in vari articoli riferimento. Soltanto dopo alcuni anni, con il Trattato firmato ad Amsterdam nel 1997, il termine in discorso è stato utilizzato anche nei confronti del diritto internazionale privato.

Sia per l’armonizzazione di diritto sostanziale, sia per quella delle norme di diritto internazionale privato, le variazioni che la prassi ha fatto registrare non hanno per lo più suscitato, fra gli studiosi, riserve di particolare rilievo. A favorire un orientamento siffatto, è verosimile che abbia contribuito in misura sensibile la posizione della Corte di giustizia, con una giurisprudenza che fin dagli anni ’70, come si è visto⁶¹, ha ritenuto legittima la prassi delle direttive dettagliate⁶². Così come non priva di rilievo è risultata la condotta degli Stati, caratterizzata da una sostanziale acquiescenza rispetto sia alla prassi delle direttive dettagliate, sia all’interpretazione data dalle istituzioni comunitarie al citato art. 65 TCE.

In contrapposizione con un indirizzo dottrinale sicuramente prevalente, l’indagine condotta nelle pagine che precedono ha consentito di evidenziare quanto segue:

- se il Trattato prevede un’azione dell’Unione europea volta ad “armonizzare”, “ravvicinare”, “coordinare” i diritti nazionali mediante direttive, è da ritenere illegittimo il ricorso a un regolamento il cui effetto sia quello di “unificare”, “rendere identici” tali diritti. Un’analoga conclusione s’imporrebbe

⁶⁰ *Supra*, par. 6.

⁶¹ *Supra*, par. 3.

⁶² È da condividere l’affermazione (V. HEUZÉ, *L’honneur des professeurs de droit. Explication d’une lettre ouverte sur l’Union européenne, la démocratie et l’Etat de droit*, in *La Semaine Juridique, Edition générale*, 7 mars 2007, p. 18), secondo cui la scarsa considerazione in cui il principio di attribuzione è tenuto dalle istituzioni dell’Unione “est la conséquence du refus de la Cour de justice des Communautés européennes de strictement sanctionner, depuis une trentaine d’années, la définition que le Traité CE donne des directives”.

anche quando è il termine “misura” quello utilizzato per indicare più genericamente lo strumento mediante il quale l’azione di armonizzazione, ravvicinamento, coordinamento deve essere condotta. La stessa Corte di giustizia, del resto, nel far riferimento all’art. 100 A TCE (il termine utilizzato è “misure”) e agli articoli 57 e 66 dello stesso Trattato (il termine utilizzato è “direttive”), ha esplicitamente affermato l’incompatibilità, con il principio delle competenze di attribuzione, di un atto normativo comunitario che venisse fondato su detti articoli “en vue de supprimer des distorsions *minimes* de concurrence”⁶³;

- quanto agli interventi volti a “comunitarizzare” il diritto internazionale privato e processuale, appare assai dubbio che “*unificare* le norme sui conflitti di competenza ‘attraverso’ un atto giuridico comunitario cogente e direttamente applicabile”⁶⁴ rientri o meno fra i poteri attribuiti alle istituzioni comunitarie dal più volte richiamato art. 65 TCE, che le abilita unicamente ad adottare “misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere”, promuovendo “la compatibilità” delle regole applicabili negli Stati membri”⁶⁵.

In definitiva, il progressivo avvicinamento fra i due regimi, contraddistinto da un sistematico ricorso al regolamento per l’armonizzazione delle norme di diritto sostanziale e strumentale, si è verificato a detrimento di quel fondamentale principio di attribuzione⁶⁶, in base al quale “l’Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli stati membri nei Trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti”. Resta da chiedersi fino a che punto una così scarsa considerazione di tale principio risulti coerente con l’uso di un’espressione, quella dell’Unione come “Comunità di diritto”, così radicata nella giurisprudenza della Corte e in tanta parte della dottrina.

⁶³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo*, cit., punti 83 e 107.

⁶⁴ Così il 2° e 6° ‘considerando’ del già citato regolamento 44/2001.

⁶⁵ In questo senso si vedano i rilievi sviluppati nella “*Lettre ouverte*” richiamata alla nota 56, nonché V. HEUZÉ, *op. cit.*, p. 18, critico nei confronti delle “*libertés que les institutions européennes prennent à l’égard des limites fixées à leurs attributions*” e attento a ricordare che “*les compétences non exclusives de l’Union doivent être exercées dans le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité*”.

⁶⁶ Sull’illegittimità di un atto “avente valore normativo maggiore” rispetto a quello che, in base al Trattato, potrebbe essere emanato vedi U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2009, V ed., p. 53. Quanto all’interpretazione estensiva data dalla Corte di giustizia al principio di attribuzione (al riguardo vedi R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, pp. 28-29), conviene ricordare (vedi *supra*, par. 5, nota 38) che per i giudici di Lussemburgo: la norma in materia di ravvicinamento delle legislazioni, di cui all’attuale art. 114 TFUE, consente di eliminare le distorsioni di concorrenza “sensibili”, e non già di procedere ad un’unificazione delle disposizioni nazionali in proposito.

Abstract

From Harmonization towards Unification of Domestic Laws in the European Union. Critical Appraisal of a Trend

The present article starts from the observation of an aspect generally neglected by the doctrine which characterizes the TEEC of 1957, clearly aimed at 'harmonization' (or 'approximation') of the domestic laws of the Member States, and not at their 'unification'. In fact, the TEEC, with reference to the substantive law, considers the harmonization process as a result of the use of an act, the directive, which provides for an obligation of result, while in the case of the rules of private international law the reduction of differences between the national laws is promoted through international conventions instead of Community acts.

A controversial practice that emerged in the mid-'60s led to a shift away from the choices contained in TEEC, with a late and however partial change of its rules in this regard. This was made possible, for the rules of substantive law, at first, by a law through which the Court of Justice has approved the practice of so-called 'detailed directives'. In a second step, in the text of the Treaty the generic term 'measures' has been repeatedly used in place of the traditional term 'directives'. The term 'approximation' has not changed, thereby improving the doubts as to the choice of using regulations of unification on the basis of recognized power to adopt 'measures'.

With reference to the rules of private international law, the choice to proceed with their 'communitarisation', using no longer the instrument of an international convention, but EU regulations, has materialized in the Amsterdam Treaty of 1997, in particular through the amendments to Articles 61 and 65 of the TEC, which gave the Council the power to adopt measures in the field of judicial cooperation in civil matters having cross-border implications. The decision to use the term 'measures' is clearly inspired by the experience previously gained in the field of rules of substantive law, but is not exempt with concerns expressed about the power to unify the laws of the Member States through the instrument of regulations. The above-mentioned Article 65, in fact, gives the EU only the limited power to improve and simplify the national legal systems, namely 'to promote' the compatibility of the rules applicable in the Member States concerning conflict of laws and of jurisdiction.

Gian Luigi Tosato*

I vincoli europei sulle politiche di bilancio**

SOMMARIO: 1. Il *Fiscal Compact* nel quadro della disciplina europea di bilancio. – 2. Le fonti originarie: le regole di Maastricht e il Patto di stabilità. – 3. Le novità del *Six Pack*: deficit, debito e squilibri macro-economici. – 4. Contenuto e ragioni del *Fiscal Compact*. – 5. Il vincolo del pareggio di bilancio: portata e limiti. – 6. I “fattori significativi” e il loro rilievo per la Commissione. – 7. Annotazioni conclusive sugli effetti del *Six Pack* e del *Fiscal Compact*.

1. In questi tempi di crisi dell'euro, il *Fiscal Compact* ha acquisito un valore simbolico. È sinonimo di rigore, austerità, severi vincoli di bilancio. E c'è chi lo loda, in quanto teso a porre un freno alla gestione allegra delle finanze pubbliche; e chi lo critica aspramente per i suoi effetti recessivi, specie sulle economie più deboli. In verità l'opinione corrente va precisata sotto taluni profili. I vincoli europei di bilancio non sono sorti con il *Fiscal Compact*, tra l'altro non ancora in vigore; e nemmeno sono così rigidi, come si è indotti a ritenere. Per meglio chiarire questi punti si intende brevemente ripercorrere gli sviluppi della disciplina di bilancio da Maastricht al *Fiscal Compact*; e analizzare, poi, le norme vigenti per accertarne il grado di rigidità o flessibilità e i meccanismi di attuazione.

2. I vincoli di bilancio sono un elemento costitutivo dell'Unione economica e monetaria. Figurano tra i criteri di Maastricht, con i noti limiti del 3% del pil per il deficit e del 60% del pil per il debito. L'ingresso nell'euro era subordinato al rispetto di questi requisiti, da soddisfarsi poi in modo permanente. E ben se ne intuisce la ragione: poiché la moneta unica lega ad un comune destino i Paesi partecipanti, una gestione finanziaria squilibrata da parte di un singolo Stato si ripercuote negativamente su tutti gli altri.

Ancor prima dell'introduzione dell'euro, le regole di Maastricht sono state specificate nel Patto di Stabilità e Crescita (PSC) del 1997 (due regolamenti e una risoluzione del Consiglio europeo). Si è voluto stabilire una disciplina più severa sia per i disavanzi di bilancio, sia per le procedure applicative e le sanzioni. Così il deficit annuale consentito è sceso all'1% del pil. Si è anzi precisato

* Emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

** Testo riveduto della relazione tenuta al convegno ARSAE/LUISS su “Costituzione e ‘pareggio’ di bilancio”, svoltosi a Roma il 18 maggio 2012.

che i bilanci nazionali devono tendere al pareggio o ad un *surplus*, in modo che la soglia del 3% possa essere rispettata anche nelle fasi negative del ciclo. A facilitare la sorveglianza sulle politiche economiche nazionali, e una tempestiva correzione di scostamenti rispetto agli obiettivi di medio termine, il PSC fa obbligo a ciascuno Stato di sottoporre annualmente un Programma di Stabilità; e al fine di rendere più efficaci le procedure sanzionatorie, fissa tempi stretti per il loro completamento. Infine, la risoluzione del Consiglio europeo, che accompagna i due regolamenti, raccomandava un'attuazione "rigorosa" della disciplina. Ma le cose non si sono sviluppate propriamente così: i vincoli di bilancio sono stati disinvoltamente disattesi, anche da Francia e Germania; e le procedure sanzionatorie per disavanzi eccessivi sono state bloccate dalle decisioni discrezionali del Consiglio, che non ha dato seguito alle proposte della Commissione. Aggiungasi che il coordinamento delle politiche economiche, affidato a raccomandazioni non vincolanti (il c.d. metodo del coordinamento aperto), è risultato largamente inefficace.

3. Nondimeno il sistema euro non ha dato inizialmente segni di malfunzionamento: nei suoi primi anni di vita si è avuta bassa inflazione, bassi tassi di interessi, credito bancario abbondante, *spread* contenuto tra i titoli del debito pubblico dei vari Paesi. Ma quando, verso la fine del primo decennio del 2000, è arrivato il vento della crisi (prima finanziaria, poi economica), è emersa una forte divergenza fra le economie degli Stati euro. In effetti, qualche Paese ha approfittato dei bassi tassi di interesse per attuare riforme strutturali, aumentare la produttività e competitività delle proprie imprese, spingere le esportazioni limitando le spese correnti. Altri molto di meno; ed è superfluo fare nomi. Di qui una forte asimmetria fra le economie della zona euro, che ha portato alla crisi del debito sovrano dei Paesi più deboli, al pericolo di insolvenza per taluni di essi e alla creazione di fondi di assistenza finanziaria.

È in queste circostanze che si è rimesso mano alle regole di bilancio; e lo si è fatto tramite il *Six Pack*, un pacchetto di cinque regolamenti ed una direttiva volti ad integrare e modificare l'originario PSC. Le novità riguardano essenzialmente gli Stati euro: si rafforza la parte di sorveglianza preventiva con l'applicazione di sanzioni (deposito fruttifero) nel caso di squilibri macro-economici significativi o deviazioni rilevanti dall'obiettivo di medio-termine; si estende la procedura per i disavanzi eccessivi (e relative sanzioni: deposito infruttifero, ammende), anche al debito, mentre prima si applicava solo al *deficit*; si stabilisce che il debito, se eccessivo, deve ridursi annualmente ad un ritmo pari a 1/20 della differenza tra il livello corrente e la soglia del 60%; viene introdotta la regola del "reverse majority voting", per cui le proposte della Commissione si intendono adottate se non sono respinte a maggioranza dal Consiglio. In definitiva, il *Six Pack* mira a rendere più efficace la disciplina del PSC, rafforzandone la parte preventiva e correttiva, specie sotto il profilo applicativo.

4. A questo punto arriva il *Fiscal Compact*. La tempistica merita di essere evidenziata. Il lancio del *Fiscal Compact* esce dal vertice di dicembre 2011,

meno di un mese dall'entrata in vigore del *Six Pack*. Il patto è stato poi sottoscritto all'inizio di marzo 2012 e diventerà applicabile con la ratifica di non meno di dodici Stati euro. Ce n'era bisogno? Se si guarda alle regole materiali in esso contenute, la risposta dovrebbe essere negativa. Il *Fiscal Compact* ribadisce la regola del bilancio in pareggio o in attivo, già fissata fin dal PSC. Per il resto vale la disciplina del PSC come modificata e integrata dal *Six Pack*. L'unica vera novità è costituita dall'obbligo per gli Stati contraenti di inserire la "regola aurea" del pareggio di bilancio nel proprio diritto interno, "preferibilmente a livello costituzionale". Ma è dubbio, a stretti termini giuridici, che ce ne fosse bisogno. L'obbligo del pareggio di bilancio era già operante nel diritto dell'Unione; e questo, in base a consolidati principi, ha valore prioritario sul diritto interno. Gli Stati membri avrebbero quindi dovuto conformarsi a quell'obbligo, senza che fosse necessario replicarlo in un patto apposito. Tanto più che l'adozione della "regola aurea" nel diritto interno, a livello costituzionale o "quasi", già figurava fra gli impegni (peraltro non vincolanti) del Patto *Euro Plus* del marzo 2011. In verità, non ragioni giuridiche ma politiche stanno alla base del *Fiscal Compact*. Si voleva inviare un messaggio rassicurante all'elettorato di taluni Paesi (Germania, *in primis*) nel momento in cui si chiedeva il loro contributo per aiutare Stati euro in crisi.

5. I vincoli europei di bilancio derivano dunque da una pluralità di fonti: le norme di Maastricht (passate quasi alla lettera nel TFUE di Lisbona), la disciplina del PSC, così come modificata e integrata dalle misure del *Six Pack*, infine il *Fiscal Compact* (che non è ancora in vigore e si colloca al di fuori del diritto UE). Da questo complesso normativo emerge la regola di base del pareggio di bilancio; è il principio delle finanze sane, dell'equilibrio tra entrate e spese. Ma che cosa comporta esattamente questa regola e quali attenuazioni e deroghe può tollerare?

La regola del pareggio di bilancio si considera rispettata da un Paese se il saldo strutturale annuale si conforma all'obiettivo di medio termine fissato per quel Paese. In altri termini, per ciascun Paese viene fissato dalla Commissione un programma di convergenza verso l'obiettivo di medio termine, con uno scadenario temporale che tiene conto dei rischi specifici del Paese sul piano della sostenibilità. L'obiettivo a medio termine è costituito da un disavanzo strutturale dell'1% del pil stando al *Six Pack*, dello 0,5% del pil ai sensi del *Fiscal Compact*. Per disavanzo strutturale si intende il saldo annuo corretto per il ciclo, al netto di misure *una tantum* e temporanee.

Deviazioni dall'obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento a tale obiettivo sono ammesse solo in circostanze eccezionali. E queste sono definite nel *Fiscal Compact* come "eventi inconsueti", non soggetti al controllo della parte interessata e con "rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria"; oppure come "periodi di grave recessione economica ai sensi del patto di stabilità e crescita rivisto". Nella versione originaria del PSC, quella del 1997, una recessione economica poteva considerarsi grave solo in presenza di un declino annuo del pil in termini reali di almeno il 2%. Ma con le modifiche del 2005 si

è optato per una interpretazione più lasca della deroga; per l'esistenza di una grave recessione economica basta "un tasso di crescita negativo" del pil annuo o, anche, "una diminuzione cumulata della produzione" in un periodo prolungato di bassa crescita del pil rispetto alla crescita potenziale. È a quest'ultima definizione che intende evidentemente riferirsi il *Fiscal Compact*.

In definitiva, il pareggio di bilancio è un obiettivo di medio termine; si intende conseguito con un disavanzo strutturale dello 0,5% o 1% del pil; il disavanzo strutturale si calcola al netto delle correzioni per l'andamento del ciclo economico; per ciascun Paese viene stabilito un programma di convergenza verso l'obiettivo di medio termine, che tiene conto di condizioni di sostenibilità economica; deviazioni dall'obiettivo di medio termine sono consentite in presenza di circostanze eccezionali, come dianzi definite. Emerge dunque un qualche stemperamento della regola del pareggio di bilancio.

Per quel che riguarda il debito, il *Fiscal Compact* ribadisce la regola del *Six Pack*. Gli Stati sono tenuti a ridurre ogni anno di 1/20 il debito eccedente la soglia del 60%. Potrebbe trattarsi di un obbligo molto gravoso se la riduzione del debito si cumulasse con quella del deficit. Sennonché la scansione temporale è diversa. La riduzione del debito diviene vincolante dal quarto anno successivo a quello in cui il deficit di un Paese si è ridotto sotto la soglia del 3% del pil. Allo stato attuale, se si fa eccezione per tre Paesi (Estonia, Lussemburgo e Finlandia), tutti gli altri sono oggetto di procedure per deficit eccessivo. Ne consegue che la regola dell'1/20 risulterà applicabile solo a partire dal 2016.

6. Resta da dire dei criteri che devono guidare la Commissione nella sua azione applicativa della disciplina di bilancio. Alla Commissione è attribuito un ruolo centrale, che si estende alla parte preventiva e a quella correttiva della disciplina, e che risulta ora fortemente rafforzato con l'introduzione del meccanismo del "reverse majority voting".

La norma base è ancora quella di Maastricht, recepita *tel quel* nel TFUE (art. 126, par. 3). Qui si legge che nell'avviare una procedura per disavanzo eccessivo la Commissione deve tener conto di tutti i "fattori significativi", fra cui la spesa pubblica per gli investimenti. Il punto è ulteriormente specificato nel *Six Pack* (regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1467/97 per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, *GUUE* L 306, 23 novembre 2011, p. 33 ss., art.1), dove si elenca una serie di "fattori significativi". A titolo meramente esemplificativo: la posizione in termini netti del settore privato; l'attuazione di politiche nel contesto di una strategia di crescita comune dell'Unione; le passività legate all'invecchiamento e al debito privato, nella misura in cui possono rappresentare potenziali passività per le finanze pubbliche; le riforme del sistema pensionistico tese ad assicurarne la sostenibilità a lungo termine. Più in generale la Commissione deve tenere in debito conto tutti i fattori ritenuti significativi dallo Stato interessato.

Meritano una sottolineatura i richiami alle spese per investimento e alla situazione finanziaria del settore privato. Con riguardo alle prime, affiora perio-

dicamente la richiesta di escluderle dal computo delle spese dello Stato. La richiesta si fa particolarmente forte in periodi di stagnazione o recessione economica per i ben noti legami fra investimenti e crescita. L'impostazione originaria di Maastricht rimane ferma. Gli investimenti pubblici concorrono alla determinazione delle passività complessive dello Stato, ma la Commissione ne deve tenere conto ai fini di una valutazione dei disavanzi di bilancio. E questo vale in special modo per gli investimenti in linea con le strategie comuni dell'Unione, che possono in qualche modo considerarsi approvati da quest'ultima.

Il discorso è nella sostanza analogo per il settore finanziario privato. Esiste un'evidente influenza reciproca tra finanze pubbliche e private. I debiti del settore privato rischiano di tradursi in debiti pubblici, come dimostrano le vicende bancarie in vari Paesi. Per contro il risparmio privato può soccorrere i conti pubblici in difficoltà tramite la leva tributaria. In principio, i bilanci nazionali vanno verificati a prescindere dal settore privato. Ma quest'ultimo rientra fra i "fattori significativi", che la Commissione deve vagliare nelle due direzioni: sia nel senso di escludere un disavanzo eccessivo dei conti pubblici, anche se i criteri del deficit e del debito non sono rispettati; sia, all'opposto, nel senso di ravvisare un disavanzo eccessivo anche se tali criteri sono rispettati.

7. Come si è visto, i vincoli di bilancio per gli Stati membri (segnatamente quelli dell'eurozona) sono severi per quel che riguarda l'obiettivo da raggiungere, ma ammettono temperamenti in ordine ai tempi e modi per conseguirlo. Inoltre l'accertamento di eventuali violazioni, con conseguenti sanzioni, comporta valutazioni complesse in ordine a tutta una serie di "fattori significativi".

Nulla è cambiato allora rispetto al passato? Ci sono sempre gli stessi rischi di sistematica disapplicazione dei vincoli di bilancio? Ad escludere che questo avvenga, milita a mio avviso un duplice ordine di considerazioni. In primo luogo, rileva il rafforzato sistema di controlli preventivi, che si espleta con scadenze temporali precise (il c.d. semestre europeo) e attiene non solo alle finanze pubbliche ma anche ai principali indicatori macro-economici. Questo dovrebbe consentire la tempestiva individuazione di scostamenti rispetto agli impegni dei singoli Stati in tema di riforme strutturali (anche quelle aggiuntive del Patto *Euro Plus*) e di riduzione del deficit e del debito. L'applicabilità di sanzioni, nel caso di mancato rispetto degli impegni in discorso, conferisce agli stessi natura giuridica vincolante.

In secondo luogo, valgono considerazioni di carattere istituzionale. Nel sistema di Maastricht e del PSC alla Commissione, organo tecnico – amministrativo, era affidato un compito meramente istruttorio e di proposta. Ogni decisione era poi rimessa al Consiglio, organo politico. Spettava al Consiglio stabilire se vi fosse un disavanzo eccessivo, i tempi e i modi per porvi rimedio e, in difetto, quali sanzioni applicare; e tutto ciò in base a valutazioni di opportunità non sindacabili. Di qui – come già notato – la sistematica disapplicazione delle regole di bilancio, specie nel caso di procedure dirette a censurare gli Stati più forti.

Con il Trattato di Lisbona (che recepisce le regole di Maastricht) e la normativa secondaria del *Six Pack* la situazione formalmente non cambia. È sempre la

Commissione a istruire e proporre e il Consiglio a decidere. Ma, per effetto del “*reverse majority voting*” si delinea ora una sostanza profondamente diversa. In realtà, chi decide è la Commissione e il Consiglio può solo opporsi, sempre che si coaguli al suo interno una maggioranza qualificata in senso contrario (operazione tanto meno facile ora, in vista dell’art. 7 del *Fiscal Compact*). Evidentemente, la Commissione dovrebbe essere meno permeabile a considerazioni di politica intergovernativa. Per altro verso, non va trascurato il ruolo che potrebbe assumere la Corte di giustizia. Rimane anche nel Trattato di Lisbona (come già in quello di Maastricht) l’inapplicabilità della procedura di infrazione per gli obblighi di bilancio. Ma subentra ora, ai sensi del *Fiscal Compact*, la nuova competenza della Corte a verificare la corretta trasposizione nel diritto interno della regola del pareggio di bilancio. Questa regola, una volta inserita nel diritto interno, è suscettibile di dar luogo a contestazioni davanti ai giudici nazionali; e non si può escludere che ne seguano rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia. La Corte sarebbe così chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale su questioni (inerenti al rispetto della disciplina di bilancio) che non possono formare oggetto di una procedura diretta di infrazione.

Abstract

European Constraints to Fiscal Policies

It is the purpose of this paper to put the Fiscal Compact in the right perspective and to clarify the extent of the budgetary discipline laid down at the European level. The Fiscal Compact essentially restates a set of rules originally provided in the Maastricht Treaty and subsequently supplemented by the Stability and Growth Pact and the recent Six Pack. The resulting obligations for the Member States are extremely tough but entail a margin of flexibility. The balance budget objective admits some mitigations as to the manners and timing for its achievement. Furthermore, pursuant to Article 126 (3) TFUE the Commission has to take into account all “relevant factors” (including investment expenses and the financial health of the private sector) before starting an excessive deficit procedure.

Andrea de Guttry*

Duty of Care of the EU and Its Member States towards Their Personnel Deployed in International Missions

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The notion of “duty of care” in domestic and international law: a few general remarks. – 3. A better definition of the scope and content of the “duty of care” through international case-law and selected soft law documents. – 4. The “duty of care” as a corollary of the obligation of States (and of IOs) to protect the life of those within their jurisdiction or control. – 5. Who bears the consequences of the violation of the “duty of care”, and what are they. – 6. What have the EU Institutions done so far to fulfill their “duty of care” towards the personnel deployed in the field and what still needs to be done? – 7. Conclusions.

1. Over the last three decades, man-made, natural and technological disasters have been increasing in terms of frequency, severity and material damage caused. The number of those affected by these phenomena – i.e. individuals requiring immediate emergency assistance such as protection, provision of food, water, shelter, sanitation and immediate medical assistance – is worrying. This has inevitably brought a proliferation of new actors ready to deploy multipurpose field missions: among them, the EU has undoubtedly become a major provider of security and post-conflict reconstruction (mainly through CSDP Missions)¹, an active partner in delivering civil protection operations after natu-

* Ordinario di Diritto internazionale nella Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento “Sant’Anna” di Pisa.

¹ EU’s role in providing security outside its borders in post-war and post-disaster settings is rapidly expanding: in 2001, at the meeting of the European Council in Feira, Portugal, the Union decided to develop the civilian aspects of crisis management in four priority areas: policing; strengthening the rule of law; strengthening civilian administration; and civil protection. The specific capabilities in these four fields could be used in the context of EU-led autonomous missions, or in the context of operations conducted by lead organizations, such as the UN or OSCE. The emphasis on the active involvement of the EU in these operations was formally confirmed in the consolidated version of the Treaty on European Union (2010). Article 42(1) of this Treaty states that “The common security and defence policy shall be an integral part of the common foreign and security policy. It shall provide the Union with an operational capacity drawing on civilian and military assets. The Union may use them on missions outside the Union for peace-keeping, con-

ral or man-made disasters (EU Civil Protection Mechanism)², and a major provider of humanitarian aid (through ECHO)³. The number of international personnel deployed in these missions has become impressive.

Regardless of a particular mission's mandate, these operations are deployed more and more often in countries which present serious security problems owing to their instability, their political and economic situation or major health-related risks. The issue of protecting the security, safety and health of the persons deployed has become a key concern for the Organisation/State deploying them, and not only for the hosting State, which in any case bears the main responsibility to protect international officers legally deployed on its territory⁴.

The concept of "duty of care" (sometimes also called "duty of protection", "due diligence", "duty to safeguard the lives and the well being of the employees", "framework for accountability") has gained increasing interest among practitioners, International (both universal and regional) Organizations as well as

flict prevention and strengthening international security in accordance with the principles of the United Nations Charter. The performance of these tasks shall be undertaken using capabilities provided by the Member States (...). The following Article 43(1) clarifies that "The tasks referred to in Article 42(1), in the course of which the Union may use civilian and military means, shall include joint disarmament operations, humanitarian and rescue tasks, military advice and assistance tasks, conflict prevention and peace-keeping tasks, tasks of combat forces in crisis management, including peace-making and post-conflict stabilization (...). As of spring 2012, the EU has 14 deployed missions in 3 continents: the number of personnel directly involved in these field operations is about 6,000. The purely civilian missions are 10 employing about 1800 personnel seconded by EU Member States and third States, about 500 contracted personnel, a limited number of EU officers temporarily assigned to a mission, plus local staff. Very often the EU-led missions are deployed in countries or regions with major security risks. See more on www.consilium.europa.eu/.

² The *EU Civil Protection Mechanism* is made up of 32 States (27 EU Member States plus Croatia, former Yugoslav Republic of Macedonia, Iceland, Liechtenstein and Norway) which cooperate in the field of civil protection to better protect people, their environment, property and cultural heritage in the event of major natural or man-made disasters occurring both inside and outside Europe. The cooperation can take the form of in-kind assistance, equipment and teams, or involve sending experts to carry out assessments. It relies on government resources and, if assistance is required in third countries, usually works in parallel with humanitarian aid.

³ The *European Community Humanitarian Office* (ECHO) was created in 1992 as an expression of European solidarity with people all around the world. In 2004 it became the Directorate-General for Humanitarian Aid before integrating Civil Protection in 2010 for better coordination and disaster response inside and outside Europe. In 2010, Kristalina Georgieva was appointed as the first dedicated Commissioner for international cooperation, humanitarian aid and crisis response.

⁴ The concept that the hosting State has the primary responsibility to protect the members of the international mission deployed in its territory is clearly stated in the "Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel", 9 December 1994 (General Assembly resolution 49/59). The "2005 Optional Protocol" to this Convention further expands the scope of "operations" and thus makes it applicable to a larger number of staff. Article II(1) of the Optional Protocol expands the scope of the Convention to the following operations: "(a) Delivering humanitarian, political or development assistance in peace-building, or (b) Delivering emergency humanitarian assistance". See M. H. ARSANJANI, *Convention on the Safety of U.N. and Associated Personnel*, United Nations Audiovisual Library of International Law, available at untreaty.un.org.

States involved in deploying personnel (civilian, police and military) to international field operations (peace-keeping, peace-building missions, crisis-management operations, humanitarian assistance, election observation, civil protection, technical assistance, etc.). The specific duties associated with this concept (regardless of the expression used in international practice to refer to it) are very often described in a detailed manner in the legislation of several nations, although mainly to address situations occurring within national borders or related to multinational companies deploying their personnel abroad. In UN or EU regulations the concept has been, especially in the past, formulated in generic terms, if at all⁵. More recently, the situation has changed significantly, owing to the continuous effort to substantiate it and also to the contribution of case-law.

In Europe, the issue at stake poses some additional problems, owing to the differentiated employment *status* of the personnel sent on mission (staff of the General Secretariat of the Council and other EU Officials; national experts seconded to European Institutions; personnel seconded by contributing Member States or third States to a crisis management operation or to an EU Special Representative – EUSR; and international and local staff contracted under the authority of a Head of Mission, Operation and Force Commanders or EUSR)⁶. It seems evident however that both EU Institutions in Brussels and Member States share the same problem of enacting their “duty of care” protecting the personnel sent into or to the field through proper mission planning which includes preparation for any potential threats, sharing of information, protection activities, risk minimising measures and appropriate training.

In this article, the author examines the current interpretation of the “duty of care” and the obligation to protect life in the international legal system. He defines the precise obligations of EU and its Member States at this regard, points out what has been done so far to implement them and highlights the potential consequences of violating these obligations. As most of the problems associated with the notion of the “duty of care” are similar both for EU and its Member States, and as they are intrinsically connected and sometimes difficult to address separately, this investigation will take into account both situations.

2. According to a legal dictionary, “duty of care” is “[a] requirement that a person acts toward others and the public with watchfulness, attention, caution, and prudence that a reasonable person in the circumstances would. If a person’s

⁵ C. F. AMERASINGHE, *The Law of the International Civil Service: As Applied by International Administrative Tribunals*, I and II, Oxford, 1994.

⁶ The issue of proper protection of local staff by the recruiting Organization or State has attracted increasing attention in practice and in the literature. According to a recent study, related mainly to aid workers “[d]espite the fact that local staff make up over 90% of all field workers they tend not to figure highly in agencies’ security policies. The study found a significant discrepancy between local staff and internationals in their access to security-related training, briefing and equipment”: see K. HAVER, *Duty of care? Local staff and aid worker security*, in *Forced Migration Review*, 2007, p. 10 ff., available at www.fmreview.org.

actions do not meet this standard of care, then the acts are considered negligent, and any damages resulting may be claimed in a lawsuit for negligence”⁷. The legal concept of “duty of care”, which is well known and developed mainly in legal systems belonging to the common law family⁸ and only recently found a place in official documents of IOs, presumes therefore that “[i]ndividuals and organizations have legal obligations to act towards others and the public in a prudent and cautious manner to avoid the risk of reasonably foreseeable injury to others. This obligation may apply both to acts and omissions”⁹.

National legislation and case-law have helped to clarify and make more specific this obligation. As an example, in the UK legal system “[t]he duty of care may be described as the concept which defines the categories of relationships in which the law may impose liability on a defendant in damages if he or she is shown to have acted carelessly. To show a duty of care, the claimant must show that the situation comes within an existing established category of cases where a duty of care has been held to exist. In novel situations, in order to show a duty of care, the claimant must satisfy a threefold test, establishing: that damage to the claimant was foreseeable; that the claimant was in an appropriate relationship of proximity to the defendant; that it is fair, just and reasonable to impose liability on the defendant. These criteria apply to claims against private persons as well as claims against public bodies”¹⁰.

Similar rules are codified in several other legal systems, including those of Australia, Belgium, France, Germany, The Netherlands and Spain¹¹. Much of this national legislation was adopted to implement the “1981 Occupational Safety and Health Convention”, the “1981 Occupational Safety and Health Recommendation No. 164”, as well as the more recent “ILO 2006 Convention 187, Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention”. According to this last Convention, States are specifically requested to “promote continuous improvement of occupational safety and health to prevent occupational injuries, diseases and deaths, by the development, in consultation with the most representative organizations of employers and workers, of a national policy, national system and national programme”¹².

⁷ See *Free Dictionary by Farlex*, available at legal-dictionary.thefreedictionary.com.

⁸ See more in the recent study by L. CLAUS, *Duty of Care of Employers for Protecting International Assignees, their Dependents and International Business Travelers*, International SOS, 2011, available at www.internationalsos.com.

⁹ *Ibidem*, p. 8

¹⁰ European Court of Human Rights, Judgment of 10 May 2001, *T.P. and K.M. v. The United Kingdom*, para 45.

¹¹ See more L. CLAUS, *op. cit.*, *passim*.

¹² In this connection, it seems worth mentioning as well both Article 7 of the 1966 UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (stating that “[t]he States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favorable conditions of work which ensure, in particular: (...) (b) Safe and healthy working conditions”) and Article 31(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (which clearly states that “[e]very worker has the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity”).

With reference to the well-known distinction between “obligation of results” and “obligation of means”, the “duty of care” must be classed amongst the latter, as it merely requires the adoption of a risk-minimizing attitude and a policy aimed at protecting others against reasonably foreseeable risks, and it does not require a guarantee of a specific final result.

On the other hand, the issue of the applicability of the “duty of care” to International Organizations was already addressed in the UN’s earliest years: in its “Resolution 258/III” of December 3, 1948, the UN General Assembly raised with great emphasis the urgency of the question of “the arrangements to be made by the United Nation with the view of ensuring to its agents the fullest measures of protection”. One year later, in a well-known “Advisory Opinion on reparation for injuries suffered in the service of the United Nations”, the International Court of Justice adopted a very clear-cut position on the obligations incumbent on IOs deploying personnel in dangerous areas: “[h]aving regard to its purposes and functions already referred to, the Organization may find it necessary, and has in fact found it necessary, to entrust its agents with important missions to be performed in disturbed parts of the world. Many missions, from their very nature, involve the agents in unusual dangers to which ordinary persons are not exposed (...) Both to ensure the efficient and independent performance of these missions and to afford effective support to its agents, the *Organization must provide them with adequate protection*. This need of protection for the agents of the Organization, as a condition of the performance of its functions, has already been realized, and the Preamble to the Resolution of December 3rd, 1948 (...), shows that this was the unanimous view of the General Assembly”¹³.

The UN decided therefore to address the whole issue in a more detailed manner in the “U.N. Staff Regulations”. In the most recent version of these rules, the “2009 Staff Regulations of the United Nations and provisional Staff Rule”¹⁴, the UN Secretary General is formally required to ensure, having regard to the circumstances, that all necessary safety and security arrangements are made for staff carrying out the responsibilities entrusted to them. The Staff Regulations reinforce the Principle 37 of the “Standards of Conduct in the International Civil Service”, updated in 2001 by the International Civil Service¹⁵, which the General Assembly noted with satisfaction in Resolution 56/244 and the Secretary-General appended to his bulletin ST/SGB/2002/13. According to this Principle “[w]hile an executive head must remain free to assign staff in accordance with the exigencies of the service, it is the responsibility of organizations to make sure that the health, well-being and lives of their staff, without any discrimination whatsoever, will not be subject to undue risk. *The organizations should take measures to protect their safety and that of their family members*. On the other

¹³ See *Reparation for injuries suffered in the service of the United Nations, Advisory Opinion of 11 April 1979, I.C.J. Reports*, 1949, p. 174 (emphasis added).

¹⁴ UN doc. ST/SGB/2009/7, 21 October 2009, available at www.un.org.

¹⁵ Available at icsc.un.org/.

hand, it goes without saying that it is incumbent on international civil servants to comply with all instructions designed to protect their safety”¹⁶.

Furthermore, in his commentary on the UN Staff Regulation Rules of 2002¹⁷, the UN Secretary-General clearly indicated that the obligation of the UN to ensure the safety and security of its staff can also be considered a “basic right of the staff”¹⁸. To fully enjoy this rights, however, the officers sent on mission in risky areas have a duty of loyalty and allegiance, which implies that they respect the instructions given by the employer and act in a cautious and prudent manner, avoiding exposure to unnecessary risks to themselves and the sending organization¹⁹. The employee also has an obligation to inform immediately and in a complete manner their employer about new and unexpected situations which might create additional risks to their mission. Not doing so could, depending on circumstances, represent a violation of their duty and prevent or make more difficult future legal action against the employer.

The EU commitment to the “duty of care” can be traced in several recent EU Council Joint Actions launching new EU Crisis Management Missions. For example, in the Council Joint Action 2008/124/CFSP of 4 February 2008 on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, EULEX Kosovo²⁰, it is clearly stated in Article 7 that “(...) 5. The Civilian Operation Commander shall have overall *responsibility for ensuring that the EU’s duty of care is properly discharged*”²¹.

An almost identical phrase was used in the Council Joint Action 2008/736/CFSP of 15 September 2008 on the European Union Monitoring Mission in Georgia²², while in previous missions no reference was made to this specific aspect²³. Reference to this “duty of care” incumbent on the EU when dealing with personnel deployed in the field is also regularly mentioned in various Calls for Contributions (CfC) issued by the EU in order to identify the Member States personnel to be deployed to given EU-led missions²⁴.

This trend must be considered in conjunction with an important EU Council document adopted on June 7, 2006 and entitled “Policy of the European Union on the security of personnel deployed outside the European Union in an operational capacity under Title V of the Treaty on European Union”. This document and the subsequent “Field Security Handbook for the protection of person-

¹⁶ Emphasis added.

¹⁷ UN doc. ST/SGB/2002/13, available at www.unops.org.

¹⁸ *Ibidem*, p. 15.

¹⁹ See more in the above-mentioned “Standards of Conduct for the International Civil”.

²⁰ OJEU L 42, 16 February 2008.

²¹ Emphasis added.

²² OJEU L 248, 17 September 2008.

²³ Council of the European Union, Brussels, 29 May 2006, doc. 9490/06.

²⁴ See for example the European Union First (1ST) Extraordinary Call for Contribution 2011, European Union Police Mission in Afghanistan (EUPOL Afghanistan), European Union Annex 1, available at www.consilium.europa.eu, in which it is stated that “[t]o ensure duty of care in a non-benign environment, selected personnel should, in principle, be under the normal age of retirement in EU Member/Contributing States” (emphasis added).

nel, assets, resources and information”²⁵, which was prepared by the General Secretariat of the Council in 2008 to make more specific the EU Council 2006 document, are very indicative of the increasing attention devoted by the EU Institutions to the issues at stake.

3. In view of the sensitive nature of the issue and the increasing number of field operations deployed in dangerous areas by the UN and regional organizations, several legal disputes have arisen between sending Institutions and their personnel for harm suffered while on mission. Many of these disputes have been submitted to the competent Administrative Tribunals of the UN which have recently been reformed²⁶ (the UN Dispute Tribunal and the UN Appeal Tribunal) and to the Administrative Tribunal of the ILO which has been responsible for hearing complaints from serving and former officials of the International Labour Office since 1947²⁷.

The judgments of these and other international administrative tribunals deserve attention as they offer a unique contribution to better define the precise scope and content of the “duty of care”. It has to be anticipated that this duty has very often been perceived by these Tribunals as an important component of a contractual obligation and sometimes as part of an extra-contractual obligation: the latter applies if the employer, although not violating any conventional rules, caused by his negligent or inappropriate behaviour, harm to the employee²⁸.

The first element identified by international jurisprudence as characterizing the “duty of care” is *the obligation incumbent on IOs to provide a working environment conducive to the health and safety of its staff members*. This obligation implies a proper and sound mission planning to take into proper account all potential risks.

In a seminal judgment addressing the death of a UN staff member while on mission for the UN, the UNAT, after having confirmed that the principle whereby the UN Administration is bound to provide a healthy and safe working environment, moved even further, stating that “even were such obligation not expressly spelled out in the Regulations and Rules, general principles of law would impose such an obligation, as would normally be expected of every employer. The United Nations, as an exemplary employer, should be held to higher standards and the Respondent is therefore expected to treat staff members with the respect

²⁵ GENERAL SECRETARIAT OF THE EU COUNCIL, *The Field Security Handbook for the protection of personnel, assets, resources and information*, Brussels, 2008.

²⁶ See more in A. REINISCH, C. KNAHR, *From the United Nations Administrative Tribunals to the United Nations Appeals Tribunals – Reform of the Administration of Justice System within the United Nations*, in *Max Planck Yearbook of the United Nations Law*, 2008, p. 447 ff.

²⁷ The Tribunal is also mandated to examine cases against other International Organizations that have recognized its jurisdiction: currently it is available to approximately 46,000 serving or former international civil servants of some sixty organizations.

²⁸ See EU Court of First Instance, Judgment of 8 July 2008, Case T-48/05, *Franchet and Byk v. Commission*, para 95 to 97; and Judgment of 10 December 2008, Case T-57/99, *Nardone v. Commission*, para 162.

they deserve, including the respect for their well being”²⁹. Moreover, in Judgment No. 1194 (2004), the former UN Administrative Tribunal, addressing an issue of job harassment, recognized that the Organization had a duty to “maintain a healthy working environment” which must be interpreted in an extensive manner to include protection of staff members’ physical and psychological integrity.

Although in these two cases, owing to the specific nature of the problem under investigation, seems to limit this obligation to the physical premises of the organization (mainly office space), several other judgments have extended the obligations related to the “duty of care” beyond office space to include the “outside environment” in which the employee is expected to carry out most of his duties. In this connection, an authoritative statement is to be found in the decision of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization *In re Grasshoff* (Nos. 1 and 2), Judgment No. 402 (1980). The Tribunal in this case examined how to balance the need to perform a given task and the need not to expose the personnel working in dangerous spots to abnormal risks. The Tribunal stated that “[i]t is a fundamental principle of every contract of employment that the employer will not require the employee to work in a place which he knows or ought to know to be unsafe (...). If there is doubt about the safety of a place of work, it is the duty of the employer to make the necessary inquiries and to arrive at a reasonable and careful judgment, and the employee is entitled to rely upon his judgment (...). This principle is to be applied with due regard to the nature of the employment. In some employments there are unavoidable risks. A doctor may have to risk infection and a soldier or a policeman to risk bombs. The question in each case is whether the risk is abnormal having regard to the nature of the employment”³⁰.

The Tribunal then developed its reasoning to address the problematic issue of how to decide whether a risk is “abnormal” in a given circumstance: although stating that it is not an exclusive criterion, the Tribunal suggests that a reasonable test might be to consider whether an insurance company could properly demand an additional premium for cover against the risk of injury³¹.

The EU Civil Service Tribunal developed further ideas on this subject in the *Missir Mamachi di Lusignano* case of May 11, 2011. This was an appalling incident which occurred in Morocco and raised great concern in the press and European public opinion³². The Tribunal, after a thorough examination of the

²⁹ UNDT/GVA/2010/039 (UNAT 1645), Judgment No. UNDT/2011/022/Corr.126, January 2011, *Edwards v. Secretary General of the U.N.*, available at www.un.org.

³⁰ Available at www.ilo.org.

³¹ *Ibidem*.

³² Alessandro Missir Mamachi di Lusignano, a senior EU officer, was posted to the Commission’s delegation in Rabat as political and diplomatic counsellor. During the night from 17 to 18 September 2006, a burglar entered his house by squeezing between the bars of a ground-floor window. Suddenly awakened by the presence of the burglar, Alessandro Missir Mamachi di Lusignano surprised the intruder, who was searching the room. The criminal then stabbed the official several times till he died from his wounds. The wife of Mr Missir Mamachi di Lusignano was stabbed in the back and died very quickly from her injuries. The murderer spared the children. He left the premises at about four in the morning taking with him various objects. By letter of 10 September 2008, the

events and of all relevant and available documents, stated that “[a]s regards safe working conditions for its staff, it cannot be disputed that the Commission, like any public or private employer, has a duty to act. The staff can rely on a right to working conditions that respect their health, safety and dignity, as recalled in Article 31(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (...). Moreover, it is clear both from general texts on the subject and from the case-law that *the Commission’s duty, as employer, to ensure the safety of its staff must be discharged with particular rigour and that the administration’s discretion in this area is reduced, although not eliminated*”³³.

However, the EU Civil Service Tribunal introduced a few limitations to reduce the scope of this obligation incumbent on EU Institutions: “[a]lthough this duty to ensure the safety of its staff is wide, it cannot go as far as to place an absolute duty on the institution to achieve the desired result. In particular, budgetary, administrative or technical constraints to which the administration is subject, and which sometimes make it difficult or impossible to implement urgent and necessary measures swiftly despite the efforts of the competent authorities, cannot be ignored. Moreover, the duty to ensure safety becomes delicate where the official concerned, unlike a worker in a fixed position in a set location, is required, as was the applicant’s son, to work in a third country and to assume a function comparable to a diplomatic function, exposed to a variety of risks that are less easy to identify and manage”³⁴.

Even the Court of Justice of the European Union had cause to acknowledge that an Institution had incurred liability by failing to fulfill its duty to ensure the safety of its staff. For example, the Court ordered an Institution to make amends for the consequences of an accident that occurred at a holiday camp for the children of its officials because it had failed to arrange adequate insurance or to inform the persons concerned of this fact³⁵ or to compensate an official injured while travelling on official business in a poorly maintained official vehicle driven by another official of the Institution³⁶.

An important contribution to better clarify the scope of this “duty of care” is offered by a judgment of the Asian Development Bank Administrative Tribunal in the 1995 *Barnes v. the ADB* case³⁷. The case is extremely interesting for our purposes: Mr. Barnes, ADB Assistant General Counsel, was killed on 7 January

father of the murdered officer, after long negotiations with the EU bodies, decided to submit a complaint to the EU Civil Service Tribunal in which he maintained that the Commission bore liability for wrongful acts on account of its failure to meet its obligation to protect its staff. He also claimed that the Commission bore liability even without fault owing to the harm caused by an omission.

³³ See European Union Civil Service Tribunal, Judgment of 12 May 2011, Case F-50/09, *Livio Missir Mamachi di Lusignano v. European Commission*, para 126 (emphasis added).

³⁴ *Ivi*, para 130.

³⁵ Judgment of 7 October 1982, Case 131/81, *Berti v. Commission*, para 23 and 24.

³⁶ Judgment of 8 October 1986, Joined Cases 169/83 and 136/84, *Leussink v. Commission*, para 15 to 17.

³⁷ Asian Development Bank, Administrative Tribunal Decision No. 5, *Barnes v. ADB*, 31 May 1995, available at www.adb.org.

1992 in the car park of the Bank as he was leaving the Bank to drive home at the end of his working day. His assailant was a security guard employed by a private security firm which the Bank had contracted for the provision of security services at the Bank's headquarters. The Tribunal stated first of all that "(...) as a matter of the general principles of the law of employment, the Bank owes to all members of its staff a contractual duty to exercise reasonable care to ensure their safety whilst on the Bank's premises. This is the same as saying that the Bank must not be negligent in constructing, equipping or maintaining its premises, or in making provision for the personal protection of its staff members on those premises against reasonably foreseeable risks"³⁸; and that "(...) an organization is not absolutely liable for injury suffered by a staff member in its service. But it necessarily follows from this that an organization is likewise not absolutely liable for injury suffered by a staff member on its premises. Rather, in both situations the obligation of the organization is only to take reasonable care"³⁹.

The Tribunal then emphasized the specific tasks the organization must fulfill in order to fully implement its obligation to exercise reasonable care to ensure the safety of its personnel. According to the Tribunal, the Bank "(...) can act only through those whom it employs, whether as servants, agents or independent contractors. In selecting such persons to perform the functions with which it is charged, the Bank must of course use reasonable care to choose those who are fully capable of performing the functions for which they are employed or retained. It must, moreover, ensure that all who perform these functions themselves exercise reasonable care in doing so".

The "duty of care", however, cannot be considered absolved only if the Bank uses reasonable care in the selection of its servants, agents or contractors. On this point, the Tribunal indicated clearly that, though the Bank is free to hire a contractor to provide a service within the Bank that it might otherwise itself perform directly through its own employees, the Bank must maintain sufficiently close supervision over the contractor to ensure that the latter uses reasonable care. In the firm opinion of the Tribunal, the employment of a contractor does not reduce the level of care to which the staff member is entitled under the contract of employment.

This decision of the Tribunal is a good example of the current trend in the international community to increase the responsibility of International Organizations. This trend inevitably implies an additional burden on the IOs, as they are required to address the issue of safety and security of their personnel in a much more comprehensive manner⁴⁰. On the basis of the existing case-law, one may conclude that Institutions deploying personnel in field operation face a specific duty to plan missions and deploy personnel with due consideration

³⁸ *Ivi*, para 21.

³⁹ *Ivi*, para 23.

⁴⁰ O. BEHN, M. KINGSTON, *Whose risk is it anyway? Linking operational risk thresholds and organisational risk management*, in *Humanitarian Exchange Magazine*, June 2010, available at www.odihpn.org.

for safety and security; to do whatever is possible to prevent and minimize any threat which could be reasonably expected; to have a sound security plan and strategy which has to be updated on a regular basis, according to the way the situation on the ground develops; and to have efficient, well organized emergency procedures to be activated whenever necessary.

A second component of the “duty of care” has been identified in *the obligation of the recruiting Institutions to provide adequate information* to their dependents about the potential dangers they might face in the mission they have been assigned to.

In his Commentary to the UN Staff Regulation Rules of 2002⁴¹, the UN Secretary-General took a clear position on this point, stating that “(...) since staff are subject to assignment, *measures should be taken to ensure that staff are properly advised, before departure*, of conditions prevailing at the duty station to which they are assigned”⁴².

In the 2008 Report of the Independent Panel on Safety and Security of UN Personnel and Premises Worldwide⁴³, it is clearly restated that “(...) personnel should understand, prior to their deployment, what risks they will face at a post, what the U.N. will do both to mitigate this risk in keeping with the goal of the U.N. security management system, and what compensation will be provided to the individual or his beneficiaries in the event of serious injury or death in the line of duty. It is the duty of managers to ensure this information is clearly provided, and regularly updated. Staff members and associated personnel must then decide on the basis of this information whether to accept deployment”.

Similar conclusions were reached by the EU Civil Staff Tribunal in the *Missir Mamachi di Lusignano* case, cited above, in which the Tribunal stated very clearly that “the Commission’s duty to ensure safety in such a situation implies (...), secondly that it should inform the staff involved of the risks that have been identified and check that the staff have received appropriate instructions on the risks to their safety”⁴⁴.

This obligation of the International Organizations to inform their staff about potential dangers and risks which might affect their lives corresponds to an almost identical obligation incumbent on European States and others. According to recent judgments of the ECHR⁴⁵, “[t]he obligation on the part of the State to safeguard the lives of those within its jurisdiction has been interpreted so as to include both substantive and procedural aspects, notably a positive obligation to take regulatory measures and to adequately inform the public about any life-threatening emergency (...)”.

⁴¹ UN doc. ST/SGB/2002/13, available at www.unops.org.

⁴² *Ivi*, p. 16 (emphasis added).

⁴³ See “Towards a Culture of Security and Accountability”, 9 June 2008, available at www.un.org.

⁴⁴ Para 132.

⁴⁵ European Court of Human Rights, *Budayeva and Other v. Russia*, Judgment of 20 March 2008. See in similar terms as well *Oeetyldiz v. Turkey*, Judgment of 30 November 2004.

A third component of the “duty of care”, although closely associated with the previous one, was identified by the ILO Administrative Tribunal in *the obligation of IOs to treat their staff with due consideration, to preserve their dignity and to avoid causing them unnecessary injury*⁴⁶.

In its recent Judgment No. 3024 of July 6, 2011, the ILO Administrative Tribunal declared that “the principle of good faith and the concomitant duty of care demand that international organisations treat their staff with due consideration in order to avoid causing them undue injury; an employer must consequently inform officials in advance of any action that may imperil their rights or harm their rightful interests (...)”⁴⁷.

A fourth component is related to *the obligation to have sound administrative procedures, to act in good faith and to have properly functioning internal investigation mechanisms* to address request and complaints by the employee within a reasonable time.

This aspect has been repeatedly emphasized by international case-law. In the opinion of the ILO Administrative Tribunal, by failing to conduct an inquiry to determine the validity of serious accusations, the Organization breaches “both its duty of care towards one of its staff members and its duty of good governance, thereby depriving the complainant of her right to be given an opportunity to prove her allegations”⁴⁸. It must be noted that, in various disputes between employers and employees, the latter have very often expressed their concern for the ineffective functioning of the administration or the delays in the examination of requests submitted to the employer. The ILO Administrative Tribunal clarified this issue in a judgment of 2004⁴⁹, in which it affirmed that “[i]n view of its duty of care towards its staff, an organisation must spare them the material and psychological drawbacks of endless procedures (...)”.

A fifth component has been perceived by international jurisprudence in *the duty of organizing and providing effective medical services to be offered to the staff should an emergency occur*.

The issue of guaranteeing effective and professional health provision, management and monitoring for its staff as an instrument to fulfill their “duty of care” has traditionally been a major challenge for all the International Organizations, especially for the United Nations⁵⁰.

In its Judgment No. 872, the ILO Administrative Tribunal confirmed that a staff member has “reason to expect that the organization for which [the staff member] volunteered to serve in a dangerous location had a duty to make extreme medical emergency decisions in a manner so as to provide [the staff

⁴⁶ See, for example, 109th Session, Judgment No. 2936, of 8 July 2010 available at www.ilo.org.

⁴⁷ 111th Session, Judgment No. 3024, of 6 July 2011.

⁴⁸ 110th Session, Judgment No. 2973, of 2 February 2011.

⁴⁹ Judgement No. 2345, consideration 1 c.

⁵⁰ See more on this in the “Review of the Medical Service in the United Nations System”, doc. JIU/REP/2011/1, available at www.unjustice.org.

member] the greatest opportunity to recover fully from any injury to [the staff member's] physical or mental health that resulted from that service"⁵¹.

In a recent decision, the UN Dispute Tribunal was even more clear on this point, stating that “[t]he duty of care encompasses that of securing prompt and adequate treatment for those serving in hazardous duty stations in the event of medical emergencies”⁵².

A sixth aspect of the “duty of care” is related to so-called “*diplomatic protection*”, which is a well-known instrument available for a State (and an International Organization, at least under certain circumstances), to take diplomatic and other actions against another State on behalf of its national/officer whose rights and interests have been violated by the other State (in our case most probably the State hosting the mission).

Although, according to international practice and rules, diplomatic protection is merely a discretionary right of a State/International Organization, it is the opinion of the present author that whenever the violation of the rights of the citizens/officers concerns a person working in an international mission on behalf of the sending Institution, this Institution should seriously consider using the tools available in the framework of diplomatic protection. Only in doing so would the sending State/IO fulfill the “duty of care” it owes towards its citizen/officer, provided, obviously, that the person is suffering a violation of his/her rights and that there are no valid and credible arguments presented by the State/IO not to do so⁵³.

This conclusion is based on the fact that IOs as well as States, on the basis of the “duty of care” towards their personnel sent on mission, must do whatever is reasonably possible to protect them: unless there are exceptional circumstances, the denial of the diplomatic protection could amount to a clear violation of this duty. These conclusions are in line with an important judgment of the ILO Administrative Tribunal in which, making reference to “a general principle concerning the rights of the international civil service” already laid down by the ICJ⁵⁴, the Tribunal concluded with the statement that “*it is the duty of ILO to protect and assist its officials in the performance of their functions or in connection therewith*”⁵⁵.

⁵¹ Former UN Administrative Tribunal Judgments No. 872, Hjelmqvist (1998).

⁵² See *Mc Kay*, UNDT, 2012/018, para 43.

⁵³ See more in P. SZCZEKALLA, *Die Pflicht der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten zum diplomatischen und konsularischen Schutz*, in *Europarecht*, 1999, p. 325 ff.; G. PORZIO, *Consular Assistance and Protection: An EU Perspective*, in *The Hague Journal of Diplomacy*, 2008, p. 93 ff.; M. LINDSTRÖM, *Consular Cooperation in Crisis Situations*, in S. OLSSON (ed.), *Crisis Management in the European Union*, Berlin-Heidelberg, 2009, p. 109 ff.; S. BATTINI, *The impact of EU Law and Globalization on Consular Assistance and Diplomatic Protection*, in E. CHITI, B. G. MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Berlin-Heidelberg, 2011, p. 173-186.

⁵⁴ International Court of Justice, *Reparation for Injuries Suffered*, above cited.

⁵⁵ ILO Administrative Tribunal, 12th Session, Judgment No. 70, of 11 September 1964, para 3 (emphasis added).

A seventh component of the “duty of care” has been identified by international jurisprudence in *the need to provide adequate training to personnel for the task they have to perform*. In a significant judgment, the ILO Administrative Tribunal formally stated that “an international organisation owes to its staff a duty of fair treatment, protection of the employees’ due reputation and *the provision of adequate training for the tasks which they are required to carry out*”⁵⁶.

A similar concept was developed by the EU Civil Service Tribunal in the *Missir Mamachi di Lusignano* case. During the proceedings, the issue of the importance of attending a specific training session on security was examined, and the Tribunal clearly indicated that “the official’s absence from pre-posting training sessions on security undoubtedly constitutes negligence on his part”⁵⁷. According to the Tribunal, training is therefore an important component of the “duty of care”.

In conclusion, it is the firm opinion of the present author that both International Organizations and States bear a “duty of care”, despite dissenting opinions (which are more based on formal aspects than on substance)⁵⁸. Such a conclusion is based on the relevant documents and practice of the UN (although the expression “duty of care” is used only recently in official documents) and of other International Organizations, and is further supported by the significant case-law commented on in this paragraph. Considering the relevant documents and practices examined so far, this “duty of care” presents many facets and imposes several distinct obligations on IOs and States.

4. The obligation to protect persons and prevent risks in performing the duties they have been assigned can be related not only to the concept of “duty of care”, but also to established and more traditional international rules. Among the latter are rules requiring States (and International Organizations, where applicable) not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction/control. The applicable rules are Article 6 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights and, in the European context, Article 2 of the 1950 European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. International case-law, especially the judgments of the European Court of Human Rights, has

⁵⁶ 98th Session, Judgment No. 2417, of 5 November 2004, para 25 (emphasis added).

⁵⁷ Para 186. The Tribunal reached the conclusion that in the case under consideration the statement has to be attenuated considering that it was unclear from the invitations to attend these sessions if that participation was “an essential official obligation before posting to a delegation”, and that it was possible to post the applicant’s son to Morocco without him having undergone that training.

⁵⁸ See for example E. P. FLAHERTY, *U.N. Agency Duty of Care & Legal Liability*, available at www.unjustice.org. According to this author, “a review of the U.N.’s constituent documents and even the case-law of the two main U.N. administrative Tribunals fails to find a clear and single, definitive statement of the duty of care of U.N. Agencies”: notwithstanding this, the author concludes stating that “it is certain that such a standard exists, albeit in a more muted and apparently ad hoc state, at least for U.N. staff members”.

contributed a great deal to clarifying the scope of application of this essential rule, at least as far as the obligations of the States are concerned.

In the well-known case *Osman v. The United Kingdom*⁵⁹, the European Court reiterated its previous interpretation according to which “Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk. In the opinion of the Court, where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life in the context of their above-mentioned duty to prevent and suppress offences against the person, it must be established that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual”. In the Court’s opinion, bearing in mind the nature of the right protected by Article 2, “it is sufficient for an applicant to show that the authorities did not do all that could be reasonably expected of them to avoid a real and immediate risk to life of which they have or ought to have knowledge”.

Both in *Budayeva*⁶⁰ and *Öneryıldız*⁶¹ cases, claims of this nature were rejected by national courts, which argued that the causes of death could not have been foreseen or prevented, as they were natural and the state could not be held responsible. However, in both cases, the European Court of Human Rights found that States which had actions brought against them in the Court were responsible for violation of their duty to protect life, having failed to take appropriate preventive measures. The Court affirmed that the right to life “does not solely concern deaths resulting from the use of force by agent of the State but also (...) lays down a positive obligation on States to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction”⁶².

According to the Court, a causal link exists between national authorities’ actions or omissions and the deaths of the victims. In the Court’s words, deaths occurred “because the authorities neglected their duty to take preventive measures when a natural hazard had been clearly identifiable and effective means to mitigate the risk were available to them”.

The conclusions of the European Court are extremely interesting and contribute to a better definition of the content and the scope of the obligation of States to protect the life of the persons under their jurisdiction. The applicability of this conclusions to situations involving International Organizations is less clear and has not yet been examined in a detailed manner by relevant International Tribunals⁶³.

⁵⁹ Judgment of 28 October 1998, 87/1997/871/1083.

⁶⁰ See the *Budayeva* case, cited above.

⁶¹ *Öneryıldız v. Turkey*, Judgment, of 30 November 2004.

⁶² *Budayeva v. Russia*, cited above, para 128-129. See B. NICOLETTI, *The Prevention of Natural and Man-made Disasters. What Duties for States?*, in A. DE GUTTRY, M. GESTRI, G. VENTURINI (eds.), *International Disaster Response Law*, The Hague, 2012.

⁶³ The ILO Administrative Tribunal in case 2662 of 11 July 2007, stated, for example, that the 1950 European Convention is not applicable to International Organizations (para 12): however, the Tribunal did not explain the legal basis of this statement.

It is worth recalling that this obligation applies not only within the territory of a given State party to a given human rights treaty but, under certain circumstances, to State organs acting outside national borders as well. The issue at stake is very sensitive, as it concerns the problem of the so-called extraterritorial application of human rights conventions. In recent times, these problems have been addressed both by the International Court of Justice in its Advisory Opinion on the *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*⁶⁴, and by the European Court of Human Rights.

The ICJ considered specifically the question whether the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights was capable of being applied outside the State's national territory. The Court observed that, while the jurisdiction of States is primarily territorial, it may sometimes be exercised outside the national territory. Considering the object and purpose of the International Covenant on Civil and Political Rights, the Court expressed the opinion that "it would seem natural that, even when such is the case, States parties to the Covenant should be bound to comply with its provisions".⁶⁵ In conclusion, the ICJ considered that "the International Covenant on Civil and Political Rights may be applicable in respect of acts done by a State in the exercise of its jurisdiction outside its own territory".

Similar conclusions were reached as well by the European Court of Human Rights. That Court made reference to Article 1 of the 1950 Rome Convention, according to which "[t]he High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of [the] Convention", and stated, at the outset, that "jurisdiction" under Article 1 is a threshold criterion and that the exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention"⁶⁶.

The Court, in its judgment, recognised a number of exceptional circumstances capable of giving rise to the exercise of jurisdiction by a Contracting State outside its own territorial boundaries. In each case, the question whether exceptional circumstances exist must be determined with reference to the particular facts⁶⁷. According to the Court, one of these circumstances is when, through the consent, invitation or acquiescence of the Government of that terri-

⁶⁴ *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, *I. C. J. Reports*, 2004, p. 136.

⁶⁵ *Ibidem*, para 109. According to the ICJ there is a constant practice of the Human Rights Committee consistent with this. "Thus, the Committee has found the Covenant applicable where the State exercises its jurisdiction on foreign territory. It has ruled on the legality of acts by Uruguay in cases of arrests carried out by Uruguayan agents in Brazil or Argentina (case No. 52/79, *Lopez Burgos v. Uruguay*; case No. 56/79, *Lilian Celiherti de Cusariego v. Uruguay*). It decided to the same effect in the case of the confiscation of a passport by a Uruguayan consulate in Germany (case No. 106181, *Montero v. Uruguay*)" (para 110).

⁶⁶ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia*, Judgment (Grand Chamber) of 8 July 2004, para 311.

⁶⁷ *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Judgment of 7 July 2011, para 132.

tory, a State exercises all or some of the public powers normally to be exercised by that Government⁶⁸. Thus where, in accordance with custom, treaty or other agreement, authorities of the Contracting State carry out executive or judicial functions in or within the territory of another State, the Contracting State may be responsible for breaches of the Convention thereby incurred, provided that the acts in question are attributable to it rather than to the territorial State⁶⁹.

Finally the Court stated that “it is clear that, whenever the State through its agents exercises control and authority over an individual, and thus jurisdiction, the State is under an obligation under Article 1 to secure to that individual the rights and freedoms under Section 1 of the Convention that are relevant to the situation of that individual. In this sense, therefore, the Convention rights can be ‘divided and tailored’”⁷⁰.

This conclusion is very important to our concerns, considering that the cases under scrutiny are those involving personnel sent abroad to perform their jobs in international field operations. Considering that the judgment which has been quoted refers mainly to the behavior of States, it remains dubious whether these conclusions are also entirely applicable to International Organizations, at least as far as they are not party to the relevant Conventions. In the specific case of the EU, however, it has to be emphasized that, with the adoption of the Nice Charter of Fundamental Rights of the EU, the European Union formally recognized its obligation to respect the rights, freedoms and principles laid down in the same Charter (including the right to life, the right to the integrity of the person and the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity). Therefore, the obligation to protect life, which was formerly attributed only to the States, must now be considered applicable to the EU as well⁷¹.

This allows us to draw the conclusions that, under general international law, both States and IOs are bound to respect the rights to life, integrity and healthy working conditions of the employees they send on mission.

5. A well known and widely accepted principle that applies to IOs is that “[e]very internationally wrongful act of an international organization entails the international responsibility of that organization”⁷². An almost identical principle

⁶⁸ See more on this E. ROXSTROM, M. GIBNEY, T. EINARSEN, *The NATO Bombing Case (Bankovic et Al. v. Belgium et Al.) and the Limits of Western Human Rights Protection*, in *Boston University International Law Journal*, 2005, p. 55.

⁶⁹ See *Drozd and Janousek v. France and Spain*, Judgement of 26 June 1992; *Gentilhomme and Others v. France*, Judgment of 14 May 2002; and *X and Y v. Switzerland*, Commission’s admissibility decision of 14 July 1977, p. 57.

⁷⁰ See *Al-Skeini and Others* case, cited above, para 75.

⁷¹ In the *Missir Mamachi di Lusignano* case, cited above, para 126, the EU Civil Service Tribunal clearly stated the EU staff can rely “on a rights to working conditions that respect their health, safety and dignity as recalled in Article 31(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union”.

⁷² Article 3 of the Draft articles on the responsibility of international organizations, adopted by the International Law Commission (ILC) at its Sixty-Third Session, in 2011, and submitted to the

applies to States. According to the International Law Commission (ILC), an internationally wrongful act of an International Organization consists of an action or omission which is attributable to that organization under international law and constitutes a breach of an international obligation of that organization⁷³.

The ILC spelled out the consequences of such a wrongful act. They can be summarized under these headings: the continued duty of performance (Article 29); the obligation (a) to cease that act, if it is continuing, and (b) to offer appropriate assurances and guarantees of non-repetition, if circumstances so require (Article 30); and finally the obligation to make full reparation⁷⁴ for the injury⁷⁵ caused by the internationally wrongful act (Article 31). The important findings of the ILC are based on fairly consistent judgments of relevant international tribunals.

A few important pronouncements of International Tribunals make as well specific reference to the consequences of the violation of the “duty of care” principle. In the case already mentioned *In re Grasshoff*⁷⁶, the ILO Administrative Tribunal stated that “[i]t is sufficient to say that, if [the staff member] accepts the order [to work in an unsafe place] (...) and the employer has failed to exercise due skill and care in arriving at his judgment, the [staff member] is, subject to any contrary provision in the contract, *entitled to be indemnified in full against the consequences of the misjudgment*”⁷⁷.

In a more recent sentence, the same Tribunal went even further and quantified the compensation to be paid to the victims: “[t]he Organization’s serious breaches of the principle of good faith and of the duty of care owed to a member of its staff, as well as the injury to the complainant’s dignity and the breach of the principle of equal treatment, have also caused the complainant substantial moral injury. In view of the circumstances of the case, the Tribunal is of the opinion that the compensation due to the complainant for this injury may be fairly assessed at 25,000 euros”⁷⁸.

On the basis of these references, the consequences of the violation of this duty are quite clear, but an additional issue which deserves attention is the identification of the bearer of this responsibility: is it the IO (the EU, in our case) or the State whose citizens suffered the negative consequences of the violation of this principle? The issue is extremely sensitive, as the way it is dealt with has an immediate and inevitable impact on another delicate issue, such as the attribu-

General Assembly as a part of the ILC Report covering the work of that session (A/66/10, para 87), available at untreaty.un.org.

⁷³ *Ibidem*, Article 4.

⁷⁴ According to Article 34 of the ILC Report, full reparation for injury caused by an internationally wrongful act shall take the form of “restitution, compensation and satisfaction, either singly or in combination, in accordance with the provisions of this Chapter”.

⁷⁵ Article 31, para 2, further clarifies the notion of injury which includes “any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful act of an international organization”.

⁷⁶ Cited above.

⁷⁷ Emphasis added.

⁷⁸ 108th Session, Judgment No. 2907, of 3 February, 2010, para 27.

tion of conduct and responsibility for internationally wrongful acts in the context of international operations.

According to the present author, the solution, which sometimes might appear controversial, is based on the assumption that, in the absence of specific arrangements, it is the body which recruited and/or sent the given person on a mission which bears the responsibility to protect him/her, provided that it exercises “full control” over him/her⁷⁹. In almost all EU Joint Actions establishing various field operations there are specific rules for dealing with claims presented by seconded personnel: “2. The State or Community institution having seconded a staff member shall be responsible for dealing with any complaints linked to the secondment, from or concerning the staff member”⁸⁰.

Although it might sound surprising, owing to the fact that the personnel usually carries out its duty under the authority of the EU mission leadership, the wording of these rules is clear enough and does not require any additional comment. The only issue which remains open is the one related to contracted personnel (i.e. free-lance personnel recruited by EU Institutions/Missions or by Member States to serve for a specific time in a given mission). In such a case, the rule should be the same. This means that the “duty of care” will be borne by the body which recruits contracted personnel, be it the EU Institutions/Mission or a Member State.

It must be however pointed out that IOs enjoy wide immunity from actions in national tribunals. An injured party recruited by an International Organization can only assert his rights in an *ad hoc* internal tribunal of the relevant IO (such as the UN Dispute Tribunal, the UN Appeal Tribunal, the Administrative Tribunal of ILO, the EU Civil Service Tribunal etc.). It is worth remembering,

⁷⁹ The UN Secretary General, in his Report on Financing of UN PKOs (A/51/389) stated that in the absence of formal arrangements “responsibility would be determined in each and every case according to the *degree of effective control*” (emphasis added). The European Court of Human Rights, in the *Behrami* case of 2007, makes reference to the similar but not equivalent notion of “ultimate authority and control”. The test of the “effective control” has been used, instead, by the Dutch Court of Appeal in The Hague (*Nuhanovic v. The Netherlands and Mustafic-Mujic et al. v. The Netherlands*, available at zoeken.rechtspraak.nl).

⁸⁰ Article 13, para 2, of the Council Joint Action 2007/405/CFSP of 12 June 2007 on the European Union police mission undertaken in the context of reform of the security sector (SSR) and its interface with the justice system in the Democratic Republic of the Congo, *OJEU* L 151, 13 June 2007. Almost identical rules are included in Council Joint Action of 11 March 2002 on the European Union Police Mission, *OJEU* L 70, 13 March 2002 (Article 11, para 2); Council Joint Action 2005/190/CFSP of 7 March 2005 on the European Union Integrated Rule of Law Mission for Iraq, *EJUST LEX*, *OJEU* L 62, 9 March 2005 (Article 8.2); Council Joint Action 2005/797/CFSP of 14 November 2005 on the European Union Police Mission for the Palestinian Territories, *OJEU* L 300, 17 November 2005 (Article 9.2); Council Joint Action 2005/889/CFSP of 12 December 2005 on establishing a European Union Border Assistance Mission for the Rafah Crossing Point, *OJEU* L 347, 14 December 2005 (art. 8.2); Council Joint Action 2008/124/CFSP of 4 February 2008 on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo, *OJEU* L 42, 16 February 2008 (Article 8.2); and Council Joint Action 2007/369/CFSP of 30 May 2007 on establishment of the European Union Police Mission in Afghanistan, *OJEU* L 139, 31 May 2007 (Article 8.2).

however, that the International Court of Justice, in its Advisory Opinion on “Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights” clearly stated that “[t]he question of immunity from legal process is distinct from the issue of compensation for any damages incurred as a result of acts performed by the United Nations or by its agents acting in their official capacity. The United Nations may be required to bear responsibility for the damage arising from such acts”⁸¹.

6. It now seems important to examine what the EU Institutions have done so far to fulfil their obligations relating to the “duty of care” towards personnel sent on international missions.

A preliminary observation seems important in this connection. In the EU system, and especially after the Lisbon Treaty, the “duty of care” impacts on two different settings which are not always regulated by the same rules: the new European External Action Service (introduced by Article 23, para 3, TEU) and the CSDP Missions (regulated in Articles 42 and 43 TEU).

This distinction must be kept in mind, as the rules regulating the different categories of personnel interested are not always the same. As an example, the EU Council document cited above, adopted on 7 June 2006 and entitled “Policy of the European Union on the security of personnel deployed outside the European Union” is applicable only to “both crisis management operations, which encompass any operation, mission or action, including preparatory missions, conducted under Title V of the TEU involving the deployment of personnel outside the European Union, and the deployment of European Union Special Representatives (EUSRs) and personnel under their authority outside the European Union”. On the other hand, the “Basic Security Rules for EEAS” published/promulgated on 15 June 2011 are relevant only for EEAS personnel. Notwithstanding this, the present author, considering that the “duty of care” principle is mentioned more and more often in official EU documents referring to both categories⁸², is firmly convinced that the distinction between the two categories seems more and more artificial nowadays as far as the “duty of care” is concerned.

Considering the sensitive nature of the issue, it has to be mentioned that the ideas developed in this paragraph may not be entirely accurate and are certainly partially influenced by the fact that several EU documents are classified and therefore not available for consultation. Notwithstanding this, a certain number of inferences may be drawn from the mere fact that at least it has been possible, mainly thanks to the judgments of EU Tribunals, to obtain information about the

⁸¹ *I.C.J. Reports*, 1999, para 66.

⁸² The references to the “duty of care” principle in CSDP missions have been quoted repeatedly in the previous paragraphs. As for the EEAS, we might just remind that in its Report to the European Parliament, the Council and the Commission, 22nd December 2011, the High Representative has made clear that “security is a priority for the EEAS, including *in particular the duty of care for staff*” (emphasis added). “Duty of care” is used, as well, in the already cited 2008 “EU Field Security Handbook for the protection of personnel, assets, resources and information”.

existence of a certain number of documents regulating various aspects which are relevant in this connection.

As for *the obligation to provide a safe (as far as possible) working environment* which implies a sound mission planning to take into consideration all potential risks, it is important to note the Council Directive 89/391/EEC of 12 June 1989 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work⁸³. The measures provided in the Directive require Member States to adopt the necessary legal and operational measures in order to eliminate the risk factors for occupational diseases and accidents on one hand, and to encourage improvements in the safety and health of workers at work on the other. To that end, it contains general principles concerning the prevention of occupational risks, the protection of safety and health, the elimination of risk and accident factors, the informing, consultation, and training of workers and their representatives, as well as general guidelines for their implementation. These measures apply to all sectors of activity, both public and private, with the exception of certain specific activities in the public (e.g. army, police, etc.) and civil protection services.

Notwithstanding this restriction, the Directive's importance lies in specifying general guidelines and principles to be respected by the employer in whatever situation. This is emphasized in the same Directive where it is clearly stated that, if the Directive should be inapplicable owing to the specific nature of the activities performed by the employees (army, police, civil protection), "the safety and health of workers must be ensured as far as possible in the light of the objectives of this Directive"⁸⁴. The rules contained in this Directive are of great importance, as they provide a general framework for all the employers/employees relations including those between the EU Institutions and their employees wherever this working relations takes place (i.e. both in Brussels and in other countries): this is confirmed by relevant judgments and by the practice of the EU Institutions⁸⁵.

Having clarified this aspect, it is now necessary to ascertain whether these rules apply only to the physical premises of the EU mission in the hosting coun-

⁸³ OJEU L 183, 29 June 1989. The Directive was later amended through Regulation (EC) No. 1882/2003 (OJEU L 284, 31 October 2003), Directive No. 2007/30/EC (OJEU L 165, 27 June 2007) and Regulation (EC) No. 1137/2008 (OJEU L 311, 21 November 2008).

⁸⁴ Article 2, para 2, of the Directive.

⁸⁵ This seems also to be the understanding of the jurisprudence of the EU Civil Service Tribunal. In the recent *Missir Mamachi di Lusignano* case, the Tribunal affirmed that it is clear from several EU directives, and in particular from Directive 89/391, "that the employer is required to ensure the safety and health of its staff in *every aspect related to the work*" (emphasis added). Moreover, according to the Tribunal, in its role as custodian of the Treaties "the Commission is obliged to interpret strictly the duties thus placed on employers" (see the judgment of 14 June 2007, Case C-127/05, *Commission v. United Kingdom*). Furthermore, the Commission's adoption of the decision of 26 April 2006 confirms that the institution drew the necessary conclusions from Article 1e (2) of the Staff Regulations, basing itself on the rules applicable in the Member States under Directive 89/391.

try or, in more general terms, to the working environment in which the officer is required to perform his/her duties while assigned to a mission. The answer to this question seems to be that the basic principles inspiring the Directive also apply, as far as possible and reasonable, to the external environment in which the officer is required to perform his duties. In this connection, the “Staff Regulations of Officials of the European Communities”⁸⁶ must be mentioned. According to Article 1(2) of these Regulations, “[o]fficials in active employment shall be accorded working conditions complying with appropriate health and safety standards at least equivalent to the minimum requirements applicable under measures adopted in these areas pursuant to the Treaties”.

Furthermore, on 26 April 2006 the Commission adopted a Decision establishing a uniform policy for health and safety at work for all Commission staff⁸⁷, with the purpose of protecting Commission staff in all its services, i.e. not only in the Commission’s headquarters, but throughout all its sites, both within and outside the Union. Although, formally speaking, the decision applies “in all Commission workplaces”⁸⁸ and therefore seems limited to the buildings in which the workplace is located and surrounding areas, the present author has already expressed the opinion that, considering the specific nature and characteristics of the work to be performed by an officer assigned to a EU mission, the general principles contained in this decision must be applied, as far as reasonably possible, to protect the employee wherever he/she carries out his/her duties⁸⁹.

The precise meaning of this duty was summarized recently by the EU Civil Service Tribunal in the *Missir Mamachi di Lusignano* case, where the Tribunal expressed its firm opinion that “(...) in the light of the main rules laid down in Directive 89/391 (...) the Commission’s duty to ensure safety in such a situation implies, first, that the institution must assess the risks to which its staff is exposed and take integrated preventive measures at all levels of the service, secondly that it should inform the staff involved of the risks that have been identified and check that the staff have received appropriate instructions on the risks to their safety, and finally that it should take appropriate protection measures and establish the organization and means it considers necessary”⁹⁰.

Considering the specific security problems of the buildings in third countries in which accommodation is provided for the staff of the Commission’s

⁸⁶ Available at http://ec.europa.eu/civil_service/docs/toc100_en.pdf.

⁸⁷ The document was submitted to the College of Commissioners for approval at its meeting on 26 April 2006.

⁸⁸ Article 2(a) defines the Commission workplaces as the places “intended to house workstations on the premises of the Commission and any other place within the area of these premises to which the Staff has access in the course of their work”.

⁸⁹ This is, however, not the opinion of the Commission, which in the *Missir Mamachi di Lusignano* case clearly stated that “[t]he Commission considered that Directive 89/391 related only to the place of work of employees and that it could therefore not be relevant to the present case, which related to the security of the official’s private accommodation” (para 41).

⁹⁰ Para 132.

delegations, the EU Commission decided, in 2006, to adopt additional detailed security rules very much focused on technical aspects related to the active and passive protection of the buildings⁹¹. According to an answer given by the then Commissioner Ferrero–Waldner to a parliamentary question presented to the Commission by Paul Marie Couteaux on the murder of Mr. Missir Mamachi di Lusignano and his wife, these measures are quite sophisticated and include “[d]es mesures standard de sécurité/protection physiques et électroniques (boutons anti-paniques reliés à U.N. dispositif d’intervention rapide en cas d’alarme, points d’accès, points d’ancrage des barreaux, éclairages extérieurs afin d’éviter toute zone d’ombre dans les parcelles) sont préconisées et d’application pour les logements des expatriés affecté dans les délégations extérieures. A ces mesures standard, des mesures complémentaires de sécurité/protection peuvent être préconisées en fonction des risques de sécurité/ponctuels (gardiennage, protection rapprochée expatriée ou locale, véhicules blindée, réseaux de radiocommunications, zone de sécurité à l’intérieur des logements)”⁹².

The issue of security and safety of the environment in which the mission members are required to carry out their duties is usually given high consideration in the planning of the mission, as can be inferred from the various EU official documents, but especially from the EU Council document adopted on 7 June 2006, and the subsequent “Field Security Handbook for the protection of personnel, assets, resources and information”⁹³.

This document largely codifies and builds on existing practice. Its key importance is due to the fact that it gives extremely clear and detailed indications on how to ensure a comprehensive and integrated approach between all levels involved in the planning phase of a new mission while taking all reasonably practicable measures to do so at an acceptable level of risk commensurate with the situation at hand, the objectives of the European Union and the best interests of the personnel. It defines the core measures, roles, responsibilities and core tasks with regard to the security and safety of personnel in such deployments with the aim of ensuring a comprehensive and integrated approach by all levels involved in the conduct of crisis management operations, while taking all reasonably practicable measures to do so at an acceptable level of risk commensurate with the situation at hand, the objectives of the European Union and the best interests of the personnel involved.

⁹¹ See “Document on Standards and Criteria”, 2006 edition (N&C, 2006 edition/DS3/A.W): this document is strictly confidential. The existence of this document was confirmed by the EU Civil Service Tribunal in the *Missir Mamachi di Lusignano* case. According to the applicant, who was given the authorization by the Tribunal to consult the document at the Registry of the Tribunal, this document clearly “showed that the Commission had a duty to ensure security, including that of the temporary accommodation of staff posted to Morocco, and that the measures which the Commission was required to take included, in particular, permanent professional protection by a specialized company” (para 48).

⁹² The Commissioner Ferrero-Waldner’s answer, P-3367/2007 is available at www.europarl.europa.eu.

⁹³ Cited above.

To this end, the document clarifies the respective roles and tasks when preparing and conducting operations and deployments in the field. Paragraphs 40 and 41 of the Document seem to be particularly relevant to our discussion: “40. The Head of Mission will take all reasonably practicable measures, in conformity with his or her mandate and the security situation in the area of operation, for the security of personnel under his or her authority. 41. In this regard, the Head of Mission will: (...) include security as part of the mission induction training, in accordance with guidelines on a core curriculum provided by the General Secretariat of the Council, to be received by all members deployed in the crisis management operation before or upon arriving in the mission area of operations (...)”⁹⁴. The general framework provided by this document is instrumental for the implementation of the duty of care through a proper planning of the mission⁹⁵.

Finally, one has to highlight the importance of the recent decisions of the High Representative to adopt, on 15 June 2011, the “Basic Security Rules for EEAS” and to create within the EEAS a Security Directorate, which cooperates very closely with the relevant services in the Council Secretariat and the Commission, as well as an EEAS Security Committee⁹⁶.

Considering the initiatives undertaken by the EU, one may conclude that the EU has most probably adopted an appropriate policy for the protection of official premises and the residences of officers and is carrying out serious efforts to identify and to minimize potential risks that personnel might face working in the field. It will be crucial to check whether all these policies are being fully implemented in the various missions. Should an unfortunate event occur, this is something which will most probably be evaluated on a case-by-case analysis, only *ex post*, and by a third party (such as the EU Civil Service Tribunal).

The obligation to inform about specific problematic issues in the working environment: at this regard, it has to be observed that in most of the Calls for

⁹⁴ Council of the EU, doc. 9490/06, 29 May 2006, available at www.eulex-kosovo.eu.

⁹⁵ Para 18 of this decision requests the Mission to put in place adequate protection measures which should include: (a) decisions on the visibility of the mission as well as its distinctiveness, as appropriate, from other actors in the same theatre of operation; (b) the conclusion, whenever possible, of arrangements granting a protected status to deployed personnel, including privileges and immunities (e.g. in a status of forces or a status of mission agreement) and the provision of acceptable security measures by the host State; (c) the application of a mission-specific security plan. For civilian operations and EUSR teams, this plan will be issued respectively by the Head of Mission or the EUSR based on generic field security operating standards produced by the General Secretariat of the Council. For military operations, the plan will be issued by the Force Commander; (d) the establishment of a system for the management of movement of personnel to, as well as within, the crisis area; (e) the establishment of appropriate medical care measures, including medical evacuation, for personnel deployed in the field; (f) adequate training of personnel in field security; (g) the development of resources such as security guidelines and handbooks; (h) ensuring that appropriate insurance coverage is provided for personnel deployed in the field; and, (i) ensuring the protection of EU classified information in accordance with Council Decision 2001/264/EC.

⁹⁶ See more on this in the Report by the High Representative to the European Parliament, the Council and the Commission, 22 December 2011, available at eeas.europa.eu.

Contribution as well as in the Job Description forms,⁹⁷ the EU does not provide in a regular and consistent manner specific information about the potential sources of risks for safety and security of the personnel to be recruited. Sometimes, this information is extremely generic and very often provided only at a later stage to the short-listed candidates or during the mission induction training after the arrival of selected personnel at their duty station. This is undoubtedly an area where improvements are possible and desirable in order to provide clearer and more detailed information about the specific threats and risks of each mission and allow the personnel to be better equipped to prevent and deal with them.

As for *the obligation of the EU to treat its staff with due consideration, to preserve their dignity and to avoid causing them unnecessary injury and to have sound administrative procedures, to act in good faith and to have proper functioning internal investigation mechanism*, one may assert that the EU has repeatedly acted in a manner consistent with this obligation.

This can be confirmed by the behaviour of the European Institutions after the terrible crimes suffered by the family of Mr. Missir Mamachi di Lusignano. The European Commission quickly took measures aimed at reducing their sufferings, such as: immediately sending security experts to the place in which the event happened in order to better ascertain the facts; bringing independent action for damages in the Moroccan courts; making immediately the payment due under the first paragraph of Article 70 of the Staff Regulations; paying to the children and heirs of the deceased official a significant amount of money; granting to the four children entitlement to the orphans' pension, granting the deceased official a posthumous promotion to grade A11, first step, with retroactive effect; granting each of the children an *ex gratia* monthly benefit on social grounds equal to a dependent child allowance, payable until they reached the age of 19 years; organizing on September 18, 2007, the anniversary of the double murder of Mr and Mrs Missir Mamachi di Lusignano, a ceremony in Brussels to commemorate the deceased; dedicating a meeting room to the memory of the deceased official and unveiling a plaque bearing his name.

In the case of personnel deployed outside the EU in an operational capacity under Title V of the TEU, one must refer to the detailed rules contained in the cited EU Council decision of June 7, 2006, which creates a mechanism for reporting serious security incidents to the General Secretariat of the Council and includes procedures for effective preparation of political decision-making in emergency situations and a policy for procedures for personnel recovery. Looking to all these activities, it is possible to reach the conclusion that the EU Institutions did their best to preserve the dignity of their officers and to implement sound administrative procedures guaranteeing that their specific needs are properly and promptly met.

⁹⁷ See for example the 2012 job description form for EULEX Kosovo Mission available at www.consilium.europa.eu.

As to the duty of organizing and providing effective medical services to be offered to the staff should an emergency occur, it should be noted that the Staff Regulations⁹⁸ and the Rules on Insurance against the Risk of Accident and of Occupational Disease constitute the broader legal framework within which the EU Institutions address these issues. Furthermore the EU Institutions usually pay for an insurance policy with a major international cross-border health insurance company. This policy usually includes worldwide coverage and physician-directed access to local doctors and hospitals 24/7; 24-hour assistance via a global network of health care professionals; 24-hour assistance in getting admission to hospital; clinical resources around the world and medical evacuation where necessary. Once more, the service provided to the personnel seem, to a large extent, perfectly in keeping with the “duty of care” of the EU Institutions.

The issues of the so-called “*consular protection*” by the EU and its Member States, and *Diplomatic protection*, are instrumental in protecting the EU officers and citizens deployed abroad against possible violations of their rights committed by hosting States. They have been widely debated and have, at least partially, found a specific place in the EU Treaties. Article 23 of the TFEU, which rephrases an identical rule originally introduced in the Maastricht Treaty, now regulates the consular protection that the Member States and the EU can offer EU citizens involved in disasters in third countries⁹⁹.

A specific Decision 95/553/EC of the Representatives of the Governments of the Member States meeting within the Council was adopted on 19 December 1995 to deal with protection for citizens of the European Union by diplomatic and consular representations¹⁰⁰. This Decision, which may be replaced by a draft Directive recently proposed by the Commission¹⁰¹, states that the diplomatic and consular representations of EU Member States must provide consular assistance in given situations, offering help in the instance of a grave accident, serious illness or even death, intervening in favour of detainees, aiding victims of violent crimes and repatriating distressed EU citizens¹⁰².

Alongside consular protection regulated in the TFEU, traditional diplomatic protection continues to remain an instrument available for States and the EU

⁹⁸ See Article 73.

⁹⁹ Article 23 states that “[e]very citizen of the Union shall, in the territory of a third country in which the Member State of which he is a national is not represented, be entitled to protection by the diplomatic or consular authorities of any Member State, on the same conditions as the nationals of that State. Member States shall adopt the necessary provisions and start the international negotiations required to secure this protection. The Council, acting in accordance with a special legislative procedure and after consulting the European Parliament, may adopt directives establishing the coordination and cooperation measures necessary to facilitate such protection”.

¹⁰⁰ OJEU L 314, 28 December 1995, p. 73 ff.

¹⁰¹ Commission proposal, 14 December 2011, for a Council Directive on consular protection for citizens of the Union abroad, COM(2011)881 final.

¹⁰² Article 6(2), COM(2011)881 final, cited above. See more A. VERMEER-KÜNZL, *Where the Law Becomes Irrelevant: Consular Assistance and the European Union*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2011, p. 965 ff.

Institutions to redress situations of assumed violations of the rights of their citizens/officers sent abroad to work in international field operations. Both tools (consular and diplomatic protection), have been widely used to protect ordinary European Union citizens in situation of distress or in emergency situations¹⁰³ within and outside Europe.

The same rules could also be used to safeguard officers of an EU mission in that country as a complementary protection of their rights, immunities and privileges which they might enjoy on the basis of the Status of Mission Agreement (or Status of Force Agreement). In fact, when deploying a CSDP Mission, the EU Institutions usually stipulate an *ad hoc* Status of Force (SOFA) or a Status of Mission (SOMA) Agreement with the local State in order to ensure the efficient performance of the EU mission. These bilateral agreements contain rules which have some relevance to our discussion, as they regulate not only the immunities and privileges of the mission and its personnel but also the sensitive issue of the responsibility to protect the mission's personnel. As a typical example one can mention the 2004 "Agreement between the European Union and Georgia on the status and activities of the European Union Rule of Law Mission in Georgia" (EUJUST THEMIS)¹⁰⁴, whose Article 8 states that "[t]he Host Party, through its own capabilities, shall assume full responsibility for the security of EUJUST THEMIS personnel. (...) To that end, the Host Party shall take all necessary measures for the protection, safety and security of EUJUST THEMIS and EUJUST THEMIS personnel".

These agreements, although they merely restate the legal obligation of the local State to protect those living in its territory, are relevant to our purposes, as they can be perceived as instrumental in implementing the "duty of care" of the EU Institutions. They demonstrate the strong commitment of the EU to offer not only additional security protection for their personnel sent on mission but also protection against possible legal abuses by the hosting State against the EU personnel¹⁰⁵. It is clear that, where such bilateral agreements exist between the EU and the host State, the international officer deployed to work in that specific mission might (depending on the situation *in situ*) benefit from increased protection and more opportunities to take legal action in response to possible violations of his/her rights. This does not, however, eliminate the responsibility of sending State/Organizations, as they remain bound to fulfill their "duty of care" as described in the previous paragraphs.

As to the *obligation to provide proper training to the staff deployed*, one has to remind the June 2006 EU Council document "Policy of the European Union

¹⁰³ More precise figure about the effective use of this opportunity are offered in Consular and Diplomatic Protection – Legal Framework in the EU member States, Report of the Citizens Consular Assistance Regulation in Europe (CARE) project, 2010, available at www.ittig.cnr.it

¹⁰⁴ OJEU L 389, 30 December 2004, p. 42. In 2010, the Council of the European Union adopted revised "Guidelines on consular protection of EU citizens in third countries" with the aim to overcome problems related to sharing information, handling relations with the media, decision-making and coordination of the response.

¹⁰⁵ See more on this A. SARI, *Status of Forces and Status of Mission Agreements under the ESDP: The EU's Evolving Practice*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 67 ff.

on the security of personnel deployed outside the European Union in an operational capacity under Title V of the Treaty on European Union”¹⁰⁶. The document emphasises, amongst other things, the key importance of standardized core training to be offered to all members deployed in crisis management operations: this training is clearly perceived by the EU Institutions as instrumental in discharging its “duty of care”¹⁰⁷.

This focus on the importance of training personnel requested to work for field operations, especially in high or critical risk missions, also emerges in various Council Joint Actions establishing EU civilian missions. In Council Joint Action 2005/797/CFSP of 14 November 2005 on the European Union Police Mission for the Palestinian Territories¹⁰⁸, a new rule dealing with training was added for the first time. According to Article 13.4, “EUPOL COPPS staff members *shall undergo mandatory security training* organised by the Security Office of the General Secretariat of the Council and medical checks prior to any deployment or travel to the mission area”¹⁰⁹. Similar phrasing has been used in subsequent cases, such as the Joint Actions on the establishment of the European Union Border Assistance Mission for the Rafah Crossing Point¹¹⁰; on establishing the European Union Police Mission in Afghanistan¹¹¹; on the European Union police mission undertaken as part of the reform of the security sector (SSR) and its interface with the justice system in the Democratic Republic of the Congo¹¹²; and on appointing the European Union Special Representative in Kosovo¹¹³.

Although the wording in the various Joint Actions differs to a limited extent, one can observe a trend to highlight the increasing importance of training, especially in safety and security, as a tool to minimize the security risk and to equip the personnel with the necessary skills and knowledge for avoiding security problems and dealing with them in a professional manner should they arise. Very much in line with this trend is the 2008 “Report on the Implementation of

¹⁰⁶ Cited above.

¹⁰⁷ *Ivi*, para 18(f).

¹⁰⁸ *OJEU* L 300, 17 November 2005.

¹⁰⁹ Emphasis added.

¹¹⁰ Council Joint Action 2005/889/CFSP of 12 December 2005, *OJEU* L 347, 14 December 2005: art. 12.4. states that “EU BAM Rafah staff members shall undergo mandatory security training”.

¹¹¹ Council Joint Action 2007/369/CFSP of 30 May 2007, *OJEU* L 139, 31 May 2007. Art. 11.4 states that: “[a]ppropriate security training will be provided, in accordance with the OPLAN, for all Mission staff. They shall also receive regular in-theatre refresher training organized by the SMSO”.

¹¹² Council Joint Action 2007/405/CFSP of 12 June 2007, *OJEU* L 151, 13 June 2007. Art 14.3 reiterates that: “[a]ppropriate training in security measures will be carried out for all staff in accordance with the OPLAN. A reminder of the security regulations will be provided regularly by the EUPOL RD Congo officer in charge of security”.

¹¹³ According to Article 10, letter c) of Council Decision 2011/270/CFSP of 5 May 2011 appointing the European Union Special Representative in Kosovo, *OJEU* L 119, 7 May 2011, one of the tasks assigned to the EUSR is to “ensuring that all members of his team to be deployed outside the Union, including locally contracted personnel, have received appropriate security training before or upon arriving in the mission area, based on the risk ratings assigned to the mission area”.

the European Security Strategy – Providing Security in a Changing World”¹¹⁴, in which the EU confirms that for civilian mission “(...) we must be able to assemble trained personnel with a variety of skills and expertise, deploy them at short notice and sustain them in theatre over the long term”.

In many Calls for Contribution made by the EU, it is specifically mentioned that for certain missions the normal requirements¹¹⁵ are not sufficient, and some kind of training is an essential pre-requisite¹¹⁶. Therefore, in most of the EU application forms to be filled in by candidates there is a request to clearly indicate which training courses they have attended¹¹⁷.

The requirement that pre-deployment training for personnel sent to EU-led operations must be carried out by Member States seconding the personnel, unfortunately, is not very respected. According to the Missions, about 45% of the incoming personnel have not attended a specific pre-deployment training course. The efforts of the EU Commission to provide complementary pre-deployment training course free of charge for personnel seconded to EU and non-EU operations¹¹⁸ is a positive step although, owing to the limited number of places available at those courses, it cannot be considered adequate to meet existing training needs. The EU and its Member States must clearly improve their performance in this respect in order to fulfil their obligations arising from the “duty of care” to properly train their personnel.

A positive aspect which deserves to be mentioned in this connection is the EU’s ongoing effort to harmonize the content of the various training curricula in order to improve the quality and credibility of the entire training system. This is in keeping with fulfilling the “duty of care”, as it reinforces the ability of the personnel to deal in a professional manner with the situations they are likely to face while on mission. This has occurred especially in the areas of the EU Civil Protection Mechanism¹¹⁹, Election Observation Missions¹²⁰ and CSDP Missions

¹¹⁴ The Report is available at www.consilium.europa.eu.

¹¹⁵ Such as citizenship, integrity, negotiation skills, flexibility and adaptability, availability, physical and mental health, ability to communicate effectively in English, computer skills.

¹¹⁶ Most often the required training is the “e-HEST” training, while to have attended a Civilian Crisis Management Course is considered merely desirable.

¹¹⁷ See e.g. the 2012 application form for EUPOL Afghanistan prepared by the EEAS, available at www.consilium.europa.eu.

¹¹⁸ See more on these courses at www.entriforccm.eu.

¹¹⁹ The Civil Protection Mechanism training program was launched in 2004 aiming at reinforcing and facilitating European co-operation in civil protection assistance interventions. The current training program includes basic courses introducing the mechanism as well as specialist courses for particular aspects of missions such as international coordination, extending to high-level courses for future mission leaders. To date, approximately 1,800 experts representing almost all participating states have attended the trainings courses. The target group is wide, which opens the training program to many different categories of experts. These can range from assessment and coordination experts to specialists within a certain field of work, such as marine pollution experts, environmental experts (landslide waste management, dam stability etc.), experts in geo-hazards or logistics in emergency operations, and medical staff.

¹²⁰ The major program financed by the European Commission to deal with the training needs of

(for all the relevant component such as military, police and civilians). As to CSDP Missions, which represent the most sensitive and difficult cases considering the regions in which they are usually deployed, at the meeting of 1 December 2011, the Foreign Affairs Council adopted the Conclusions on CSDP in which it took note of the 2011 comprehensive Annual Report on the Common Security and Defence Policy (CSDP) and CSDP-related training¹²¹. Both documents call for more sophisticated and coordinated training to equip CSDP missions with highly qualified and motivated personnel. In addition to this, there are several internal documents adopted within CIVCOM which highlight the key importance of training¹²².

Finally, the activities carried out within the European Security Defence College (ESDC)¹²³ and the ENTRi project¹²⁴, supported by the European Commission, also seem relevant, as one of the aims of both ESDC and ENTRi is to standardise the content of training curricula and, in the case of ENTRi, to certify those courses which are run according to the minimum requisites and agreed content.

Influenced by the recent judgment of the EU Civil Service Tribunal in the *Missir Mamachi di Lusignano* case, various EU Institutions and internal bodies are at present promoting the idea of making standardized security and safety training a compulsory requisite for serving in EU-led crisis management operations, at least in high risk and critical risk areas. This seems perfectly coherent with their “duty of care”.

Election Observations Missions is the “Network for Enhanced Electoral and Democratic Support” (NEEDS) under which several Training Courses have been designed and delivered. See more on the efforts carried out in this area on the NEEDS webpage at www.needsproject.eu.

¹²¹ See the Press Release, 3130th Council meeting, Foreign Affairs, Brussels, 30 November and 1 December 2011, available at www.consilium.europa.eu.

¹²² See e.g. the recent documents No. 16849/06, CivCom advice on the Report from the training workshop “Future training needs for personnel in civilian crisis management operations. Mission Specific Pre-Mission Training”; and No. 15567/2/09, Enhancing civilian crisis management pre-deployment training: “generic or pre-deployment training”.

¹²³ The European Security and Defence College (ESDC) was established in 2005, with the aim to providing strategic-level education in European Security and Defence Policy, now Common Security and Defence Policy (CSDP). The personnel to be trained includes civil servants, diplomats, police officers, and military personnel from the EU Member States and EU institutions involved in CSDP. The objective of the ESDC is to provide Member States and EU Institutions with knowledgeable personnel able to work efficiently on CSDP matters. In pursuing this objective, the College makes a major contribution to a better understanding of CSDP in the overall context of CFSP and to promoting a common European security culture. So far ESDC has designed and developed about 20 different Standard Curricula devoted to issues such as Civilian Crisis Management, SSR, Peace-building, etc.

¹²⁴ So far about 12 courses (from the core courses to the specialization courses) are available for ENTRi Certification with great benefit to the training providers (as they know the minimum requirements), to the trainees (as they have some guarantee about the correspondence of the training with the needs in the Missions) and to the EU which can better evaluate the competence and skills of the potential applicants who have attended certified training courses. See more on the ENTRi project at www.entriforccm.eu.

7. Although it seems quite evident that stressful and risky situations are almost inevitable in international field operations (civil protection, CSDP, humanitarian missions, development cooperation etc.), there is increasing awareness and concern that recruiting Institutions and States deploying their personnel in these operations must improve their commitment to safeguard their personnel.

There are two legal bases for this development: the evolving concept of “duty of care” whose content and scope has become more precise thanks to the significant contribution of international tribunals, and the more general duty incumbent on State and International Organisations to adopt an active policy to protect life. The practical implications of these two rules which have been discussed in this article requires the European Union Institutions and its Member States to be extremely careful in planning international operations and in dealing with their staff and personnel sent on mission. This will place additional financial and organisational burdens on the employing Institutions.

Costs must be considered, but the primary objective is “ensuring that staff are able to deliver the services organisations require in the most challenging environments”¹²⁵. Failing to obey to these rules may have negative consequences for the employing Institutions; they may go far beyond the cost of implementing reasonable measures which take due account of the specificity of each given mission and existing case-law commented on in this contribution.

Finally, it seems obvious that a special effort has to be made within the EU system to develop a new culture of security¹²⁶: without this culture, there is a risk that all the measures described in the previous paragraphs will remain fruitless.

Abstract

Duty of Care of the EU and Its Member States towards Their Personnel Deployed in International Missions

In this article, the author examines the current interpretation of the “duty of care” and the obligation to protect life in the international legal system. He defines the precise obligations of the EU and its Member States at this regard, points out what has been

¹²⁵ C. WILLIAMSON, *Personnel Management and Security*, in *Humanitarian Exchange Magazine*, June 2010, p. 4, available at www.odihpn.org.

¹²⁶ This aspect has been underlined in the already mentioned 2011 Report by the High Representative to the European Parliament, the Council and the Commission, in which it is clearly stated that “[t]he increased political profile of the EEAS and growing instability in many parts of the world (Libya, Syria, Ivory Coast, Yemen, Iraq, Afghanistan etc.) underline the need for the EEAS to have a highly developed security culture, in particular for staff in EU delegations” (emphasis added).

done so far to implement them, and highlights the potential consequences of violating these obligations.

There are two legal bases for this development: the evolving concept of “duty of care” whose content and scope has become more precise thanks to the significant contribution of international tribunals, and the more general duty incumbent on State and International Organisations to adopt an active policy to protect life. The practical implications of these two rules are discussed in this article and require the European Union Institutions and its Member States to be extremely careful in planning international operations and in dealing with their staff and personnel sent on mission.

As most of the problems associated with the notion of the “duty of care” are similar both for the EU and its Member States, and as they are intrinsically connected and sometimes difficult to address separately, investigation will take into account both situations, highlighting where appropriate potential differences in the legal regime regulating the obligations of the EU and those of the Member States. The continuous (and inevitable?) cross-fertilization between the “duty of care” of States and of International Organizations makes the decision to focus research on both situations almost inevitable.

Giandonato Caggiano*

Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le discriminazioni indirette e le misure restrittive non discriminatorie. – 3. L'eliminazione *ex ante* degli ostacoli tramite armonizzazione legislativa. – 4. Le restrizioni nelle specifiche libertà di circolazione. – 5. Il bilanciamento delle libertà di circolazione con i diritti fondamentali, ivi compresi quelli di natura sociale. – 6. Le deroghe esplicitate del Trattato. – 7. *Segue*: la tutela della salute. – 8. La deroga "ibrida" della tutela dell'ambiente. – 9. Le esigenze imperative. – 10. Il test di adeguatezza, necessità e proporzionalità. – 11. *Segue*: l'applicazione della proporzionalità ai sistemi nazionali autorizzatori. – 12. Conclusioni.

1. Un tema cruciale per la realizzazione e il funzionamento del mercato interno riguarda il controllo giurisdizionale delle misure nazionali restrittive delle libertà di circolazione dei fattori produttivi¹.

La Corte di giustizia, nella sua funzione di garante del rispetto del diritto dell'Unione in considerazione delle esigenze di integrazione, svolge un giudizio di

* Straordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre.

¹ Nella dottrina più recente, v. D. EHLERS (ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, Berlin, 2007, p. 227 ss.; A. TRYFONIDOU, *Was Keck a Half-Baked Solution after All?*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2007, p. 167 ss.; ID., *Further Steps on the Road to Convergence among the Market Freedoms*, in *European Law Review*, 2010, p. 36 ss.; B. NASCIMBENE, *Le eccezioni ai principi generali. Interessi generali e ordine pubblico*, in F. BESTAGNO, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2008, p. 41 ss.; L. SBOLCI, *La libera circolazione delle merci*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, III ed., spec. p. 27 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione e la politica dell'immigrazione*, ivi, p. 64 ss.; M. CONDINANZI, *La libertà di stabilimento*, ivi, p. 159 ss., spec. pp. 192-200; R. MASTROIANNI, *La libera prestazione dei servizi*, ivi, p. 217 ss., spec. pp. 242-271; R. BARATTA, *Circolazione e pagamenti*, ivi, p. 271 ss., spec. pp. 278-286; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, VI ed., p. 425 ss.; nonché M. LOTTINI, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Napoli, 2010; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale*, Milano, 2010, spec. pp. 522-530; F. FERRARO, *Restrizioni quantitative e territoriali nel diritto dell'Unione: dalla libera circolazione delle merci al diritto di stabilimento*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 693 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2012, II ed., spec. p. 70 ss.

bilanciamento fra libertà di circolazione e interessi degli Stati membri secondo il test di necessità, adeguatezza e proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti².

La tecnica del bilanciamento e il principio di ragionevolezza sono oggetto di particolare approfondimento nella dottrina giuridica³. Negli ordinamenti interni, il giudizio costituzionale si basa frequentemente sulla valutazione comparativa dei valori in conflitto secondo criteri di ponderazione e argomentazione giuridica. Il bilanciamento consente di risolvere le antinomie normative, allorché non siano sufficienti i principi interpretativi relativi alla successione nel tempo, al livello gerarchico e alla competenza (riserva di legge). Dal punto di vista della teoria generale, resta controversa la questione se il bilanciamento sia una soluzione “caso per caso”, un aspetto dell’interpretazione giuridica o, addirittura, una semplice metafora.

Per quanto riguarda l’ambito di questo lavoro, la tecnica in parola è ormai definita e “processualizzata” con grande nitidezza dalla Corte di giustizia nei confronti di misure restrittive che costituiscano “ostacoli non discriminatori” oppure “discriminazioni dissimulate/indirette sulla base della nazionalità”. La sua applicabilità alle misure contestate è sottoposta ad una duplice condizione: il mancato funzionamento del mutuo riconoscimento per effetto della diversa tutela del medesimo interesse (nello Stato di provenienza e in quello di destinazione); l’inesistenza o inadeguatezza di norme di diritto derivato che consentano l’eliminazione *ex ante* degli ostacoli in materia.

L’analisi della Corte di giustizia si svolge secondo uno schema logico-concettuale standardizzato e, tuttavia, in continuo affinamento. Nell’*iter* argomentativo, la Corte esamina se una determinata misura nazionale sia restrittiva di una libertà di circolazione; in caso affermativo opera una valutazione delle giustificazioni addotte dallo Stato membro sulla base delle deroghe previste dal Trattato

² V. i contributi in W. T. EIJSBOUTS, A. SCHRAUWEN (eds.), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005; nonché in G. BONGIOVANNI, G. SARTOR, C. VALENTINI (eds.), *Reasonableness and Law*, Dordrecht, 2009, tra cui A. ADINOLFI, *The Principle of Reasonableness in European Union Law*, p. 383 ss.; L. S. ROSSI, S. J. CURZÓN, *An Evolving “Rule of Reason” in the Internal Market*, p. 405 ss.; di questi ultimi v. altresì, *What “Rule of Reason” for the EU Internal Market?*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2008, p. 295 ss.

³ In dottrina, tra i maggiori teorici v. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, 1977; R. ALEXY, J. RIVERS, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford, 2002. La dottrina italiana dedica ampia riflessione al bilanciamento dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali, v. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992; R. GUASTINI, *Diritto mite, diritto incerto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1996, p. 513 ss.; G. MANIACI, G. PINO, A. SCHIAVELLO (a cura di), *Interpretazione del diritto e bilanciamento tra principi*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2002, n. 2 (numero monografico); B. CELANO, *Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello Stato costituzionale di diritto*, in *Filosofia politica*, 2005, p. 427 ss.; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Ragion pratica*, 2007, p. 219 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli 2007; ID., *Ragione e ragionevolezza*, Napoli 2009; E. DEL PRATO, *Ragionevolezza e bilanciamento*, in *Rivista di diritto civile*, 2010, p. 23 ss.

(*d'ora in poi*: deroghe esplicite) oppure di “motivi imperativi di interesse generale” (*d'ora in poi*: esigenze imperative); esegue poi il bilanciamento in senso stretto, vale a dire il test di adeguatezza, necessità e proporzionalità per verificare se la misura nazionale sia formulata in maniera “coerente e unitaria” rispetto al fine perseguito. Nei ricorsi per inadempimento, la Corte decide direttamente sulla compatibilità di una determinata misura restrittiva con le libertà di circolazione, mentre in quelli di interpretazione pregiudiziale indica dettagliatamente i criteri che i giudici nazionali vengono chiamati ad applicare nella causa principale.

Un bilanciamento simile è svolto anche dalla Corte di Strasburgo, che ha introdotto il giudizio sulla proporzionalità nella sentenza *Handyside*⁴, quale corollario della formula “necessità in una società democratica” (presente nei “paragrafi 2” delle norme convenzionali degli articoli da 8 a 11 CEDU)⁵. Tale valutazione, finalizzata al contemperamento di due diritti fondamentali in conflitto, si esprime nel “margine di apprezzamento” riconosciuto allo Stato contraente⁶ e sottoposto a livello europeo al giudizio della Corte di Strasburgo.

Nel sistema CEDU occorre poi ricordare il rilievo attribuito al principio di legalità, vale a dire al requisito che la misura restrittiva sia “basata su una legge”; mentre nel diritto dell’Unione il bilanciamento può riguardare l’ammissibilità di misure restrittive nazionali di ogni livello, ivi incluse le fonti amministrative.

2. La trasformazione progressiva del “mercato comune” in “mercato interno” è in gran parte il risultato del controllo giurisdizionale delle misure nazionali idonee a determinare difficoltà agli scambi nel territorio dell’Unione.

In premessa, occorre ricordare le nozioni applicabili in materia: il divieto di discriminazione – diretta o indiretta/dissimulata – sulla base della nazionalità è previsto dalle norme del Trattato relative a ciascuna libertà e, residualmente, da quelle sulla cittadinanza europea (art. 18 TFUE)⁷; il divieto degli ostacoli non

⁴ V. sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 7 dicembre 1976, *Handyside c. United Kingdom*, n. 5493/72

⁵ V., ad esempio, art. 8, par. 2: “una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l’ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

⁶ Secondo la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il giudizio così condotto deve portare al rilevamento di un “*pressing social need*”. Il margine di apprezzamento delle autorità nazionali non è illimitato “as it goes hand in hand with the Court’s European supervision”, v. sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 16 dicembre 2010, *Aleksey Ovchinnikov c. Russia*, n. 24061/04, par. 51. In dottrina, tra i lavori più recenti, v. J. A. BRAUCH, *The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law*, in *Columbia Journal of European Law*, 2004, p. 113 ss.; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of ECHR*, Oxford, 2007; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d’Europa e la Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Napoli, 2008, II ed.; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, 2009.

⁷ Per approfondimenti, v. G. CAGGIANO, *La “filigrana del mercato” nello status di cittadino europeo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 215 ss.

discriminatori “indistintamente applicabili” (ai cittadini dello Stato membro in causa e ai cittadini di altri Stati membri) è stato invece elaborato dalla Corte di giustizia.

La nozione di “discriminazione indiretta o dissimulata”, pur riferendosi a criteri diversi dalla nazionalità, produce lo stesso risultato di una “discriminazione diretta sulla base della nazionalità” (sentenza *Sotgiu*)⁸. In linea di principio, una misura nazionale assume tale carattere⁹ quando, per la sua configurazione, abbia un’incidenza sfavorevole piuttosto sui cittadini di altri Stati membri che su quelli dello Stato membro ospite¹⁰. L’esempio classico è rappresentato dal requisito della residenza: per definizione include tutti i cittadini dello Stato ospite (salvo quelli all’estero) e solo un limitato numero di cittadini di altri Stati membri.

Sul concetto giuridico di “ostacoli non discriminatori”, la Corte di giustizia ha precisato l’espressione (in sé alquanto vaga) di “misura equivalente a una restrizione quantitativa”, previsto per la libera circolazione delle merci (art. 34 TFUE)¹¹. Il divieto, successivamente esteso anche alle altre libertà di circolazione, comprende le misure idonee ad ostacolare (o a sfavorire e rendere meno attraente) l’esercizio della mobilità dei fattori produttivi sul territorio di un altro Stato membro.

Per ricordare solo le tappe salienti, la nozione include “ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari” (sentenza *Dassonville*)¹². Successivamente, tale formula è stata: ristretta alle misure indistintamente applicabili (sentenza *Cassis de Dijon*)¹³; sottoposta a condizioni stringenti per le

⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu*, *Raccolta*, p. 153, punto 11; 8 giugno 1999, causa C-337/97, *Meeusen*, *ivi*, p. I-3289, punti 23 e 24; 30 novembre 2000, causa C-195/98, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, *ivi*, p. I-10497, punto 40; 18 luglio 2007, causa C-212/05, *Hartmann*, *ivi*, p. I-6303, punto 29 ss. (cfr. nello stesso senso le conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston del 28 settembre 2006, punto 62); 16 ottobre 2008, causa C-527/06, *Renneberg*, *ivi*, p. I-7735, punto 81; nonché 19 maggio 2009, cause riunite C-171 e 172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 25.

⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 2004, causa C-65/03, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-6427, punto 28 e, riguardo all’art. 39, par. 2, TCE, sentenza dell’11 settembre 2008, causa C-228/07, *Petersen*, *ivi*, p. I-6989, punto 53 e giurisprudenza *ivi* citata.

¹⁰ Sentenze *Hartmann*, *cit.*, punto 30; 13 aprile 2010, causa C-73/08, *Bressol e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 41.

¹¹ Per le merci, secondo gli articoli 34 e 35 TFUE, sono vietate fra gli Stati membri le restrizioni quantitative all’importazione e all’esportazione nonché qualsiasi misura di effetto equivalente.

¹² Sentenza della Corte di giustizia dell’11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, *Raccolta*, p. 837, punto 5. Da ultimo, in materia di tariffe degli avvocati, v. sentenza del 29 marzo 2011, causa C-565/08, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 45 e 46 e giurisprudenza citata.

¹³ Sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral (Cassis de Dijon)*, *Raccolta*, p. 649, punto 14, che riconosceva l’esistenza di “misure di effetto equivalente” anche senza discriminazione (tra prodotti importati e prodotti nazionali), in particolare nel settore delle norme tecniche.

misure relative all'esportazione (sentenza *Groenveld*¹⁴; *dichiarata inapplicabile a talune modalità di commercializzazione delle merci* (sentenza *Keck*)¹⁵. Infine, la sentenza *Gebhard* ha codificato le quattro condizioni delle misure nazionali: carattere non discriminatorio, giustificazione sulla base di motivi imperativi di interesse pubblico, idoneità a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non superamento di quanto necessario a riguardo¹⁶. Gli ostacoli non discriminatori devono inoltre avere una portata tale da impedire l'accesso al mercato nazionale e produrre un effetto diretto o grave¹⁷.

Secondo quanto sostenuto dall'Avvocato generale Tizzano nella causa *CaixaBank France*, la Corte di giustizia non deve sanzionare l'incompatibilità con il Trattato di qualsiasi misura nazionale che produca "effetti indiretti o puramente aleatori". In sostanza, le restrizioni devono essere "tali da mettere l'operatore in condizioni di diritto o di fatto sfavorevoli rispetto ad un operatore stabilito nello Stato di destinazione, o restrizioni che comunque, in virtù del loro oggetto o dei loro effetti, ne condizionino direttamente l'accesso al mercato"¹⁸.

In linea di principio, sono ammissibili: le deroghe esplicite per le discriminazioni dirette sulla base della nazionalità¹⁹; le esigenze imperative per le discriminazioni indirette e gli ostacoli non discriminatori. La ripartizione non appare

¹⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 1979, causa 15/79, *Groenveld*, *Raccolta*, p. 3409, punto 7. Sull'evoluzione della giurisprudenza in materia, v. conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, presentate il 17 luglio 2008, causa C-205/07, *Gysbrechts e Santurel Inter*, in vista della sentenza del 16 dicembre 2008, *ivi*, p. I-9947, punto 28 ss., e dell'Avvocato generale Mengozzi, presentate il 16 settembre 2010, causa C-161/09, *Kakavetsos-Frankopoulos AE (uva secca di Corinto)*, in vista della sentenza del 3 marzo 2011, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punti 42-51.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1993, cause riunite C-267 e 268/91, *Keck e Mithouard*, *Raccolta*, p. I-6097. Nella sentenza del 15 dicembre 1993, causa C-292/92, *Huenermund e a.*, *ivi*, p. I-6787, punto 21, la Corte accoglie la proposta avanzata dall'Avvocato generale Tesouro nelle conclusioni presentate il 27 ottobre 1993.

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, *ivi*, p. I-4165, punto 37.

¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2004, causa C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant*, *ivi*, p. I-2409, punto 43.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano del 25 marzo 2004, causa C-442/02, *CaixaBank France*, punto 62 ss. Per una diffusa analisi, v. J. SNELL, *The Notion of Market Access: A Concept or a Slogan?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 437 ss., spec. 467 s.

¹⁹ Sul principio secondo il quale le restrizioni della *libertà di stabilimento* fondate sulla nazionalità non possono essere giustificate da esigenze imperative v., tra le più recenti, le sentenze del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, *Raccolta*, p. I-1721, punto 44 ss.; 19 maggio 2009, cause riunite C-171 e 172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, *ivi*, p. I-4171, punto 25 ss.; nonché del 1° giugno 2010, cause riunite C-570 e 571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 61 ss.; 16 dicembre 2010, causa C-89/09, *Commissione c. Francia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 50 ss. In senso dubitativo, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, presentate il 25 giugno 2009, causa C-73/08, *Bressol e a.*, cit., punto 128 e giurisprudenza citata nelle medesime conclusioni alla nota 94, in cui si richiamano le sentenze della Corte che, anche se da un punto di vista teorico, si riferiscono a possibili giustificazioni anche per le discriminazioni dirette.

tuttavia priva di contraddizioni soprattutto nella giurisprudenza in materia di salute pubblica²⁰, ambiente²¹ e fiscalità diretta²².

In quest'ultimo settore, l'Avvocato generale Poiares Maduro nella causa *Marks & Spencer* sottolinea proprio la mancanza di coerenza nelle decisioni giurisprudenziali, in quanto talvolta misure "discriminatorie" sono considerate giustificabili da esigenze imperative (quali "la coerenza del sistema fiscale"), ed auspica che la Corte di giustizia ponga fine alla conseguente incertezza definitiva. Secondo la sua opinione, le oscillazioni giurisprudenziali sarebbero comunque riconducibili all'esistenza di un quadro unitario che sanziona, in ultima analisi, qualsiasi forma di discriminazione. In questa categoria rientrerebbe *latu sensu* il divieto di ostacoli non discriminatori, che sanziona in definitiva la circostanza che "gli Stati membri configurano i loro provvedimenti senza tenere conto degli effetti (potenzialmente discriminatori) che ne derivano sulle situazioni transnazionali"²³.

Nella giurisprudenza della Corte è presente la tendenza a svolgere l'analisi delle misure nazionali in entrambe le prospettive: discriminatorie/distintamente applicabili e non discriminatorie/indistintamente applicabili. In generale, la decisione sulla compatibilità della misura contestata viene però assunta prevalentemente in applicazione dello schema logico-argomentativo dei divieti di "ostacoli non discriminatori" o di "misure indirettamente discriminatorie", nel cui ambito opera il bilanciamento della Corte. Infatti, per quanto possa apparire paradossale, il riscontro di una misura direttamente discriminatoria sulla base della nazionalità può presentare maggiori difficoltà di prova, presupponendo la dimostrazione di una diversità di trattamento fra due gruppi di cittadini dell'Unione (i cittadini dello Stato membro in causa e di quelli di altri Stati membri). Al contrario, procedendo alla verifica della misura nazionale restrittiva secondo gli schemi della "discriminazione indiretta" o degli "ostacoli non discriminatori", la Corte di giustizia dispone proprio di quel margine di discrezionalità intrinseco al giudizio di bilanciamento.

3. La competenza concorrente dell'Unione con gli Stati membri nel mercato interno (art. 4, par. 2, lett. a, TFUE) comporta l'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità nell'adozione di atti derivati di armonizzazione legislativa. In linea di principio, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali rimuove *ex ante* non solo gli ostacoli alla circolazione transfrontaliera, ma

²⁰ V. *infra*, par. 7.

²¹ V. *infra*, par. 8.

²² Per un'attenta analisi e i riferimenti giurisprudenziali v., per tutti, A. CORDEWENER, G. KOFLER, S. VAN THIEL, *The Clash between European Freedoms and National Direct Tax Law: Public Interest Defences Available to the Member States*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1951 ss.

²³ Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, presentate il 7 aprile 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, in vista della sentenza del 13 dicembre 2005, *Raccolta*, p. I-10837, punto 37.

“sostituisce del tutto” la pregressa legislazione interna²⁴, garantendo così un risultato più efficace rispetto al principio del mutuo riconoscimento²⁵.

È noto, infatti, che il principio del mutuo riconoscimento è stato concepito dalla Corte di giustizia per ridurre la necessità di armonizzazione di tutti gli aspetti delle legislazioni nazionali (anche quelli minuti e diffusi come le norme tecniche) che creano ostacoli alla circolazione dei fattori produttivi. Tale principio muove dalla presunzione che i diversi sistemi nazionali garantiscano un livello di tutela equivalente degli interessi pubblici dei singoli Stati membri interessati (principio di equivalenza)²⁶. Quando un interesse generale appaia di particolare sensibilità per l’Unione e gli Stati membri, come ad esempio la salute pubblica, il livello richiesto di equivalenza sarà particolarmente elevato; ove sia di minor rilevanza, come per la tutela dei consumatori, sarà sufficiente un livello comparabile in entrambi gli Stati membri.

Il legislatore dell’Unione opera una valutazione del “punto di equilibrio” tra l’interesse dell’Unione all’integrazione del mercato e gli interessi generali (non economici) degli Stati membri, determinando priorità e modalità di protezione dei beni giuridici confliggenti. Una volta adottato, il diritto derivato “cristallizza” tale equilibrio e, di conseguenza, neutralizza la necessità del bilanciamento.

La Corte di giustizia deve comunque provvedere all’interpretazione delle norme di armonizzazione per stabilire il loro carattere esaustivo o parziale²⁷ ed applicare il bilanciamento nella misura in cui il legislatore dell’Unione abbia lasciato agli Stati membri un potere discrezionale²⁸. A rigaudo non è chiamata a manifestare un giudizio sull’opportunità delle scelte effettuate dal legislatore dell’Unione, ma può sanzionare solo le decisioni viziate da un errore manifesto di valutazione, in particolare la manifesta inidoneità dell’atto legislativo²⁹.

²⁴ Per un’approfondita e convincente disamina della questione, v. R. MASTROIANNI, *Territorialità e Paese d’origine nelle direttive sui servizi di media audiovisivi e sulle pratiche commerciali sleali*, in *AIDA-Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, XVII-2008, Milano, 2009, p. 3 ss., spec. p. 8 ss.

²⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 23 maggio 1996, causa C-5/94, *Hedley Lomas*, *Raccolta*, p. I-2553, punto 18; 19 marzo 1998, causa C-1/96, *Compassion in World Farming*, *ivi*, p. I-1251, punto 47. Più recentemente v. le conclusioni dell’Avvocato generale Geelhoed del 28 giugno 2005, causa C-366/04, *Georg Schwarz*, in vista della sentenza del 24 novembre 2005, *ivi*, p. I-10139, punto 18

²⁶ L. TORCHIA, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell’ordinamento europeo*, Bologna, 2006.

²⁷ R. MASTROIANNI, *Territorialità e Paese d’origine*, cit.

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 26 marzo 2009, causa C-326/07, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-2291, punto 43.

²⁹ Di particolare interesse appare la sentenza dell’8 giugno 2010, causa C-58/08, *Vodafone e a.*, *Raccolta*, p. I-4999, sulla pronuncia pregiudiziale di validità del regolamento (CE) n. 717/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2007, relativo al *roaming* sulle reti pubbliche di telefonia mobile all’interno della Comunità e che modifica la direttiva 2002/21/CE, *GUUE* L 171, 29 giugno 2007, p. 32 ss. Per quanto riguarda l’adozione del contestato regolamento, la Corte richiama i presupposti dell’armonizzazione legislativa *ex art.* 114 TFUE, che comprendono la rimo-

Secondo costante giurisprudenza, occorre riconoscere un ampio potere discrezionale, specie in settori che richiedano scelte di natura politica, economica e sociale³⁰, laddove si riscontrano particolari difficoltà di conciliazione di interessi divergenti³¹.

Resta da specificare meglio in quale modo il bilanciamento dipenda dal diritto derivato esistente. A seconda dell'intensità vincolante (potere preservato per il legislatore nazionale) e dell'ambito di applicazione materiale (armonizzazione totale, parziale o minimale), il diritto derivato può consentire di escludere alla radice o, più limitatamente, di ridurre gli ostacoli dovuti alle divergenze fra gli ordinamenti nazionali. In presenza di un atto di armonizzazione esaustiva, gli Stati membri non potranno invocare né le deroghe esplicite, né le esigenze imperative per giustificare l'introduzione o il mantenimento di misure restrittive della libera circolazione. Le misure nazionali restrittive saranno così valutate alla luce del diritto derivato e non del diritto primario³². Sarà l'interpretazione delle norme di armonizzazione da parte dei giudici nazionali e dell'Unione a consentire di stabilire "se e sino a che punto" vi sia spazio per il bilanciamento.

Di particolare intensità è ad esempio l'armonizzazione raggiunta in materia di lavoratori migranti, persone non attive e lavoratori distaccati³³, che peraltro recepisce la giurisprudenza pregressa della Corte di giustizia, la quale deve ora attenersi al contenuto degli atti di diritto derivato.

zione di ostacoli alle libertà fondamentali derivanti dalle diversità di misure nazionali; chiarisce poi che l'illegittimità della misura in questione può derivare solo dalla sua manifesta inidoneità rispetto allo scopo perseguito dal legislatore comunitario, che è comunque tenuto a basare le proprie scelte su criteri oggettivi e a verificare gli obiettivi perseguiti in relazione alle "conseguenze economiche negative, anche considerevoli, per taluni operatori" (v. spec. punti 51-53).

³⁰ Nel settore della politica agricola, v. ad esempio la sentenza del 14 maggio 2009, causa C-34/08, *Azienda Agricola Disarò Antonio e a.*, *Raccolta*, p. I-4023, punti 44 e 76 e giurisprudenza ivi citata; nel settore ambientale, v. la sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine e a.*, *ivi*, p. I-9895, punti 57-59; nel settore dei trasporti, v. la sentenza del 12 maggio 2011, causa C-176/09, *Lussemburgo c. Parlamento e Consiglio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 34 e giurisprudenza ivi citata.

³¹ V., ad esempio, le sentenze del 9 marzo 2010, causa C-379/08, *ERG e a.*, *Raccolta*, p. I-2007, punto 60 e giurisprudenza ivi citata; 8 luglio 2010, causa C-343/09, *Afton Chemical*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 46.

³² V. da ultimo, la sentenza del 6 ottobre 2011, causa C-443/10, *Bonnarde*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 22 (una misura nazionale potenzialmente restrittiva "in un settore che costituisce oggetto di un'armonizzazione esaustiva a livello dell'Unione deve essere valutata in rapporto alle disposizioni di tale misura di armonizzazione e non a quelle del diritto primario").

³³ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, *GUCE* L 257, 19 ottobre 1968, p. 2 ss.; direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *GUUE* L 158, 30 aprile 2004, p. 77 ss.; direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, *GUCE* L 18, 21 gennaio 1997, p. 1 ss.

Minore è l'armonizzazione legislativa raggiunta nel settore della previdenza sociale, in cui i sistemi nazionali, pur operando nell'ambito delle norme di coordinamento dell'Unione, restano ancora diversificati³⁴. I regolamenti previdenziali hanno il limitato obiettivo di consentire l'individuazione della normativa nazionale applicabile ai lavoratori dipendenti ed autonomi che si spostano all'interno dell'Unione³⁵. Per il *quantum* non armonizzato, spetta alla normativa nazionale determinare le condizioni di concessione delle relative prestazioni. Tuttavia, nell'esercizio di tale potere, gli Stati membri non sono liberi da qualsiasi obbligo, dal momento che devono rispettare il diritto dell'Unione³⁶, in particolare le disposizioni relative alla libera prestazione dei servizi³⁷, alla libera circolazione dei lavoratori³⁸ ed alla libertà riconosciuta ad ogni cittadino dell'Unione europea di circolare e di soggiornare sul territorio degli Stati membri³⁹.

A fronte delle persistenti differenze fra le legislazioni nazionali previdenziali⁴⁰, il diritto alla libera circolazione tutela il lavoratore da specifici pregiudizi derivanti dal suo esercizio⁴¹; in particolare, si oppone al versamento da parte di lavoratori di contributi previdenziali a fondo perduto (non trasferibili o comunque non recuperabili al momento del rientro)⁴². Ad esempio, per l'assicurazione contro il rischio di perdita dell'autosufficienza⁴³, lo Stato ospite (che preveda questo tipo di intervento) dovrà contribuire ad integrare i versamenti percepiti

³⁴ Il regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi ed ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità è stato abrogato, salvo che per alcuni aspetti, dai due regolamenti (CE) n. 883/2004, *GUUE* L 314, 7 giugno 2004, e n. 987/2009, *ivi* L 284, 30 ottobre 2009, relativi al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, applicabili dal 1° maggio 2010. Per la circolazione dei lavoratori, i regolamenti in vigore hanno come base giuridica l'art. 42 TCE (art. 48 TFUE); per i lavoratori autonomi in combinato disposto con l'art. 308 TCE (art. 352 TFUE). Nel Trattato di Lisbona, le norme sulla cittadinanza europea prevedono per la prima volta la possibilità di adottare misure sulla sicurezza e sulla protezione sociale nell'ambito della libertà di circolazione e soggiorno (art. 21 TFUE).

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2010, causa C-16/09, *Schwemmer*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 40.

³⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, *ivi*, p. I-5473, punti 44-46; del 18 marzo 2004, causa C-8/02, *Leichtle*, *ivi*, p. I-2641, punto 29 e giurisprudenza *ivi* citata.

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, *Raccolta*, p. I-3185, punto 23.

³⁸ Sentenza *Petersen*, *cit.*, punto 42.

³⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 23 novembre 2000, causa C-135/99, *Elsen*, *Raccolta*, p. I-10409, punto 33, e del 21 febbraio 2008, causa C-507/06, *Klöppel*, *ivi*, p. I-943, punto 16.

⁴⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 9 marzo 2006, causa C-493/04, *Piatkowski*, *Raccolta*, p. I-2369, punto 34; del 1° ottobre 2009, causa C-3/08, *Leyman*, *ivi*, p. I-9085, punto 45; del 15 giugno 2010, causa C-211/08, *Commissione c. Spagna*, *ivi*, p. I-5267, punto 61; del 14 ottobre 2010, causa C-345/09, *Van Delft e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 100.

⁴¹ Sentenza *Petersen*, *cit.*, punto 43.

⁴² Sentenze *Van Delft e a.*, *cit.*, punto 101.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 2011, causa C-388/09, *Da Silva Martins*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

nello Stato di rientro in ragione dei versamenti effettuati dal lavoratore durante lo svolgimento dell'attività lavorativa.

Un'armonizzazione minimale è anche quella della direttiva 2011/24/UE per le cure sanitarie transfrontaliere adottata sulla base giuridica degli articoli 114 e 168 TFUE⁴⁴. In materia di salute pubblica, la ridotta competenza (di sostegno, coordinamento e completamento) in materia di sanità⁴⁵ deve essere temperata con la libertà dei pazienti destinatari di tali servizi, quando si recano per cure mediche in un altro Stato membro. Il diritto dell'Unione non restringe la competenza in materia degli Stati membri⁴⁶, che devono tuttavia rispettare la libertà di circolazione dei servizi sanitari⁴⁷ ed i principi del diritto dell'Unione⁴⁸.

Minima è anche l'armonizzazione sin qui raggiunta per imposte dirette e patrimoniali, nel cui ambito gli Stati membri continuano a riservarsi quasi del tutto la potestà normativa. Tuttavia, anche in questo caso, la mancanza di armonizzazione nel settore non può impedire, o anche solo limitare, l'esercizio della libertà di circolazione (dei capitali e del diritto di stabilimento). Infatti, la Corte di giustizia ha ribadito più volte che il diritto dell'Unione non prevede alcuna misura contro la doppia imposizione fiscale, che pertanto non costituisce una restrizione vietata dal Trattato, ma solo l'esercizio legittimo della competenza in materia tributaria spettante a ciascuno dei due Stati membri. Inoltre, il trasferimento transfrontaliero di una persona fisica o giuridica⁴⁹ non implica di per sé un'evasione fiscale perché, in assenza di armonizzazione, è legittimo che i soggetti economici cerchino di trarre vantaggio dalle differenze tra i regimi tributari nazionali⁵⁰.

4. Il Trattato prevede con formule diverse il divieto di restrizioni per le libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e il diritto di stabi-

⁴⁴ Direttiva 2011/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera, *GUUE* L 88, 4 aprile 2011, p. 45 ss. Per un commento, v. M. FALCONE, *La direttiva 2011/24 sulla mobilità dei pazienti alla luce della cittadinanza europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 363 ss.

⁴⁵ V. articoli 6, par. 1, lett a), e 168 TFUE; in particolare, la definizione delle prestazioni di carattere sanitario, l'organizzazione e la fornitura di servizi sanitari e assistenza medica spettano esclusivamente agli Stati membri, ivi compresa l'assegnazione delle risorse loro destinate (art. 168, par. 7, TFUE).

⁴⁶ Sentenza *Hartlauer*, cit., punto 29 e giurisprudenza ivi citata.

⁴⁷ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, *Raccolta*, p. I-4325, punti 146 e 147.

⁴⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak del 14 aprile 2011, causa C-255/09, *Commissione c. Portogallo*, in vista della sentenza del 27 ottobre 2011 non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 63.

⁴⁹ Sentenze *De Lasteyrie du Saillant*, cit., punto 51; del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes* e *Cadbury Schweppes Overseas*, *Raccolta*, p. I-7995, punti 36 ss. Per le difficoltà nascenti dall'assenza di armonizzazione in materia, v. sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-210/06, *Cartesio*, *ivi*, p. I-9641.

⁵⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 28 febbraio 2008, causa C-293/06, *Deutsche Shell*, *Raccolta*, p. I-1129, punto 43.

limento e per la circolazione e il movimento dei capitali. Nel caso di diversità di imposte fra fattori produttivi (importati e nazionali) si applica una disposizione a titolo di *lex specialis* (art. 110 TFUE)⁵¹. Le disposizioni del diritto primario in materia di libertà di circolazione non si applicano, in ogni caso, a situazioni meramente interne⁵².

Alla libertà di circolazione delle merci⁵³ abbiamo già accennato, tracciando lo sviluppo giurisprudenziale del divieto di ostacoli non discriminatori.

Per la libertà di circolazione dei lavoratori⁵⁴, il diritto primario prevede il divieto di misure nazionali che possano sfavorire lo svolgimento di un'attività economica nel territorio di un altro Stato membro⁵⁵. Sono vietate non soltanto misure discriminatorie a carattere diretto o indiretto sulla base della nazionalità,

⁵¹ Ordinanza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2007, causa C-134/07, *Kawala*, *Raccolta*, p. I-10703, punto 23, in cui la Corte ha deciso che una tassa di importazione per i veicoli di seconda mano a carattere fiscale rientra nel campo di applicazione dell'art. 110 e non dell'art. 34 TFUE.

⁵² Sentenze della Corte di giustizia del 26 gennaio 1999, causa C-18/95, *Terhoeve*, *Raccolta*, p. I-345, punto 26; del 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon (Assicurazione fiamminga contro la mancanza di autonomia)*, *ivi*, p. I-1683, punti 33-38. Spesso la Corte si rifiuta di rispondere ai quesiti posti dal giudice *a quo*, in quanto si tratta di una situazione c.d. "puramente interna". Non è peraltro facile tracciare la linea di demarcazione tra questioni ricevibili e irricevibili, come dimostra la sentenza del 1° luglio 2010, causa C-393/08, *Sbarigia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, su cui v. A. ARENA, *I limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in presenza di situazioni puramente interne: la sentenza Sbarigia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 201 ss.

⁵³ In dottrina, v. S. WEATHERILL, *Free Movement of Goods*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2003, p. 1021 ss.; P. OLIVER, S. ENCHELMAIER, *Free Movement of Goods: Recent Developments in the Case Law*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 649 ss.; E. SPAVENTA, *Leaving Keck behind? The free Movement of Goods after the Rulings in Commission v. Italy and Mickelsson and Roos*, in *European Law Review*, 2009, p. 914 ss.; S. ENCHELMAIER, *Moped Trailers, Mickelsson & Roos, Gysbrechts: The ECJ's Case Law on Goods Keeps on Moving*, in *Yearbook of European Law*, 2010, p. 190 ss.

⁵⁴ In dottrina, v. A. P. VAN DER MEI, *Free Movement of Persons within the European Community. Cross-Border Access to Public Benefits*, Oxford, 2003; E. SPAVENTA, *Free Movement of Persons in the European Union*, Alphen aan den Rijn, 2007; ID., *Seeing the Wood Despite the Trees? On the Scope of Union Citizenship and Its Constitutional Effects*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 13 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Citizenship of the Union and Freedom of Movement of Persons*, Leiden, 2008; S. O'LEARY, *Developing an Ever Closer Union between the Peoples of Europe? A Reappraisal of the Case Law of the Court of Justice on the Free Movement of Persons and EU Citizenship*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 167 ss.; P. WATSON, *European Court of Justice. Creative Responses in Uncharted Territory*, in M. LANGFORD (ed.), *Social Rights Jurisprudence*, Cambridge, 2008, p. 453 ss.; J. ZILLER, *Il diritto di soggiorno e di libera circolazione nell'Unione Europea, alla luce della giurisprudenza e del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto amministrativo*, 2008, p. 963 ss.; A. TRYFONIDOU, *In Search of the Aim of the EC Free Movement of Persons Provisions: Has the Court of Justice Missed the Point?*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 1591 ss.; P. MINDERHOUD, N. TRIMIKLINIOTIS (eds.), *Rethinking the Free Movement of Workers: The European Challenges Ahead*, Nijmegen, 2009.

⁵⁵ Per i lavoratori, l'art. 45 TFUE riguarda l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro, v., tra le più recenti, la sentenza del 16 luglio 2009, causa C-208/07,

ma anche disposizioni indistintamente applicabili, che ostacolano la libera circolazione⁵⁶.

Per quanto riguarda il diritto di stabilimento, la parità di trattamento deve essere garantita a qualsiasi cittadino o società nazionale che si stabilisca, sia pure in via secondaria, in un altro Stato membro⁵⁷. Sono pertanto da considerarsi restrizioni tutte le misure che vietano, ostacolano o scoraggiano il suo esercizio da parte di una persona fisica o giuridica⁵⁸. L'obbligo di eliminazione delle restrizioni riguarda gli Stati membri di provenienza e di destinazione (misure *exit/entry*)⁵⁹. Occorre infatti evitare che l'effetto utile delle norme sulla libertà di stabilimento venga vanificato da disposizioni unilaterali adottate dagli Stati membri.

Per la libertà di prestazione dei servizi⁶⁰ e la circolazione dei capitali, sono oggetto di frequente giurisprudenza misure nazionali relative all'acquisto di immobili, alle scommesse, all'istruzione e all'attività di fondazioni di pubblica utilità. Ampia giurisprudenza riguarda anche la materia della previdenza e le prestazioni sanitarie nell'ottica della circolazione dei servizi.

Inoltre, in vari contesti materiali sono applicabili, al contempo, due tra le quattro libertà di circolazione. Ad esempio, l'analisi delle restrizioni viene spesso affrontata nella prospettiva del diritto di stabilimento, ma anche in quella della circolazione dei servizi o della libertà di movimento dei capitali. Per motivi di economia procedurale, la Corte di giustizia evoca le diverse libertà applicabili nella fattispecie, ma assume poi la decisione in riferimento alla libertà ritenuta prevalente.

Von Chamier-Glisczinski, Raccolta, p. I-6095, punto 63 e giurisprudenza ivi citata; e la sentenza *Commissione c. Spagna*, causa C-211/08, cit., punto 53.

⁵⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman, Raccolta*, p. I-4921, punto 96; del 15 settembre 2005, causa C-464/02, *Commissione c. Danimarca*, ivi, p. I-7929, punto 35; del 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Gouvernement de la Communauté française e Gouvernement wallon*, cit., punti 44 (fine) e 48; del 16 marzo 2010, causa C-325/08, *Olympique Lyonnais*, ivi, p. I-2177, punto 34; del 10 settembre 2009, causa C-269/07, *Commissione c. Germania*, ivi, p. I-7811, punto 107.

⁵⁷ Per il diritto di stabilimento, l'art. 49 TFUE prevede: "Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro".

⁵⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 5 ottobre 2004, causa C-442/02, *CaixaBank France, Raccolta*, p. I-8961, punto 11; del 6 dicembre 2007, causa C-298/05, *Columbus Container Services*, ivi, p. I-10451, punto 34; del 23 ottobre 2008, causa C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, ivi, p. I-8061, punto 30; del 15 aprile 2010, causa C-96/08, *CIBA*, ivi, p. I-2911, punto 19.

⁵⁹ Sentenze *Columbus Container Services*, cit., punto 33; *Krankenheim Ruhesitz*, cit., punto 29; *CIBA*, cit., punto 18.

⁶⁰ Per i servizi l'art. 56 TFUE stabilisce: "Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno dell'Unione sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in uno Stato membro che non sia quello del destinatario della prestazione". Sulle restrizioni discriminatorie della *libera prestazione dei servizi*, v. le sentenze del 16 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. I-721, punto 19; del 30 marzo 2006, causa C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, ivi, p. I-2941, punto 36 ss.; nonché del 6 ottobre 2009, causa C-153/08, *Commissione c. Spagna*, ivi, p. I-9735, punto 36.

Considerata la vastità del tema, approfondiremo in questo lavoro la questione del bilanciamento sulla base dei principi generali e dell'*iter* argomentativo della Corte piuttosto che in riferimento alle singole libertà di circolazione dei fattori produttivi.

5. Il bilanciamento può avere come secondo termine di riferimento, accanto alle libertà di circolazione, la tutela dei diritti fondamentali, ivi compresi quelli sociali⁶¹. In particolare, la ponderazione della Corte di giustizia è stata svolta in un certo numero di sentenze con i diritti fondamentali riconosciuti (talvolta a livello costituzionale), così come riconosciuti e configurati negli ordinamenti nazionali⁶². Vale la pena di precisare che il bilanciamento può essere infatti effettuato tra una libertà di circolazione e un diritto fondamentale riconosciuto anche da un solo ordinamento nazionale, purché meritevole di tutela nell'ordinamento dell'Unione. Allorché la Corte ha riconosciuto un diritto fondamentale⁶³, non ha ritenuto rilevante il requisito di una concezione condivisa da tutti gli Stati membri.

La questione è stata affrontata ampiamente nella dottrina con rilievi spesso critici, in particolare nei confronti delle sentenze relative ai diritti fondamentali di carattere sociale⁶⁴.

⁶¹ Per approfondimenti nella ormai sterminata letteratura, *ex pluribus*, v. M. ORLANDI, *Libera circolazione delle merci e deroghe giustificate da esigenze di tutela dei diritti fondamentali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2003, p. 903 ss.; A. ALEMANNI, *À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur. Quelques réflexions à propos des arrêts "Schmidberger" et "Omega"*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004, p. 735 ss.; C. KOMBOS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in *European Public Law*, 2006, p. 433 ss.; V. SKOURIS, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms*, in *European Business Law Review*, 2006, p. 225 ss.; I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in *La Comunità Internazionale*, 2008, p. 641 ss.; N. NIC SHUIBHNE, *Margins of Appreciation: National Values, Fundamental Rights and EC Free Movement Law*, in *European Law Review*, 2009, p. 230 ss.; A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009; S. J. CURZÓN, *Internal Market Derogations in Light of the Newly Binding Character of the EU Charter of Fundamental Rights*, in G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights: From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht, 2011; U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 217 ss.

⁶² Sentenze della Corte di giustizia del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, *Raccolta*, p. I-5659; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, *ivi*, p. I-9609; 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *Dynamic Medien*, *ivi*, p. I-505.

⁶³ Nel senso di un diverso rigore del test di proporzionalità relativamente alle interferenze con i diritti fondamentali ed altri interessi protetti, J. H. GERARDS, *Fundamental Rights and Other Interests: Should It Really Make a Difference?*, in E. BREMS (ed.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerp, 2008, p. 655 ss., spec. p. 681 ss.

⁶⁴ Lo Stato membro può invocare a titolo di giustificazione delle restrizioni l'esigenza di rispettare i diritti fondamentali di espressione e di riunione: v. sentenza *Schmidberger*, cit., spec. punti 57-82.

In questa sede è possibile riferire lo sviluppo della questione in modo conciso e finalizzato ai rilievi sistematici della tecnica di bilanciamento. A partire dalle celebri sentenze *Wachauf*⁶⁵ ed *ERT*⁶⁶, l'esercizio di tutte le competenze dell'Unione, ivi comprese quella del mercato, deve soddisfare le esigenze inerenti la tutela dei diritti fondamentali⁶⁷. In primo luogo, gli Stati membri sono tenuti a rispettare tali diritti, quando adottano misure restrittive, anche in applicazione delle deroghe esplicite (ad esempio, in materia di ordine pubblico). In secondo luogo, le esigenze imperative non possono essere richiamate a giustificazione di misure nazionali restrittive, che snaturino la funzione sociale di un diritto fondamentale (ad esempio, limiti alla circolazione derivanti da un monopolio televisivo in contrasto con la libertà di informazione)⁶⁸. Nel complesso la formula del bilanciamento sin qui delineata può ritenersi così ampliata: sono legittime le misure nazionali restrittive che perseguono obiettivi di interesse generale nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità e non ledano la sostanza stessa dei diritti fondamentali⁶⁹.

Dalla Corte sono stati riconosciuti: il diritto fondamentale di manifestazione come giustificazione alle restrizioni della libertà di circolazione delle merci (sentenza *Schmidberger*)⁷⁰; il diritto alla dignità umana prevalente sulla libera prestazione dei servizi, secondo la deroga esplicita dell'ordine pubblico (sentenza *Omega*)⁷¹; la tutela dei minori come legittima giustificazione di una misura restrittiva della libera circolazione delle merci della misura contestata, in

⁶⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa 5/88, *Wachauf*, *Raccolta*, p. 2609. La Corte di giustizia ha affermato che i diritti fondamentali non hanno carattere assoluto, ma relativo alla loro funzione sociale; questi ammettono pertanto restrizioni, anche nell'ambito di un'organizzazione comune di mercato, purché rispondano effettivamente "a finalità d'interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la stessa sostanza di tali diritti" (punto 18). V., in tal senso, anche la sentenza del 10 luglio 2003, cause riunite C-20 e 64/00, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, *ivi*, p. I-7411, punto 68 e giurisprudenza *ivi* citata.

⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1991, causa C-260/89, *ERT*, *Raccolta*, p. I-2925. In senso analogo, v. la sentenza del Tribunale del 17 febbraio 2011, causa T-68/08, *FIFA c. Commissione*, punto 142, in cui si dichiara non giustificabile per motivi imperativi di interesse generale una misura nazionale restrittiva non conforme ad un diritto fondamentale (diritto di proprietà).

⁶⁷ Tale giurisprudenza è codificata nella Carta dei diritti, all'art. 51, par. 1, prima frase, e nelle relative Spiegazioni.

⁶⁸ Per una ricostruzione sistematica della questione, v. conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, presentate il 22 settembre 2011, causa C-411/10, *N. S.* In dottrina, v. D. CHALMERS, *Looking Back at ERT and Its Contribution to an EU Fundamental Rights Agenda. The Past and Future of EU Law*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, 2010, p. 140 ss.

⁶⁹ In questo senso possono essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà; v., ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia del 12 maggio 2005, causa C-347/03, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia e ERSA*, *Raccolta*, p. I-3785, punto 119; del 12 luglio 2005, cause riunite C-154 e 155/04, *Alliance for Natural Health e a.*, *ivi*, p. I-6451, punto 68.

⁷⁰ Sentenza *Schmidberger*, *cit.*, punto 74. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs in *Schmidberger*, *cit.*, punto 89.

⁷¹ Sentenza *Omega*, *cit.*, punto 36.

quanto idonea alla realizzazione dell'obiettivo e non eccedente quanto necessario per il suo conseguimento (sentenza *Dynamic*)⁷².

Uno specifico sviluppo giurisprudenziale ha riguardato la questione dei diritti fondamentali di natura sociale, quali il diritto di sciopero e la negoziazione collettiva. Le sentenze hanno avuto per oggetto il temperamento delle esigenze connesse alla realizzazione dell'obiettivo di tutela sociale con le libertà di circolazione. Nelle sentenze *Viking* e *Laval*⁷³, il diritto fondamentale sociale non è stato considerato autonoma giustificazione della misura restrittiva a differenza di quanto deciso successivamente nella sentenza *Commissione c. Germania*⁷⁴.

In generale, la "parificazione" dei diritti sociali alle libertà di circolazione non ha comportato tuttavia un ampliamento della tutela dei diritti sociali, in quanto la Corte ha applicato restrittivamente il criterio di proporzionalità. A riguardo basta ricordare che, nella sentenza *Viking*, la decisione della Corte si spinge sino conferire al giudice *a quo* il compito di accertamento della necessità dell'azione sindacale; nella sentenza *Laval*, la compatibilità della misura è collegata a puntuale riscontro del contenuto della direttiva sul distacco⁷⁵; infine, nella sentenza *Commissione c. Germania*, vengono considerate inderogabili le regole sugli appalti e le concessioni, senza riconoscimento di alcuna "immunità" al contratto collettivo che istituisce un fondo di previdenza integrativa (anche se la contrattazione collettiva ha valore costituzionale nell'ordinamento tedesco).

6. Com'è noto, le deroghe esplicite riguardano ordine pubblico, morale, salute ed una serie di altri motivi specifici per ciascuna libertà⁷⁶. Secondo la Corte di giustizia, il potere degli Stati membri di determinarne l'applicazione secondo le "necessità nazionali" deve essere interpretato restrittivamente ed è sottoposto al controllo delle istituzioni dell'Unione⁷⁷. Inoltre, le misure nazionali devono essere formulate in maniera da rispettare le esigenze di certezza del

⁷² Sentenza *Dynamic Medien*, cit.

⁷³ Sentenze della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union (Viking)*, *Raccolta*, p. I-10779, punto 75; del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, *ivi*, p. I-11767.

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-7087, punto 51: "un giusto equilibrio nella ponderazione dei rispettivi interessi in gioco, ossia il miglioramento del livello delle pensioni di vecchiaia dei lavoratori interessati, da un lato, e l'attuazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nonché l'apertura alla concorrenza a livello dell'Unione, dall'altro".

⁷⁵ Direttiva 96/71/CE, cit.

⁷⁶ Per le merci, l'art. 36, par. 2, TFUE prevede: moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, tutela della proprietà industriale e commerciale. Anche se è giustificabile in forza di una delle deroghe suddette, un provvedimento non deve "costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri".

⁷⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 28 settembre 1975, causa 36/75, *Rutili*, *Raccolta*, p. 1219, punti 26 e 27; del 27 ottobre 1977, causa 30/77, *Bouchereau*, *ivi*, p. 1999, punto 35; del 9 marzo 2000, causa C-355/98, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. I-1221, punto 28; del 14 marzo 2000, causa

diritto dei destinatari⁷⁸. Altrimenti, un'applicazione in termini generici del principio di sussidiarietà consentirebbe agli Stati membri di eludere gli impegni assunti nel Trattato⁷⁹.

L'ordine pubblico può essere invocato soltanto in caso di minaccia effettiva ed abbastanza grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività. In ogni caso, la nozione di ordine pubblico, variabile da uno Stato ad un altro e a seconda del momento storico, richiede un'interpretazione restrittiva sottoposta al controllo delle istituzioni dell'Unione⁸⁰. Nelle sentenze *Adoui e Cornuaille e Jany*, che riguardavano l'attività di prostituzione legale in alcuni Stati membri, tale deroga non è stata ritenuta applicabile nei confronti di un cittadino di un altro Stato membro, considerato che nello Stato ospite i cittadini nazionali sono liberi di svolgere tale attività⁸¹. Anche nella sentenza *Josemans* sulla commercializzazione di stupefacenti in appositi locali (legalizzata solo nei Paesi Bassi), la Corte ha escluso l'applicabilità della deroga in parola; ha invece riconosciuto l'ammissibilità dell'esigenza imperativa della "lotta al turismo della droga" da applicare nei limiti del principio di proporzionalità⁸². La medesima deroga è stata invece applicata, ad esempio, in relazione a determinate misure nel settore dell'energia, che condizionavano l'intervento pubblico al realizzarsi di situazioni di difficoltà di garanzia della sicurezza energetica⁸³.

In presenza di armonizzazione, la deroga dell'ordine pubblico sarà "modellata" sul contenuto del diritto derivato. Ad esempio, in materia di espulsioni del cittadino dell'Unione, il giudizio di proporzionalità della misura nazionale dovrà tener conto della ponderazione effettuata dal legislatore dell'Unione nella direttiva 2004/38/CE (art. 28), vale a dire in considerazione del periodo di integrazione nello Stato ospite. Pertanto, il livello di motivazione richiesto per l'espulsione sarà più elevato nel caso di un soggiorno ultradecennale (così come nel caso di minori beneficiari di un più alto livello di protezione)⁸⁴; di conseguenza,

C-54/99, *Église de scientologie e Scientology International*, *ivi*, p. I-1335, punto 17; del 17 luglio 2008, causa C-207/07, *Commissione c. Spagna*, *ivi*, p. I-111, pubblicazione sommaria, punto 47.

⁷⁸ Sentenza *Église de scientologie*, *cit.*, punti 19-23.

⁷⁹ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, presentate il 6 novembre 2008, causa C-326/07, *Commissione c. Italia*, in vista della sentenza del 26 marzo 2009, *Raccolta*, p. I-2291, punto 75.

⁸⁰ Anche nel diritto derivato, la nozione di "ordine pubblico" richiamata dalla direttiva "non deve essere quella propria degli ordinamenti nazionali, ma quella elaborata dalla giurisprudenza comunitaria": v. sentenza del 23 novembre 1999, cause riunite C-369 e 376/96, *Arblade*, *Raccolta*, p. I-8453, punto 34, in materia di trasferimento temporaneo di lavoratori all'estero per l'esecuzione di un contratto.

⁸¹ Sentenze della Corte di giustizia del 18 maggio 1982, causa 115/81, *Adoui e Cornuaille c. Belgio*, *Raccolta*, p. 1665; del 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jany e a.*, *ivi*, p. I-8615, punto 60.

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 2010, causa C-137/09, *Josemans*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 69.

⁸³ Sentenza della Corte di giustizia del 4 giugno 2002, causa C-503/99, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-4809, punti 50-53.

⁸⁴ V. conclusioni dell'Avvocato generale Bot presentate l'8 giugno 2010, causa C-145/09, *Tsakouridis*, in vista della sentenza del 23 novembre 2010, *Raccolta*, p. I-11979, punto 91.

l'espulsione potrà essere adottata, in via eccezionale, sulla base dell'estrema gravità del comportamento della persona in oggetto.

Quanto alla sicurezza interna ed esterna, occorre ricordare la speciale previsione in materia di produzione o commercio di armi, munizioni e materiale bellico. Lo Stato membro può adottare misure a riguardo, ma "tali misure non devono alterare le condizioni di concorrenza nel mercato interno per quanto riguarda i prodotti che non siano destinati a fini specificamente militari" (art. 346, par. 1, lett. b, TFUE)⁸⁵. La deroga in parola deve pertanto essere interpretata restrittivamente⁸⁶, nel rispetto del principio di proporzionalità e dei principi generali⁸⁷.

Per quanto riguarda la deroga esplicita della proprietà industriale e intellettuale, la Corte di giustizia, nella sentenza *Budvar* relativa alla tutela delle "indicazioni geografiche", ha ritenuto che il regolamento 510/2006⁸⁸ ha realizzato un sistema di tutela uniforme ed esauriente in materia; ne consegue che il ricorso da parte di uno Stato membro alla deroga in parola perde ogni giustificazione in quanto la tutela degli interessi in materia è già garantita a livello dell'Unione⁸⁹. La deroga del diritto d'autore viene esclusa poi nella sentenza *Football Association Premier League*, in quanto le partite di calcio non hanno le caratteristiche giuridiche della proprietà intellettuale; lo strumento delle "card di accesso condizionato con licenze di tipo territoriale" potrebbe però essere giustificabile in linea di principio sulla base dell'esigenza imperativa di "incoraggiare la presenza del pubblico negli stadi" nel rispetto del principio di proporzionalità (non verificato nella fattispecie)⁹⁰.

⁸⁵ Secondo la Corte non è legittimo affermare una riserva generale inerente al Trattato, che escluda dall'ambito d'applicazione del diritto dell'Unione qualsiasi misura adottata per motivi di pubblica sicurezza, in quanto una interpretazione, che prescindendo dai presupposti specifici stabiliti dal Trattato, comprometterebbe l'efficacia e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione: v. sentenza dell'11 marzo 2003, causa C-186/01, *Dory*, *Raccolta*, p. I-2479, punto 31 e giurisprudenza ivi citata.

⁸⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 31 gennaio 2006, causa C-503/03, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, p. I-1097, punto 45; del 18 luglio 2007, causa C-490/04, *Commissione c. Germania*, *ivi*, p. I-6095, punto 86; dell'11 settembre 2008, causa C-141/07, *Commissione c. Germania*, *ivi*, p. I-6935, punto 50.

⁸⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 10 febbraio 2009, cause riunite C-284/05, *Commissione c. Finlandia*; C-294/05, *Commissione c. Svezia*; C-372/05, *Commissione c. Germania*; C-387/05 *Commissione c. Italia* e C-409/05 *Commissione c. Grecia*, *Raccolta*, 2009 p. I-11705, punti 124 e 141, in vista della sentenza del 15 dicembre 2009, *Raccolta*, p. I-11705. V. anche la comunicazione interpretativa sull'applicazione dell'articolo 296 del trattato CE agli appalti pubblici della difesa, COM(2006)779 def., del 7 dicembre 2006. In dottrina, v. R. BARATTA, *L'eccezione di sicurezza nazionale e i defence procurement nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 75 ss.

⁸⁸ Regolamento (CE) n. 510/2006 del Consiglio, del 20 marzo 2006, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni d'origine dei prodotti agricoli e alimentari, *GUUE* L 93, 31 marzo 2006, p. 12 ss.

⁸⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 8 settembre 2009, *Budvar*, causa C-478/07, *Raccolta*, p. I-772.

⁹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 2011, cause riunite C-403 e 29/08, *Football Association Premier League*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 98 e 121 ss.

Un'altra deroga esplicita riguarda la tutela della vita degli animali⁹¹, purché i divieti o restrizioni non costituiscano un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri⁹². Nella sentenza *Nationale Raad van Dierenkwekers*⁹³ la Corte di giustizia ricorda tuttavia che, ove il rischio di fuga di animali esotici rappresenti una minaccia ecologica, sono giustificabili misure nazionali restrittive sulla base della tutela dell'ambiente.

Infine, per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, occorre ricordare che le restrizioni sono giustificate solo per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza⁹⁴.

7. La tutela della salute rientra tra le deroghe esplicite alla libertà delle merci (art. 36 TFUE), ma, al contempo, rappresenta un'esigenza imperativa che può giustificare una restrizione alla libertà di circolazione dei servizi (art. 56 TFUE). Esiste pertanto un'evidente differenziazione nel funzionamento delle due libertà in parola.

Per quanto riguarda la deroga nel settore delle merci spetta agli Stati membri decidere il livello di tutela della salute, eventualmente anche tramite l'autorizzazione all'immissione in commercio di prodotti alimentari⁹⁵; ma occorre dimostrare, alla luce delle abitudini nazionali e tenuto conto della ricerca scientifica internazionale, che il prodotto possa rappresentare un rischio reale per la salute⁹⁶.

Alcuni esempi consentono di meglio comprendere il funzionamento di questa giustificazione nei confronti della circolazione delle merci. Nelle sentenze sulla *fissazione dei prezzi minimi di tabacchi lavorati*⁹⁷, la Corte afferma che la direttiva sulle imposte sulla cifra d'affari dei tabacchi⁹⁸ non impedisce agli

⁹¹ La Corte ha rilevato più volte l'importanza dell'interesse alla protezione degli animali: v. ad esempio, sentenza del 17 gennaio 2008, cause riunite C-37 e 58/06, *Viamex Agrar Handel e ZVK, Raccolta*, p. I-69, punti 22 e 23 nonché giurisprudenza ivi citata.

⁹² Sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 1999, causa C-350/97, *Monsees, Raccolta*, p. I-2921, punto 24.

⁹³ Sentenza della Corte di giustizia del 19 giugno 2008, causa C-219/07, *Nationale Raad van Dierenkwekers en Liefhebbers, Raccolta*, p. I-4475, punto 29.

⁹⁴ V. art. 65 TFUE.

⁹⁵ Sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2006, cause riunite C-158 e 159/04, *Alfa Vita Vassilopoulos e Carrefour-Marinopoulos, Raccolta*, p. I-8135, punto 21; del 15 novembre 2007, causa C-319/05, *Commissione c. Germania, ivi*, p. I-9811, punto 86.

⁹⁶ Sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-319/05, cit., punto 88; v. anche sentenze del 30 novembre 1983, causa 227/82, *Van Bennekom, Raccolta*, p. 3883, punto 40; del 14 ottobre 1999, causa C-439/97, *Sandoz, ivi*, p. I-7041, punto 22; *Commissione c. Danimarca*, causa C-464/02, cit., punto 46; del 4 marzo 2010, causa C-197/08, *Commissione c. Francia, ivi*, p. I-1599, punto 53.

⁹⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 4 marzo 2010, *Commissione c. Francia*, causa C-197/08, cit.; causa C-198/08, *Commissione c. Austria, Raccolta*, p. I-1645; causa C-221/08; *Commissione c. Irlanda, ivi*, p. I-1669.

⁹⁸ Direttiva 95/59/CE del Consiglio, del 27 novembre 1995, relativa alle imposte diverse dall'imposta sulla cifra d'affari che gravano sul consumo dei tabacchi manifatturati, *GUCE L 291*, 6 dicembre 1995, p. 40 ss., come modificata dalla direttiva 2002/10/CE del Consiglio, del 12 febbraio 2002, *ivi L 46*, 16 febbraio 2002, p. 26 ss.

Stati membri di continuare la lotta al tabagismo. Nella sentenza *Ker-Optika*⁹⁹ una misura nazionale relativa al divieto di vendita di lenti via Internet (richiedendo la presenza di un ottico qualificato) viene giudicata un ostacolo sproporzionato nelle modalità di realizzazione dell'obiettivo prefissato. Nella sentenza *Humanplasma*¹⁰⁰, una misura nazionale, che vieta in modo assoluto la circolazione di sangue effettuata dietro qualsiasi compensazione dei donatori di sangue, viene riconosciuta incompatibile per la mancanza di proporzionalità rispetto all'obiettivo, raggiungibile con misure di diverso genere (ad esempio tramite il controllo dei donatori).

La tutela della salute entra in linea di conto per i servizi sanitari, oggetto di un'ampia e articolata giurisprudenza¹⁰¹. Anche in questa materia, il bilanciamento provvede a stabilire la legittimità delle misure nazionali che creano ostacoli non discriminatori e a "smascherare" restrizioni dissimulate, specie tramite il giudizio dell'unitarietà e coerenza della misura contestata con l'obiettivo della salute.

In contrapposizione con la teoria dell'esclusione delle restrizioni derivanti da motivi economici degli Stati membri, la Corte ritiene spesso giustificabili misure nazionali restrittive sulla base di considerazioni motivate dal buon funzionamento del sistema sanitario nazionale¹⁰², specie dal punto di vista finanziario¹⁰³. Tale riconoscimento si spiega però in quanto riconducibile alla specifica e straordinaria flessibilità riconosciuta nel Trattato ai servizi di interesse economico generale (art. 106, par. 2)¹⁰⁴. Una volta stabilita la compatibilità di tale deroga (specie sotto il profilo della compensazione), i servizi beneficiano della libertà di circolazione nei limiti delle esigenze imperative di uno Stato membro.

Tra ques'ultime può pertanto rientrare l'interesse generale al mantenimento di un servizio medico-ospedaliero equilibrato ed universale e, in generale, alla conservazione del sistema sanitario o alle competenze mediche sul territorio nazionale¹⁰⁵. Le restrizioni finalizzate alla tutela della salute pubblica possono giustificare: la programmazione nazionale delle infrastrutture/attrezzature ospedaliere, in particolare la ripartizione geografica, l'organizzazione, la natura dei servizi medici disponibili. In particolare, il bilanciamento consente di valutare i

⁹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2010, causa C-108/09, *Ker-Optika*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁰⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2010, causa C-421/09, *Humanplasma*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁰¹ Per un'analisi dettagliata ed esaustiva, v. F. COSTAMAGNA, *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011, spec. p. 135 ss.

¹⁰² V. sentenza *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, cit., punto 19.

¹⁰³ Sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, cit., punto 27; *Hartlauer*, cit., punto 46; *Commissione c. Germania*, causa C-141/07, cit., punti 46 e 47.

¹⁰⁴ Per approfondimenti, v. G. CAGGIANO, *I servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; D. GALLO, *op. cit.*, Milano, 2010.

¹⁰⁵ V., in tal senso, sentenze del 25 aprile 1996, causa C-158/96, *Kohll*, *Raccolta*, p. I-1931, punti 41, 50 e 51; *Smits e Peerbooms*, cit., punti 72-74; del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, *ivi*, p. I-4509, punti 67 e 73; nonché *Watts*, cit., punti 103-105.

costi sanitari rilevanti per evitare sprechi a fronte di limitate risorse finanziarie¹⁰⁶. Peraltro, nella sentenza *Commissione c. Francia*¹⁰⁷, la Corte ritiene ammissibili tali giustificazioni quando si tratti di apparecchiature mediche “pesanti” e particolarmente costose¹⁰⁸.

Le esigenze imperative possono riferirsi anche ai servizi privati incaricati di un servizio pubblico (o le cui modalità di svolgimento possano avere un impatto sul servizio pubblico). In genere, si tratta di misure nazionali restrittive su priorità e modalità di gestione¹⁰⁹, specie nella pianificazione e distribuzione dei servizi sul territorio¹¹⁰. Ad esempio, nella sentenza *Hartlauer*¹¹¹, la Corte riconosce la giustificabilità di una limitazione degli studi medici sulla base dell’esigenza imperativa del “mantenimento di un sistema medico efficiente”, ma non ritiene la misura nazionale rispettosa del principio di proporzionalità in quanto prende in considerazione solo la presenza di ambulatori autonomi e non anche degli studi associati. Nella sentenza *Corporación Dermoestética* la Corte ammette che limiti alla pubblicità televisiva per prodotti medico-chirurgici possano essere giustificati sulla base della tutela della salute, ma non ritiene ammissibile un divieto limitato alle emittenti televisive nazionali, che esclude quelle locali¹¹².

Per quanto riguarda i servizi farmaceutici, due giustificazioni sono spesso indicate a sostegno delle restrizioni: l’“obiettivo di servizi farmaceutici di qualità” e una “distribuzione migliore per una copertura universale”. In primo luogo, la Corte di giustizia ha stabilito che la fissazione dei prezzi¹¹³ e la limitazione della concorrenza¹¹⁴ costituiscono modalità legittime per raggiungere l’obiettivo della protezione della salute pubblica. In secondo luogo, nelle sentenze *Apothekerkammer des Saarlandes e al.*¹¹⁵, *Commissione c. Italia*¹¹⁶, *Commissione c. Germania*¹¹⁷ relativa a misure limitative della proprietà delle farmacie ai soli professionisti-farmacisti, la Corte riconosce meritevole di tutela l’obiettivo della sanità pubblica giustificabile per la fornitura di medicinali sicura e di qualità¹¹⁸.

¹⁰⁶ Sentenza *Smits e Peerbooms*, cit., punti 76-79, nonché sentenza *Watts*, cit., punto 108 s.

¹⁰⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-512/08, *Commissione c. Francia*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell’11 luglio 2002, causa C-294/00, *Gräbner*, *Raccolta*, p. I-6515, punto 46.

¹¹⁰ Sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-141/07, cit., punto 61.

¹¹¹ Sentenza *Hartlauer*, cit.

¹¹² Sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-500/06, *Corporación Dermoestética*, *Raccolta*, p. I-5785, punti 37-39.

¹¹³ Sentenza della Corte di giustizia dell’11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, *Raccolta*, p. I-14887, punto 122.

¹¹⁴ Sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-141/07, cit., punto 59.

¹¹⁵ Sentenza *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, cit., punti 41-50.

¹¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 19 maggio 2009, causa C-531/06, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-4103, punto 52.

¹¹⁷ Sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-141/07, cit., punti 51-57.

¹¹⁸ Sentenza *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, cit., punti 28 e 39.

In applicazione del test di proporzionalità la misura restrittiva viene giudicata coerente: da un lato, la formazione professionale, l'esperienza e la responsabilità della categoria professionale possono temperare la ricerca di profitti nella vendita dei medicinali¹¹⁹; dall'altro, la mancanza di legami con la produzione e la distribuzione all'ingrosso, assicurata da soggetti diversi, può consentire la necessaria autonomia per evitare azioni per l'incremento del consumo in materia¹²⁰. Tali caratteristiche sono considerate coerenti con l'obiettivo perseguito, in quanto idonee a contenere un consumo eccessivo di medicinali. È evidente quanto ampio possa essere il margine del bilanciamento lasciato alla Corte di giustizia, che tiene conto dell'interesse generale alla base delle legislazioni nazionali.

Quanto alle misure nazionali sulla distribuzione territoriale delle farmacie secondo i criteri del bacino di popolazione e della distanza reciproca, la sentenza *Blanco Pérez e Chao Gómez*¹²¹ dichiara la legittimità delle restrizioni derivanti al diritto di stabilimento sulla base della giustificazione dell'esigenza imperativa di assicurare alla popolazione un approvvigionamento in medicinali sicuro e di qualità; valuta poi positivamente il rispetto del principio di proporzionalità¹²². L'ordinanza *Polisseni*¹²³ ha poi stabilito anche la legittimità di specifiche misure per le zone rurali o densamente popolate.

8. Abbiamo già detto che la tutela ambientale crea difficoltà sistematiche delle categorie di misure restrittive alle libertà di circolazione. La questione di un *tertium genus* tra le deroghe esplicite e quelle di origine pretoria pone in discussione proprio la nitidezza della distinzione giurisprudenziale a riguardo. La configurazione di una deroga "ibrida" sembra contraddire l'indirizzo giurisprudenziale prevalente della Corte di giustizia¹²⁴.

La *ratio* costitutiva di questa eccezione "ibrida" potrebbe essere rappresentata dalla natura di diritto primario assunta ormai dalla tutela dell'ambiente in stretta connessione con la tutela della salute. Inoltre, la crescita esponenziale delle conoscenze scientifiche e della consapevolezza dell'opinione pubblica non è sempre caratterizzata da un eguale impatto negli ordinamenti nazionali, che presentano spesso misure di protezione di diversa intensità. Quest'ultima caratteristica giustifica, ad esempio, il mantenimento provvisorio di misure nazionali al momento dell'adozione di un atto di armonizzazione, in base ad una norma introdotta dall'Atto unico europeo (in previsione della massiccia armonizza-

¹¹⁹ *Ibidem*, punti 37-39.

¹²⁰ *Ibidem*, punti 33-37.

¹²¹ Sentenza *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit., punti 61-63.

¹²² In senso contrario alle conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 30 settembre 2009, rese nella causa *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit.

¹²³ Ordinanza della Corte di giustizia del 17 dicembre 2010, causa C-217/09, *Polisseni*, *Raccolta*, p. I-175, pubblicazione sommaria, punti 28-29.

¹²⁴ V., *ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 16 gennaio 2003, causa C-388/01, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-721, punto 19; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, cit., punto 36 ss.; del 6 ottobre 2009, causa C-153/08, *Commissione c. Spagna*, *ivi*, p. I-9735, punto 36.

zione per la realizzazione del mercato unico entro il 1992) e poi confermata dai successivi Trattati di modificazione (già art. 100 TCE; ora art. 114, par. 4, TFUE)¹²⁵.

Le difficoltà sistematiche delle deroghe per la tutela ambientale sono state evidenziate, da ultimo, dall'Avvocato generale Trstenjak¹²⁶ sulla base dell'analisi di alcune sentenze della Corte di giustizia: la sentenza *Commissione c. Belgio*¹²⁷, relativa al divieto direttamente discriminatorio di importazione di rifiuti nella regione vallona; la sentenza *Aher-Waggon*¹²⁸, relativa ad una discriminazione indiretta in materia di emissioni sonore di velivoli usati; la sentenza *PreussenElektra*¹²⁹, su una deroga nazionale avente effetto direttamente discriminatorio per l'energia elettrica da fonti rinnovabili; la sentenza *Commissione c. Germania*¹³⁰, sulla prevenzione e il recupero dei rifiuti da imballaggio; la sentenza *Commissione c. Austria (Brennero I)*¹³¹, sul divieto di circolazione sull'autostrada A12.

La giurisprudenza citata appare in genere collegabile alla circolazione delle merci, nel cui ambito la tutela della salute, che è collegata strettamente a quella dell'ambiente, rientra tra deroghe esplicite.

In ogni caso, le misure restrittive giustificate dalla protezione ambientale devono essere sottoposte a giudizio di bilanciamento per verificare che siano proporzionate all'obiettivo perseguito¹³². A riguardo la Corte adotta un approccio restrittivo sul frequente ricorso da parte degli Stati membri a tale obiettivo, statuendo nel senso dell'incompatibilità delle misure nazionali con le libertà di circolazione, talvolta per l'assenza di prove adeguate sul preteso rischio¹³³.

¹²⁵ V. art. 114, par. 4, TFUE: "Allorché, dopo l'adozione di una misura di armonizzazione da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, da parte del Consiglio o da parte della Commissione, uno Stato membro ritenga necessario mantenere disposizioni nazionali giustificate da esigenze importanti di cui all'articolo 36 o relative alla protezione dell'ambiente o dell'ambiente di lavoro, esso notifica tali disposizioni alla Commissione precisando i motivi del mantenimento delle stesse".

¹²⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, presentate il 16 dicembre 2010, causa C-28/09, *Commissione c. Austria*, in vista della sentenza del 21 dicembre 2011, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹²⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1992, causa C-2/90, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-4431, in cui però la Corte non formula un'affermazione esplicita a riguardo.

¹²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1998, causa C-389/96, *Aher-Waggon*, *Raccolta*, p. I-4473.

¹²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2001, causa C-379/98, *PreussenElektra*, *Raccolta*, p. I-2099.

¹³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2004, causa C-463/01, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-11705.

¹³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2005, causa C-320/03, *Commissione c. Austria*, *Raccolta*, p. I-9871.

¹³² V., sentenze della Corte di giustizia del 10 aprile 2008, causa C-265/06, *Commissione c. Portogallo*, *Raccolta*, p. I-2245, punto 38, nonché *Mickelsson e Roos*, cit., punto 32.

¹³³ Ad esempio, v. sentenze della Corte di giustizia del 15 novembre 2007, causa C-319/05, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-9811; del 4 ottobre 2007, C-186/05, *Commissione c. Svezia*, *ivi*, p. I-129; del 20 settembre 2007, causa C-297/05, *Commissione c. Paesi Bassi*, *ivi*, p. I-7467; del 7 giugno 2007, causa C-254/05, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. I-4269.

Nella sentenza *Mickelsson e Roos*¹³⁴, la Corte ha stabilito a proposito delle norme nazionali sul divieto di uso di moto d'acqua (al di fuori di determinati corridoi di navigazione) che il rispetto del principio di proporzionalità postula l'adozione di concrete misure attuative alternative, entro un termine ragionevole, da parte delle autorità nazionali. In relazione poi a determinati requisiti del certificato di immatricolazione di autovetture ecologiche, la sentenza *Land Baden-Württemberg*¹³⁵ considera la misura nazionale eccessiva rispetto all'obiettivo della tutela dell'ambiente, che potrebbe essere perseguito con mezzi alternativi a disposizione delle autorità.

Lo stesso giudizio di incompatibilità con le libertà di circolazione è stato formulato nei confronti dei divieti per autocarri su un tratto dell'autostrada del Brennero. Nella prima sentenza (2005)¹³⁶ la Corte ha qualificato la misura come restrittiva delle libertà di circolazione, ha riconosciuto l'esigenza imperativa della tutela dell'ambiente, ma ha giudicato le misure adottate sproporzionate rispetto all'obiettivo perseguito¹³⁷, in quanto non strettamente necessarie¹³⁸. Nella seconda (2011)¹³⁹, la Corte ha reiterato, su analogo divieto nell'ambito di un più ampio pacchetto di misure, il suo giudizio negativo sulla base delle medesime considerazioni¹⁴⁰.

Salvo che per la libertà di circolazione, la tutela dell'ambiente appare ancora un'esigenza imperativa a giustificazione di restrizioni "indistintamente applicabili" nelle altre libertà di circolazione.

9. Come abbiamo detto, l'avvio del ricorso, da parte della Corte di giustizia, alla tecnica del bilanciamento risale alla sentenza *Cassis de Dijon*, che riconosceva come ammissibili giustificazioni alle misure di effetto equivalente indistintamente applicabili: l'efficacia dei controlli fiscali, la protezione della salute, la lealtà dei negozi giuridici e la difesa dei consumatori.

Da allora una serie di altre esigenze imperative è stata identificata come meritevole di tutela nel diritto dell'Unione. L'*onus probandi* spetta agli Stati membri, ma la Corte ne esamina la compatibilità con le libertà di circolazione anche senza un esplicito richiamo dello Stato membro. In materia, la Corte di giustizia manifesta un approccio favorevole al riconoscimento di numerosi e variegati interessi generali degli Stati membri, riservandosi piuttosto di intervenire in maniera restrittiva in sede di verifica del test di proporzionalità.

¹³⁴ Sentenza *Mickelsson e Roos*, cit.

¹³⁵ Sentenza *Bonnarde*, cit.: "Importazione da parte di una persona residente in uno Stato membro di un veicolo già immatricolato in un altro Stato membro, che condiziona la concessione di un Bonus ecologico al requisito che Certificato di immatricolazione attestante la natura di veicolo dimostrativo", punto 30 ss.

¹³⁶ Sentenza *Commissione c. Austria*, causa C-320/03, cit.

¹³⁷ Sentenza *Mickelsson e Roos*, cit., punto 32.

¹³⁸ Ad esempio v. sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2008, causa C-524/07, *Commissione c. Austria*, *Raccolta*, p. I-187, pubblicazione sommaria, punto 57.

¹³⁹ Sentenza *Commissione c. Austria*, causa C-28/09, cit.

¹⁴⁰ *Ibidem*, punto 140.

Abbiamo accennato ad alcune esigenze imperative in materia di tutela della salute, dell'ambiente e dell'autonomia impositiva degli Stati membri. Nonostante sia impossibile riferire in questa sede tutte le altre esigenze imperative riconosciute dalla Corte, appare utile accennare alla giurisprudenza più recente in taluni settori.

In alcuni contesti materiali emerge, infatti, più chiaramente che in altri, la linea di confine tra motivazioni protezionistico-economiche (vietate) e quelle politico-sociali (ammissibili), in quanto coerenti con lo sviluppo delle libertà di circolazione. I motivi di natura puramente economica non possono, per costante giurisprudenza, costituire esigenze imperative. Tuttavia, la Corte ha ammesso che non si possa escludere che un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale possa costituire un motivo imperativo di interesse generale atto a giustificare un ostacolo alla libera prestazione dei servizi¹⁴¹.

In materia di lavoratori la Corte riprende, nella sentenza *Olympique Lyonnais*¹⁴², considerazioni già svolte nella sentenza *Bosman*¹⁴³, affermando come legittimo l'obiettivo di incentivare l'ingaggio e la formazione dei giovani calciatori.

Per la libertà di circolazione dei servizi, si può utilmente scorrere l'elenco del 40° 'considerando' della direttiva 2006/123/CE, che richiama una ventina di esigenze imperative individuate dalla Corte¹⁴⁴. Esse sono destinate ad essere ridimensionate per effetto della rimozione *ex ante* degli ostacoli alla circolazione grazie alla direttiva in parola, mentre continuano ad essere applicabili le deroghe dell'ordine pubblico, della salute e della tutela dell'ambiente (art. 16, par. 1, lett b, direttiva 2006/123/CE).

Particolarmente rilevante appare la giurisprudenza in materia fiscale, nel cui ambito misure nazionali restrittive vengono giustificate dagli Stati membri con la difficoltà dei controlli extraterritoriali e con il rischio di evasione fiscale¹⁴⁵. In questo ambito si rilevano anche altre giustificazioni, quali la lotta contro la frode

¹⁴¹ V. sentenze *Kohll*, cit., punto 41; e del 12 luglio 2001, causa C-368/98, *Vanbraekel*, *Raccolta*, p. I-5363, punto 47.

¹⁴² Sentenza *Olympique Lyonnais*, cit. Su questa base viene giustificata la misura nazionale che preveda per la società di formazione un indennizzo nel caso in cui il giovane giocatore concluda un contratto come giocatore professionista con una società di un altro Stato membro. La Corte tuttavia conclude che per garantire la realizzazione di tale obiettivo non è necessario un regime che preveda il pagamento da parte del giocatore a titolo di risarcimento danni indipendentemente dagli effettivi costi della formazione.

¹⁴³ Sentenza *Bosman*, cit.

¹⁴⁴ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, *GUUE* L 367, 27 dicembre 2006, p. 36 ss.

¹⁴⁵ Tra i più recenti contributi in materia, v. E. MILANESI, *La fiscalità diretta nelle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Una riflessione sul principio di non restrizione delle libertà fondamentali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 133 ss.; nonché C. GARBARINO, A. TURINA, *Fiscalità diretta e interpretazione uniforme del diritto dell'Unione: rassegna di recenti approdi della Corte di giustizia*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2011, p. 495 ss.

fiscale¹⁴⁶ e l'efficacia dei controlli amministrativi e fiscali¹⁴⁷. La “riduzione di entrate fiscali” non rappresenta invece un'esigenza imperativa¹⁴⁸. Soltanto a fronte di costruzioni puramente artificiali e prive di effettività economica (finalizzate cioè all'elusione dell'imposta sugli utili generati da attività svolte nel territorio nazionale), la “prevenzione di elusioni fiscali” può essere presa in considerazione come motivo di giustificazione¹⁴⁹. Al contrario è ammissibile la giustificazione della “coerenza del regime fiscale nazionale”¹⁵⁰, comprovata però in concreto in un limitato numero di sentenze¹⁵¹, quando esista un nesso diretto fra vantaggio fiscale e compensazione con un prelievo fiscale alla luce della finalità perseguita.

In assenza di armonizzazione della doppia imposizione fiscale, viene spesso ribadita l'esigenza imperativa della “tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri”. Ad esempio, nella sentenza *X Holding*¹⁵² la misura nazionale di divieto di costituzione di una entità fiscale unica tra società madre e società controllata non-residente è stata ritenuta giustificabile. Nello stesso senso si esprime la sentenza *National Grid Indus BV*¹⁵³ sulla legittimità dell'*exit tax* in caso di trasferimento all'estero della sede delle società.

Per quanto riguarda il ricorso ad esigenze imperative plurime, si può citare, ad esempio, la sentenza *Bressol*, in cui la Corte considera la giustificabilità della misura nazionale restrittiva sulla base di tre ragioni imperative: l'eccessivo onere a carico delle finanze pubbliche dovuto all'afflusso di studenti stranieri; i rischi per la qualità dell'insegnamento; la qualità del sistema sanitario per la riduzione del personale medico qualificato disponibile (gli studenti una volta formati potrebbero ritornare nel loro Stato di origine).

¹⁴⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, *Raccolta*, p. I-8203, punto 32; del 30 gennaio 2007, causa C-150/04, *Commissione c. Danimarca*, *ivi*, p. I-1165, punto 51 e giurisprudenza *ivi* citata; dell'11 ottobre 2007, causa C-451/05, *Elisa*, *ivi*, p. I-8251, punto 81; dell'11 giugno 2009, cause riunite C-155 a 157/08, *X e Passenheim*, *ivi*, p. I-5093, punto 45.

¹⁴⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura*, *Raccolta*, p. I-2471; del 5 aprile 1984, causa 177/82, *Van de Haar*, *ivi*, p. 1797. Più recentemente le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi presentate l'11 gennaio 2007, causa C-54/05, *Commissione c. Finlandia*, in vista della sentenza del 15 marzo 2007, *Raccolta*, p. I-2473.

¹⁴⁸ Sentenze della Corte di giustizia del 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, *Raccolta*, p. I-11779, punto 36; *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, *cit.*, punto 49.

¹⁴⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N*, *Raccolta*, p. I-7409, punto 106.

¹⁵⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*, *Raccolta*, p. I-7477, punto 42; del 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Papillon*, *ivi*, p. I-8947, punto 43; del 22 dicembre 2010, causa C-287/10, *Tankreederei I*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 23.

¹⁵¹ Sentenza *Krankenheim Ruhesitz*, *cit.*, punti 43 e 65.

¹⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 25 febbraio 2010, causa C-337/08, *X Holding*, *Raccolta*, p. I-1215.

¹⁵³ Sentenza della Corte di giustizia del 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus BV*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. V., specialmente le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, presentate l'8 settembre 2011, punti 95 e 96.

La lotta alla criminalità è richiamata come esigenza imperativa da numerose sentenze in materia di gioco d'azzardo. Nella sentenza *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*¹⁵⁴, la Corte ha dichiarato ammissibile una misura nazionale nei confronti di operatori privati stabiliti in altri Stati membri, che vietava di gestire giochi d'azzardo tramite Internet verso il territorio nazionale. Tale restrizione può essere giustificata dall'obiettivo di lotta contro la frode fiscale e la criminalità a discapito della libera prestazione dei servizi, tenuto conto delle particolarità connesse al settore.

Quanto all'esigenza imperativa di pianificazione territoriale la Corte, nella sentenza *Woningstichting Sint Servatius*¹⁵⁵, dopo aver stabilito che le misure contestate rappresentavano una restrizione ai movimenti dei capitali, ha valutato meritevole di tutela la finalità della politica dell'edilizia popolare e il suo finanziamento. In relazione alla deroga dell'ordine pubblico, la Corte ha però ritenuto che il riconosciuto interesse della collettività a promuovere l'edilizia popolare non sembrava oggetto di minaccia reale e sufficientemente grave così da richiamare la deroga dell'ordine pubblico¹⁵⁶. Tra le esigenze imperative¹⁵⁷ applicabili al caso di specie possono rientrare la "lotta contro la pressione fondiaria", "il mantenimento, in vista di un assetto del territorio, di una popolazione permanente in un ambiente rurale"¹⁵⁸, nonché il "rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario di una politica sociale"¹⁵⁹.

10. Dopo il giudizio sull'idoneità della misura nazionale a costituire un ostacolo alla circolazione (o sulla sua configurabilità come discriminazione indiretta) e dopo che le esigenze imperative siano state considerate meritevoli di tutela a livello dell'Unione, la Corte sviluppa nel suo *iter* argomentativo la parte centrale e caratteristica della *rule of reason*. Si tratta della valutazione teleologica dell'adeguatezza, necessità e proporzionalità della misura nazionale.

La giustificabilità di una restrizione presuppone che la misura sia necessaria, idonea e strettamente pertinente al conseguimento dello scopo perseguito¹⁶⁰.

¹⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2009, causa C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional*, *Raccolta*, p. I-7633.

¹⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2009, causa C-567/07, *Woningstichting Sint Servatius*, *Raccolta*, p. I-9021. Le misure nazionali in discussione riguardavano l'autorizzazione di progetti di investimenti immobiliari transfrontalieri da parte di enti istituzionalmente competenti a sviluppare l'edilizia popolare nei Paesi Bassi.

¹⁵⁶ Sentenza *Église de scientologie*, cit., punti 17 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, causa C-112/05, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-8995, punti 72 e 73 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁵⁸ V., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, causa C-302/97 *Konle*, *Raccolta*, p. I-3099, punto 40; del 13 luglio 2006, causa C-103/05, *Reisch e a.*, ivi, p. I-6827, punto 34; nonché del 25 gennaio 2007, causa C-370/05, *Festersen*, ivi, p. I-1129, punti 27 e 28.

¹⁵⁹ V., per analogia, a proposito di un sistema di previdenza sociale, sentenza *Watts*, cit., punto 103 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁶⁰ Tra le più recenti, v. sentenze della Corte di giustizia del 26 novembre 2002, causa C-100/01, *Oteiza Olazabal*, *Raccolta*, p. I-10981, punto 43; del 16 ottobre 2008, causa C-527/06, *Renneberg*, ivi, p. I-7735, punto 81; X e *Passenheim-van Schoot*, cit., punto 47; nonché del 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*, ivi, p. I-10821, punto 42.

L'esercizio del potere di uno Stato membro di restringere l'accesso al mercato nazionale è condizionato alla scelta dell'opzione per la misura meno invasiva delle libertà di circolazione, pur nell'ambito di un margine di discrezionalità. In sostanza, la verifica tende ad impedire che la misura restrittiva rappresenti un abuso del diritto o un'elusione degli impegni giuridici assunti dagli Stati membri¹⁶¹.

Il criterio più significativo della proporzionalità è costituito dal requisito di unità e coerenza¹⁶² della misura nazionale rispetto al raggiungimento dell'obiettivo perseguito¹⁶³. Nell'argomentazione di bilanciamento, tale passaggio consente alla Corte di distinguere tra un legittimo interesse pubblico e interessi "particolari" dissimulati nella formulazione della misura nazionale. L'analisi dei meccanismi di esenzione previsti dalla misura spesso disvela la sua vera natura giuridica¹⁶⁴. Secondo l'Avvocato generale Poiares Maduro, si può affermare che si tratta di un "requisito a tutela dell'integrità dell'iter legislativo e regolamentare e della responsabilità politica vera e propria" degli Stati membri¹⁶⁵.

Dal punto di vista dell'*onus probandi* spetta alle autorità nazionali dimostrare il rispetto del principio di proporzionalità¹⁶⁶ tramite un'approfondita analisi della idoneità e delle motivazioni¹⁶⁷, suffragata da elementi circostanziati a riguardo¹⁶⁸ e da riferimenti a misure alternative a quelle contestate¹⁶⁹. Non è richiesta né una dimostrazione compiuta di ciascuna alternativa¹⁷⁰, né una prova che nessun'altra misura permetterebbe la realizzazione dello stesso obiettivo alle stesse condizioni¹⁷¹. Ciò che conta è l'assenza di misure di minore portata e "invasività" degli scambi nel territorio dell'Unione¹⁷².

¹⁶¹ V. per tutti, R. MASTROIANNI, *Territorialità e Paese d'origine*, cit. p. 15 ss.

¹⁶² Sentenza *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*, cit., punto 42. Il requisito di unità e coerenza prevede che "una normativa nazionale è atta a garantire la realizzazione dell'obiettivo fatto valere solo qualora risponda effettivamente all'intento di realizzarlo in modo coerente e sistematico".

¹⁶³ Sentenze *Commissione c. Danimarca*, causa C-150/04, cit., punto 46; *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, cit., punto 55; del 5 marzo 2009, causa C-222/07, *Unión de televisiones Comerciales Asociada (UTECA)*, *Raccolta*, p. I-1407, punto 25.

¹⁶⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 4 dicembre 2008, causa C-249/07, *Commissione c. Paesi Bassi*, *Raccolta*, p. I-174, punti 47-50.

¹⁶⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro, presentate il 30 settembre 2009, in vista della sentenza *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit., punto 21.

¹⁶⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 2 dicembre 2004, causa C-41/02, *Commissione c. Paesi Bassi*, *Raccolta*, p. I-11375, punto 47, restrizioni a tutela della salute riguardanti l'obbligo di inserire negli alimenti determinati integratori.

¹⁶⁷ Sentenze della Corte di giustizia dell'8 maggio 2003, causa C-14/02, *ATRAL*, *Raccolta*, p. I-4431, punto 69; del 7 giugno 2007, causa C-254/05, *Commissione c. Belgio*, *ivi*, p. I-4269, punto 36.

¹⁶⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2008, causa C-161/07, *Commissione c. Austria*, *Raccolta*, p. I-10671, punto 36 e giurisprudenza *ivi* citata.

¹⁶⁹ Sentenza *Commissione c. Portogallo*, causa C-265/06, cit., punti 40-47.

¹⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 10 febbraio 2009, causa C-110/05, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-519, punto 66.

¹⁷¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 marzo 2011, causa C-400/08, *Commissione c. Spagna*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, sulla normativa relativa all'insediamento di centri commerciali in Catalogna.

¹⁷² Sentenza *Commissione c. Paesi Bassi*, causa C-297/05, cit., punto 70.

Anche sul funzionamento della proporzionalità può essere utile far riferimento, a titolo di esempio, a qualche sentenza significativa. Nella sentenza *Placanica*¹⁷³ le misure restrittive delle licenze di gioco sono giudicate coerenti con l'obiettivo dichiarato di ridurre l'attività criminale e fraudolenta, ma solo se contenute in un ambito quantitativo non particolarmente ridotto, che produrrebbe l'effetto opposto di spingere i clienti verso operatori non autorizzati.

Nella sentenza *National Grid Indus BV*¹⁷⁴, la Corte ritiene rispettoso del principio di proporzionalità il criterio della tassazione dei plusvalori maturati sino al cambiamento di residenza di un soggetto economico all'estero (in quanto da quel momento la potestà impositiva dello Stato di provenienza cessa di esistere); al contrario, non giudica legittimo che la pretesa di riscossione della tassazione sia effettuata al momento stesso del trasferimento. Tale riscossione potrebbe, infatti, essere dilazionata all'atto della vendita dei beni in un tempo successivo e al trasferimento medesimo e, nel frattempo, la trasparenza contabile (ai fini del futuro prelievo della tassazione da parte dello Stato di provenienza) potrebbe essere assicurata da una dichiarazione annuale della società sulla continuità del possesso dei beni. In definitiva, nella prospettiva della proporzionalità, la Corte ritiene quale criterio ottimale la concessione dell'opzione tra il pagamento immediato della tassazione (che potrebbe essere preferito dalla società per chiudere ogni rapporto pendente nello Stato di provenienza) o differito al momento della vendita del bene, che avverrà quando la sede sarà stata ormai trasferita in un altro Stato membro. In una decisione così articolata, è evidente la funzione di supplenza che la Corte svolge per la "latitanza" del legislatore dell'Unione.

Infine, occorre ricordare la divisione dei ruoli tra Corte di giustizia e giudici nazionali nel bilanciamento. Per quanto riguarda il giudizio di proporzionalità, la Corte indica ai giudici nazionali un preciso orientamento per la causa principale "nel rispetto del Trattato", seguendo la natura stessa del dialogo caratteristico dell'interpretazione pregiudiziale ed i principi di leale cooperazione e sussidiarietà. Con l'obiettivo dell'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione del diritto dell'Unione europea, il ricorso in via pregiudiziale consente così di conferire al giudice nazionale gli elementi necessari a statuire sulla compatibilità delle misure nazionali con il diritto dell'Unione.

11. Un ambito cruciale del bilanciamento riguarda la disciplina delle autorizzazioni preventive dello Stato di destinazione nei confronti di un fattore di produzione proveniente da un altro Stato membro. L'ammissibilità e le giustificazioni di tali sistemi pone la maggiore questione di compatibilità con le libertà di circolazione.

In generale, agli Stati membri è consentito, per il perseguimento di esigenze di interesse pubblico, prevedere requisiti qualitativi per l'accesso ad una deter-

¹⁷³ Sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2007, cause riunite C-338, 359 e 360/04, *Placanica e a.*, *Raccolta*, p. I-1891, punto 55.

¹⁷⁴ Sentenza *National Grid Indus BV*, cit.

minata attività¹⁷⁵. Per disciplinare l'impatto della questione e ridurne l'effetto indiretto potenzialmente elusivo delle libertà di circolazione, la direttiva "servizi" 2006/123/CE prevede una particolare azione di verifica sui regimi autorizzatori già esistenti o nuovi¹⁷⁶.

Nell'ambito dell'analisi sulla proporzionalità, la Corte di giustizia individua quattro condizioni per la legittimità di un procedimento di previa autorizzazione. La prima riguarda la verifica che il procedimento nazionale non contenga duplicazioni rispetto a procedimenti già condotti in altri Stati Membri¹⁷⁷; lo Stato di destinazione deve infatti considerare se la tutela dei propri interessi generali non sia già garantita nello Stato di origine, nel qual caso si applica il principio del mutuo riconoscimento. La seconda condizione postula che il sistema nazionale autorizzatorio sia basato su criteri oggettivi, non discriminatori e trasparenti; in particolare, le regole applicabili devono essere formulate in modo chiaro, affinché la procedura sia agevolmente accessibile agli operatori economici¹⁷⁸. Per la terza condizione, ogni diniego dell'autorizzazione deve essere impugnabile mediante un ricorso in via giudiziaria¹⁷⁹ e non comportare oneri eccessivi¹⁸⁰, così da non dissuadere gli operatori¹⁸¹ e circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali affinché esso non sia usato in modo arbitrario¹⁸². L'ultima condizione riguarda la verifica se lo stesso obiettivo non possa essere conseguito con modalità meno restrittive, per esempio con una semplice dichia-

¹⁷⁵ La Corte di giustizia ha ritenuto che le condizioni per l'accesso all'attività stabilite dallo Stato membro non fossero proporzionate. L'autorizzazione alla prestazione di servizi delle guide veniva giudicata eccedente rispetto agli interessi generali attinenti alla valorizzazione del patrimonio storico, artistico e culturale del Paese: v. sentenza del 26 febbraio 1991, causa C-180/89, *Commissione c. Italia (Guide turistiche)*, *Raccolta*, p. I-709. Altrettanto per una normativa tedesca che subordinava al possesso della qualifica professionale di consulente in materia brevettuale l'esercizio di un'attività di assistenza di carattere meramente amministrativo, volta ad assicurare il tempestivo versamento delle tasse per il rinnovo dei brevetti, v. sentenza del 25 luglio 1991, causa C-76/90, *Säger*, *ivi*, p. I-4221. Sul carattere non proporzionato di riserve professionali per servizi che implicano compiti essenzialmente esecutivi, v. sentenza del 17 ottobre 2002, causa C-79/01, *Payroll e a.*, *ivi*, p. I-8923. L'esame di Stato per l'accesso a una professione può costituire un ostacolo alla libertà di stabilimento, di cui occorre quindi valutare la necessità e la proporzionalità rispetto al perseguimento di obiettivi di interesse generale: v. ordinanza del 17 febbraio 2005, causa C-250/03, *Mauri*, *Raccolta*, p. I-1267, punto 44.

¹⁷⁶ Articoli da 9 a 13 della direttiva 2006/123/CE, *cit.*

¹⁷⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 27 giugno 1996, causa C-293/94, *Brandsma*, *Raccolta*, p. I-3159, punto 12; del 17 settembre 1998, causa C-400/96, *Harpegnies*, *ivi*, p. I-5121, punto 35.

¹⁷⁸ Sentenza *Commissione c. Danimarca*, causa C-150/04, punto 53.

¹⁷⁹ Sentenze della Corte di giustizia del 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Analir e a.*, *Raccolta*, p. I-1271, punto 28; del 5 febbraio 2004, causa C-24/00, *Commissione c. Francia*, *ivi*, p. I-1277, punto 26.

¹⁸⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, *Raccolta*, p. I-1663.

¹⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 2004, causa C-95/01, *Greenham e Abel*, *Raccolta*, p. I-1333, punto 50.

¹⁸² V., in tal senso, le citate sentenze *Smits e Peerbooms*, punti 82 e 90; *Müller-Fauré e van Riet*, punti 83-85; nonché *Watts*, punti 114-116.

razione. L'applicazione di tali criteri può essere diversamente modulata in specifici settori¹⁸³.

Vale la pena esaminare alcune sentenze in cui questo schema argomentativo appare particolarmente valorizzato. In materia di distacco di lavoratori, la sentenza *Commissione c. Belgio* statuisce che una mera dichiarazione preventiva, che attesti la posizione regolare (condizioni di residenza, permesso di lavoro e copertura previdenziale) dei lavoratori cittadini di Stati terzi, costituisce una misura che, in linea di principio, non eccede quanto necessario per evitare gli abusi cui può portare l'attuazione della libertà di prestazione dei servizi¹⁸⁴.

Per la libertà di circolazione dei servizi la Corte ha dichiarato incompatibili, nella sentenza *Hartlauer*¹⁸⁵, misure nazionali che condizionavano l'autorizzazione all'apertura di un istituto di cura privato (ambulatorio dentistico) ad una valutazione sulla base del numero dei medici convenzionati. Un simile regime potrebbe essere giustificato solo se riferito a criteri oggettivi, non discriminatori e predeterminati per l'esercizio del potere autorizzatorio. Secondo la Corte, una misura nazionale come quella contestata era invece inidonea alla realizzazione degli obiettivi diretti a mantenere "un servizio medico di qualità, equilibrato e accessibile a tutti", oppure a prevenire un rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema previdenziale.

In particolare per la libertà di circolazione dei giochi d'azzardo, la Corte, nella sentenza *Placanica*, ha ritenuto che limiti al numero delle licenze possono essere giustificabili solo per l'esigenza imperativa di uno Stato membro di ridurre l'attività criminale e fraudolenta e di favorire attività autorizzate¹⁸⁶; ma tale obiettivo non sarebbe realizzato in maniera unitaria e coerente se il numero di licenze fosse così esiguo da spingere i giocatori verso operatori non autorizzati¹⁸⁷. Peraltro, nella sentenza *Stoß*¹⁸⁸ la Corte, in considerazione dell'ampio margine di discrezionalità in assenza di armonizzazione legislativa, statuisce che uno Stato membro non è tenuto a riconoscere le autorizzazioni rilasciate da altri Stati membri, specie per i giochi d'azzardo su Internet. Tuttavia, nella sentenza *Carmen Media Group*¹⁸⁹ la Corte ha precisato che un regime di autorizzazione deve essere fondato su criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo, in modo da circoscrivere l'esercizio del potere discrezionale ed evitarne un utilizzo arbitrario.

¹⁸³ Per l'applicazione del principio di proporzionalità ad un procedimento di autorizzazione preventiva nel settore della normalizzazione, v. sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*, *Raccolta*, p. I-607, punto 43.

¹⁸⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 2009, causa C-219/08, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-9213, punti 16 e 18.

¹⁸⁵ Sentenza *Hartlauer*, cit.

¹⁸⁶ Sentenza *Placanica*, cit., punto 55.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2010, cause riunite C-316, da 358 a 360/07, 409 e 410/07, *Stoß e a.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

¹⁸⁹ Sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2010, causa C-46/08, *Carmen Media Group*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

Un regime di previa autorizzazione può, secondo la sentenza *Woningstichting Sint Servatius*¹⁹⁰, essere necessario e proporzionale agli scopi perseguiti, che non siano raggiungibili con misure meno restrittive, ad esempio mediante una semplice dichiarazione sull'intenzione di effettuare un investimento transfrontaliero. Se un controllo preliminare sulle attività dell'ente risulti necessario, non può certamente avere carattere discrezionale, ma deve essere fondato su criteri oggettivi e trasparenti¹⁹¹.

Per gli aspetti non armonizzati della previdenza sociale, come abbiamo detto, spetta alla normativa di ciascuno Stato membro determinare le condizioni di concessione delle prestazioni in materia, nel rispetto del diritto dell'Unione¹⁹². Benché un'autorizzazione preventiva costituisca, sia per i pazienti sia per i prestatori, un ostacolo alla libera prestazione dei servizi¹⁹³, la Corte ha statuito nondimeno che il diritto di un paziente di ottenere assistenza ospedaliera in un altro Stato membro a carico del sistema di appartenenza può essere soggetto ad una previa autorizzazione¹⁹⁴. Tuttavia la Corte, nella sentenza *Elchinov*¹⁹⁵ fissa dei limiti di proporzionalità ai sistemi autorizzatori, giudicando incompatibile con il diritto dell'Unione un sistema nazionale che escluda tale rimborso, solo perché il paziente non abbia potuto richiedere un'autorizzazione preventiva (o attendere il risultato della richiesta); almeno quando il rimborso delle cure non sia tale da compromettere il conseguimento degli scopi di pianificazione ospedaliera, né alteri in modo grave l'equilibrio finanziario del sistema previdenziale.

12. Rispetto agli ordinamenti interni, la specificità della tecnica applicata dalla Corte di giustizia è proprio quella che il bilanciamento si svolge tra libertà di circolazione protette dall'ordinamento europeo e interessi tutelati negli Stati membri, tramite il "filtro" del giudizio di meritevolezza nel diritto dell'Unione.

Questa specificità, che è certamente riconducibile ai principi di effettività e del primato del diritto dell'Unione, dimostra anche la "sostanziale unitarietà" degli ordinamenti nazionali e dell'Unione, anche se non è opportuno, in questa sede, approfondire la nota questione dell'impronta monista o pluralista del rapporto fra gli ordinamenti.

Lo studio del funzionamento del bilanciamento conferma la dinamica federale in atto nell'integrazione europea, anche tramite la definizione giurisprudenziale del punto di equilibrio "caso per caso" tra interessi contrastanti dell'Unione e degli Stati membri. Certamente, la metodologia in parola è espressione della

¹⁹⁰ Sentenza *Woningstichting Sint Servatius*, cit., sulle restrizioni alla libera circolazione dei capitali in materia di edilizia popolare.

¹⁹¹ V., in particolare, *Hartlauer*, cit., punto 64 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁹² Sentenze *Watts*, cit., punto 92 e giurisprudenza ivi citata; del 19 aprile 2007, causa C-444/05, *Stamatelaki*, *Raccolta*, p. I-3185, punto 23.

¹⁹³ V., in tal senso, sentenze *Kohll*, cit., punto 35; *Smits e Peerbooms*, cit., punto 69; *Müller-Fauré e van Riet*, cit., punto 44; nonché *Watts*, cit., punto 98.

¹⁹⁴ V. sentenze *Smits e Peerbooms*, cit., punto 82; *Watts*, cit., punto 113.

¹⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 2010, causa C-173/09, *Elchinov*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

funzione costituzionale della Corte di giustizia, che statuisce una ponderazione di beni giuridici protetti dall'Unione ed interessi generali dagli Stati membri, almeno sino al momento dell'“occupazione” da parte dell'Unione della competenza concorrente del mercato. Tale dinamica può anche essere inquadrata nella dottrina della *pre-emption*, che interpreta lo sviluppo delle competenze concorrenti secondo un modello federale¹⁹⁶.

Come abbiamo detto, anche il legislatore dell'Unione opera una valutazione del “punto di equilibrio” tra l'interesse dell'Unione all'integrazione del mercato e gli interessi generali degli Stati membri; determina così le modalità di protezione dei beni giuridici confliggenti sulla base di scelte complesse di natura politica, economica e sociale, che tengono in debito conto la volontà degli Stati membri. Il diritto secondario “cristallizza” l'equilibrio di interessi e, di conseguenza, esclude o limita la necessità del bilanciamento in forza dell'intensità vincolante e dell'ambito di applicazione materiale (armonizzazione totale, parziale o minimale).

È evidente che il bilanciamento della Corte di giustizia può approdare a risultati non sempre rassicuranti per la certezza del diritto. Pertanto, il legislatore sovranazionale “infittisce la tela” del diritto derivato, sia per rimuovere *ex ante* gli ostacoli alle libertà di circolazione, sia per ridurre il margine di discrezionalità che tale tecnica comporta.

In definitiva, l'integrazione europea (almeno del mercato) oscilla tra la flessibilità del metodo pretorio e la compiuta articolazione delle norme di armonizzazione, la cui adozione facilita l'applicazione dei principi del diritto dell'Unione da parte dell'operatore giuridico e dei giudici nazionali. Quest'ultimi partecipano, in ogni caso, al bilanciamento nel ricorso di interpretazione pregiudiziale, anche se nel ristretto margine lasciato dagli “orientamenti” della Corte di giustizia.

Abstract

The Balance between the Freedoms of Movement and Non-economic General Interests of the Member States in the Internal Market

The article is devoted to the progressive reduction of national measures restricting the freedoms of circulation in the EU internal market. Generally, the process of legislative harmonization provides an assessment of the balance between the interests of the European Union to market integration and the interests of the Member States. If this is not the case, the Court of Justice held an evaluation on the balance between the four

¹⁹⁶ A. ARENA, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen*, in *The Columbia Journal of European Law*, 2011, p. 477 ss.

freedoms of movement and the non-economic general interests of the Member States, according to the test of necessity and proportionality. National courts participate through the dialogue of preliminary ruling, within the margin left by the “guidelines” given by the Court of Justice.

The study examines the legitimate restrictions to each of the four freedoms of movement (the concept of “measures having equivalent effect to quantitative restrictions” and the directly and indirectly discriminatory rules) and on the basis of fundamental rights (including those of a social nature); it analyzes the rationale and the functioning of the derogations provided by the TFEU and those created by the ECJ (with specific attention the characteristics of the protection of health and the environment). Reflections are also devoted to the strengths and weaknesses of the process of legislative harmonization and the case-law methodology: the first step the evaluation of conflicting interests while facilitating the application by operators; the second enhance flexibility, yet creating legal uncertainty.

The conclusions confirm the federal dynamic process in EU integration. The check and balance method is an expression of the constitutional function of the Court of Justice until the time of ‘occupation’ of the internal market shared competence by the EU harmonization measures.

Cristina Fasone*, Nicola Lupo**

Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno***

SOMMARIO: 1. Il progressivo “empowerment” del Parlamento europeo. – 2. Le articolazioni “interne” del Parlamento europeo. – 3. Il rapporto tra Parlamento europeo e Commissione: i mutamenti nella forma di governo dell’Unione europea. – 4. Le novità nell’ambito delle procedure legislative. – 5. Parlamento europeo e Parlamenti degli Stati membri nelle procedure legislative. – 6. Prime conclusioni. Un Parlamento in grado di amplificare gli effetti del suo rafforzamento.

1. Una delle tendenze costanti dell’evoluzione istituzionale della Comunità e poi dell’Unione europea può identificarsi nel progressivo ampliamento delle prerogative del Parlamento europeo: da Assemblea dotata di poteri pressoché esclusivamente consultivi a vero e proprio co-legislatore. Un punto di snodo fondamentale è costituito senza dubbio dalle elezioni a suffragio universale e diretto di questa istituzione a partire dal 1979¹, che ne hanno rafforzato decisamente la legittimazione democratica².

* Assegnista di ricerca in Diritto pubblico nella LUISS “Guido Carli” di Roma.

** Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nella LUISS “Guido Carli” di Roma.

*** Il presente scritto è frutto della stretta collaborazione tra i due autori. Ad ogni modo, Cristina Fasone è da ritenersi autrice dei paragrafi 2, 3 e 4; Nicola Lupo dei paragrafi 1, 5 e 6.

¹ Cfr. D. MARQUAND, *Parliament for Europe*, London, 1979, pp. 64-66, e P. L. LINDSETH, *Democratic Legitimacy and the Administrative Character of Supranationalism: The Example of the European Community*, in *Columbia Law Review*, 1999, pp. 673-674.

² La legittimazione democratica del Parlamento europeo è stata comunque oggetto anche successivamente di critiche piuttosto serrate, come quelle contenute nella sentenza del Tribunale costituzionale federale tedesco del 30 giugno 2009 sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona (2BvE 2/08, secondo senato) e riguardanti la composizione dell’istituzione, secondo il principio di proporzionalità regressiva, e l’assenza di un esecutivo di fatto responsabile dinanzi ad esso (sebbene dopo il Trattato di Lisbona, formalmente, la Commissione europea sia collettivamente responsabile dinanzi al Parlamento europeo). Per una lettura a supporto delle motivazioni utilizzate, sul punto, dalla sentenza, cfr. G. FERRARA, *In difesa della sentenza del Bundesverfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, 2009, www.astrid.eu; G. GUARINO, *Per una*

Questa graduale affermazione del Parlamento europeo è avvenuta non senza resistenze da parte delle altre istituzioni: basti pensare, infatti, che, nonostante le risoluzioni parlamentari approvate dall'Assemblea di Strasburgo dagli anni Sessanta in poi, il *nomen* "Parlamento europeo" è comparso per la prima volta nei Trattati, in particolare a causa dell'ostilità del Consiglio, soltanto con l'Atto unico europeo del 1987. Il Parlamento europeo ha comunque saputo farsi promotore del proprio ruolo istituzionale, modificando strategicamente il regolamento interno (d'ora in poi Reg. PE) e riuscendo ad ottenere, in seguito, ciò che aveva richiesto³.

A partire dal Trattato di Maastricht del 1993, a seguito dell'introduzione della procedura di co-decisione, il Parlamento europeo è divenuto, su di un piano di sostanziale parità con il Consiglio (dei ministri)⁴, co-protagonista del processo decisionale europeo. Le successive riforme dei Trattati, fino a quella del Trattato di Lisbona, non hanno fatto che assecondare e approfondire questo *trend* nel senso di un rafforzamento del Parlamento europeo nei rapporti inter-istituzionali⁵.

Nonostante ciò, in Italia, con l'eccezione di alcuni (non recentissimi) studi prevalentemente di taglio politologico⁶, della trattazione di alcuni temi settoriali⁷ e

Costituente europea. Riflessioni sulla costruzione europea dopo la sentenza tedesca sul Trattato di Lisbona, *ivi*; M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, *ivi*; *contra* S. CASSESE, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, pp. 1003-1007; G. GRASSO, M. POIARES MADURO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 503-529, A. MANZELLA, *80 giorni dopo*, 2009, www.astrid.eu; G. L. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente "Lissabon Urteil"*, *ivi*.

³ Cfr. C. ATTENNI, *L'innovazione istituzionale in Europa. Il Regolamento interno del Parlamento Europeo*, in *Nomos*, 2002, pp. 133-152.

⁴ È però con le modifiche del Trattato di Amsterdam alla procedura di co-decisione che la parità con Consiglio diventa effettiva. Cfr., ad esempio, R. GARABELLO, *I nuovi poteri del Parlamento europeo nel quadro delle riforme istituzionali apportate dal Trattato di Amsterdam*, in *La Comunità Internazionale*, 1998, pp. 271-294.

⁵ Cfr. L. DANIELE, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, pp. 43-54.

⁶ Cfr., ad esempio, F. ATTINÀ, *Il parlamento europeo e gli interessi comunitari*, Milano, 1986; L. BARDI, *Il parlamento della Comunità europea: legittimità e riforma*, Bologna, 1989, nonché la ricerca sul personale politico condotta da D. PASQUINUCCI, L. VERZICHELLI, *Elezioni europee e classe politica sovranazionale. 1979-2004*, Bologna, 2004. Cfr. infine i sintetici lavori di M. INNOCENTE FURINA, *Rappresentanza politica e Parlamento europeo*, Roma, 2004 e di L. BARDI, P. IGNAZI, *Il parlamento europeo*, II ed., Bologna, 2011.

⁷ Cfr., ad esempio, sulle elezioni, B. CARAVITA (a cura di), *Le elezioni del Parlamento europeo del 2004*, Milano, 2005; e, sui gruppi, S. BARONCELLI, *I gruppi parlamentari nell'esperienza del Parlamento europeo*, in S. MERLINI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi parlamentari, partiti: il contesto europeo*, I, Torino, 2001, p. 3 s.; e E. GIANFRANCESCO, *I limiti alla costituzione di gruppi politici all'interno del Parlamento europeo (Osservazioni a margine di una sentenza del Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee)*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, p. 91 s. Vi sono poi contributi che si occupano di temi di più ampio respiro, ma che affrontano anche determinati profili relativi alla posizione del Parlamento europeo, come S. NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di Giustizia eu-*

dell'evidenziazione del nesso con il tema del *deficit* democratico⁸, i meccanismi di organizzazione e di funzionamento del Parlamento europeo sono stati spesso sottovalutati dalla dottrina, in particolare negli ultimi due decenni⁹. Il (relativo) disinteresse degli studiosi italiani per il Parlamento europeo può destare qualche sorpresa se si confronta alla fase iniziale, in cui invece non erano mancati studi monografici in argomento¹⁰; e se si pensa che, contrariamente alla vulgata secondo cui esso non sarebbe “ancora” un “vero” Parlamento, tale istituzione, secondo qualche studioso, a tal punto è stato rafforzato nell'ambito dell'architettura istituzionale dell'Unione europea che oggi potrebbe qualificarsi come “una delle assemblee elettive più potenti del mondo”¹¹.

In fondo, il Parlamento europeo, però, si confronta con gli stessi dilemmi che connotano oggi tutti i Parlamenti contemporanei, in primo luogo quelli nazio-

ropea, Milano, 2004, spec. p. 70 s., e P. RIDOLA, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, nel volume dello stesso autore dal titolo *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 325 s. Il riferimento principale, quanto agli studi di sintesi su organizzazione e funzionamento del Parlamento europeo in lingua italiana, è pertanto costituito dalle voci enciclopediche come quelle di F. CAPO-TORTI, *Parlamento europeo*, in *Enciclopedia giuridica*, XXII, 1990, di L. FUMAGALLI, *Parlamento europeo*, in *Enciclopedia del diritto*, V agg., 2001, p. 801 ss., e di N. LUPO, A. MANZELLA, *Parlamento europeo*, in S. CASSESE (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, V, pp. 4112-4124. Si tratta, peraltro, di voci non ancora aggiornate dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

⁸ Cfr., per tutti, U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella “Costituzione europea”*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, p. 643 s. A tal riguardo, vi è stato anche chi ha rilevato come il noto argomento del *deficit* democratico, quale problema strutturale delle Comunità europee, sia stato utilizzato a fini “utilitaristici” proprio dal Parlamento europeo, pretendendo un'estensione di poteri per legittimare democraticamente i processi decisionali europei in quanto unica istituzione dotata di investitura diretta da parte dei cittadini: cfr. Cfr. G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003, p. 109. Si tratta di un processo che è stato incoraggiato anche dalla giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale tedesco: in particolare, dalla sentenza sul Trattato di Maastricht, del 12 ottobre 1993, ove il Tribunale aveva con forza segnalato il rischio di contraddizione tra l'assetto della costruzione europea e il principio democratico (come è noto sancito in modo espresso dall'art. 20 della Legge fondamentale), obbligando le istituzioni europee a non eludere più la questione. Cfr., per tutti, M. CARTABIA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale*, in *Politica del diritto*, 1994, n. 2, p. 203 s.

⁹ Per una ricostruzione dell'evoluzione dell'interesse della dottrina per il Parlamento europeo come oggetto di studio, cfr. S. HIX, T. RAUNIO, R. SCULLY, *Fifty Years on: Research on the European Parliament*, in *Journal of Common Market Studies*, 2003, p. 191 ss.; per le prospettive A. G. NOURY, *European Parliament as a Research “Laboratory”*, in P. MAGNETTE (a cura di), *La Grande Europe*, Bruxelles, 2004, p. 85 s.

¹⁰ A partire dal sintetico lavoro di E. VINCI, *Il Parlamento europeo*, Milano, 1968, fino alla più approfondita analisi di C. ROMANELLI GRIMALDI, *Il Parlamento europeo*, Padova, 1977. Ma si pensi anche ai due volumi monografici, pervasi da un fervente spirito federalista, di A. CHITI BATELLI (*I poteri del Parlamento europeo*, Milano, 1981; e *Il Parlamento europeo. Struttura-procedure-codice parlamentare*, Padova, 1982); o ancora il lavoro di G. GUIDI, *I gruppi parlamentari del Parlamento europeo*, Rimini, 1983. O a iniziative convegnistiche di notevole livello, dedicate a profili specifici di diritto parlamentare europeo, come *Le interrogazioni del Parlamento europeo*, in *Studi parmensi*, XXIII, 1978, e *Le petizioni al Parlamento europeo*, *ivi*, XXXV, 1984.

¹¹ S. HIX, T. RAUNIO, R. SCULLY, *op. cit.*, p. 192.

nali. Proprio per questo dal suo studio – tanto della sua organizzazione (par. 2), quanto del suo funzionamento, nell’ambito delle procedure decisionali europee (paragrafi 3 e 4) – possono trarsi indicazioni preziose sia sull’assetto complessivo dei rapporti interistituzionali nell’Unione europea, sia, più in generale, sullo *status* delle assemblee parlamentari. Queste ultime, oggi, costantemente in tensione, proprio come il Parlamento europeo, tra efficacia ed efficienza decisionale, da un lato, e partecipazione democratica, trasparenza e *accountability* verso gli elettori, dall’altro: nella necessità di far fronte agli strumenti di democrazia diretta e partecipativa, resi possibili dall’evoluzione tecnologica, e di operare in una fase in cui alla crisi dei partiti tradizionali corrispondono forti spinte nel senso della personalizzazione della politica.

Come si è messo in evidenza da più parti¹², il Parlamento europeo ha finora privilegiato il primo versante, quello della capacità di decisione¹³, ottenendo risultati senz’altro ragguardevoli (anche se sembrano persistere alcune zone d’ombra relative a determinate politiche e al rapporto, sin dall’inizio problematico, con il Consiglio europeo: cfr. *infra*, par. 6). Nel frattempo, però, ha finito per trascurare, dandolo quasi per scontato all’indomani dell’elezione diretta, il secondo aspetto: non tanto per demeriti dell’istituzione (anzi, in genere piuttosto attenta alla trasparenza e all’apertura dei suoi processi decisionali, salvo alcune recenti tendenze che si metteranno in evidenza), quanto per la difficoltà a identificare nel Parlamento europeo – in un’assemblea necessariamente distante da molti dei cittadini che è chiamata a rappresentare – il luogo del dibattito politico. In questa chiave, l’intensificazione dei rapporti con i Parlamenti degli Stati membri, ora direttamente coinvolti anche nei processi decisionali europei (cfr. *infra*, par. 5), potrebbe anche servire a riavvicinare tale istituzione alle arene politiche nazionali (e, reciprocamente, ad accentuare la “europeizzazione” dei Parlamenti nazionali): e forse, in prospettiva, aiutare nel tentativo di interrompere quella preoccupante tendenza, fin qui apparsa inarrestabile, alla diminuzione della partecipazione dei cittadini europei all’elezione dei propri rappresentanti nel Parlamento europeo (a dispetto del già segnalato progressivo incremento dei suoi poteri).

2. In un Parlamento di dimensioni così ampie, come quello europeo (754 europarlamentari nella VII legislatura, 2009-2014; destinati a diventare, sembrerebbe, 750 più il Presidente a partire dalla prossima legislatura, la VIII, come

¹² Cfr. F. RASPADORI, *Il deficit di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2009, pp. 121-132, A. SINAGRA, *Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa nell’Unione europea*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *Il Trattato di Lisbona tra conferme e novità*, Torino, 2010, pp. 195-212, e P. PIRODDI, *Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2011, pp. 801-837.

¹³ Tanto è vero che il Parlamento europeo, rispetto al Consiglio, si presenta come una “macchina” per prendere decisioni, mentre il secondo è più esposto al rischio di rimanere bloccato dai veti nazionali. Cfr. P. PONZANO, *Il voto nel Consiglio: il compromesso di Ioannina alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell’Unione europea*, 2009, pp. 77-86.

richiesto dai Trattati)¹⁴, per forza di cose gran parte delle attività si svolge nei consessi ristretti: gruppi, delegazioni e commissioni. Sono questi consessi che rappresentano il “cuore istituzionale” del Parlamento europeo, i luoghi in cui le decisioni – poi quasi sempre confermate in plenaria – vengono sostanzialmente assunte. Tale affermazione trova conferma anche guardando il calendario mensile dei lavori del Parlamento europeo, che normalmente si conosce già con due-tre anni di anticipo (limitatamente alla cadenza e alle sedi di lavoro): in ciascun mese, una settimana è sempre dedicata alla riunione e al coordinamento dei gruppi politici; una alle attività delle commissioni permanenti; una alla cura dei rapporti con le circoscrizioni elettorali; ed una – o, meglio, tre giorni – all’Assemblea plenaria, che si deve obbligatoriamente riunire a Strasburgo per dodici volte l’anno¹⁵.

Pochissimo spazio di autonomia è lasciato al singolo deputato europeo, anche solo in termini di manifestazione pubblica delle sue opinioni (la durata media degli interventi in Assemblea per gli europarlamentari è di un minuto): la sua azione è irreggimentata entro le posizioni già discusse e definite all’interno dei gruppi, delle delegazioni e delle commissioni.

I parlamentari europei possono organizzarsi in gruppi secondo le affinità politiche, purché siano in numero minimo di 25 ed eletti in almeno un quarto degli Stati membri (una soglia sostanzialmente doppia, dunque, rispetto a quella fissata per la costituzione di un partito politico a livello europeo, che richiede la provenienza da almeno tre Stati membri). L’appartenenza ad un gruppo – contrariamente a quel che accade ad esempio nel Parlamento italiano, e similmente a ciò che si verifica, invece, in Francia – non è dunque obbligatoria: lo *status* dei deputati non iscritti, a cui comunque spetta un ufficio di segreteria, è definito dall’Ufficio di presidenza e in pratica appare assai svantaggioso rispetto a quello dei deputati appartenenti ai gruppi.

I gruppi sono le articolazioni entro le quali, come si accennava, le posizioni politiche si definiscono: posizioni che sono tendenzialmente imposte agli europarlamentari iscritti (i quali possono concorrere, comunque, alla definizione della posizione del gruppo cui appartengono). La spinta alla formazione di alleanze politiche, anche artificiali, finalizzate alla costituzione di un gruppo è però ostacolata dalla necessità del requisito dell’affinità politica, richiesto, come si è visto, per la costituzione di un gruppo. Fino al 1999 ciò non ha dato luogo a particolari problemi, essendo prevalsa in seno al Parlamento europeo un’inter-

¹⁴ Cfr. ampiamente in proposito F. FABBRINI, *La composizione del Parlamento europeo dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2011, pp. 787-802. Sulle origini del compromesso dei 750 più uno cfr., volendo, C. FASONE, *Quando i seggi... non tornano. A proposito dei membri del Parlamento europeo spettanti all’Italia e del trattato di riforma*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it, novembre 2007. A seguito dell’adesione della Croazia all’Unione europea, prevista per il 1° luglio 2013, si dovrà vedere se la cifra di 750 più uno sarà effettivamente rispettata.

¹⁵ Almeno per dodici tornate mensili all’anno: cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 1° ottobre 1997, causa C-345/95, *Repubblica francese c. Parlamento europeo*, *Raccolta*, p. I-50215.

pretazione piuttosto blanda di tale requisito, con alcuni gruppi caratterizzati da tenui affinità politiche.

All'inizio della legislatura 1999-2004, invece, a seguito del diniego opposto dal Parlamento europeo alla costituzione di un gruppo denominato "gruppo tecnico dei deputati indipendenti", i deputati interessati hanno presentato ricorso di annullamento davanti al Tribunale di primo grado. I giudici europei, una volta negato che la questione attenesse agli *interna corporis* del Parlamento europeo, hanno respinto il ricorso. In particolare, il Tribunale, dopo aver rilevato che i deputati in questione hanno "rifiutato categoricamente qualsiasi affinità politica tra di loro", ha ritenuto legittima tale previsione regolamentare, dal momento che "la duplice esigenza di affinità politiche e di appartenenza a più di uno Stato membro, sulla quale poggia l'organizzazione dei deputati in gruppi politici, permette di trascendere i particolarismi politici locali e di promuovere l'integrazione europea cui mira il Trattato", mentre "tale ruolo non potrebbe essere assunto da un gruppo tecnico o misto composto di deputati che neghino qualsiasi affinità politica tra loro"¹⁶.

La potenza delle macchine organizzative dei gruppi si ritrova, ulteriormente amplificata, nella loro sede di raccordo, la Conferenza dei Presidenti (dei gruppi). Tale organo, ben più di qualsiasi altro nel Parlamento europeo (ivi incluso il Presidente del Parlamento europeo, che appare una figura abbastanza debole, sul piano dei poteri all'interno dell'assemblea, rispetto a altri *Speaker* europei)¹⁷, definisce gli indirizzi delle attività parlamentari e quasi sempre ne predetermina gli esiti¹⁸: una volta raggiunto il compromesso tra gruppi in questa

¹⁶ Così la sentenza del 2 ottobre 2001, cause riunite T-222, 327e 329/99, *Martinez e altri c. Parlamento*; confermata poi, per questo profilo, dalla Corte di giustizia, sentenza del 29 giugno 2004, causa C-486/01, *Front national c. Parlamento europeo*, *Raccolta*, p. I-6289. Sulla vicenda cfr. M. CARTABIA, *Gruppi politici e interna corporis del Parlamento europeo*, in *Quaderni costituzionali*, 2000, p. 191 ss.; S. BARONCELLI, *op. cit.*; E. GIANFRANCESCO, *op. cit.*, p. 91 ss.

¹⁷ Cfr. L. GIANNITI, N. LUPO, *The External Role of the President of the European Parliament*, *paper* presentato alla III EUIA Conference su "The EU in International Affairs", Brussels, 3-5 maggio 2012, ove se ne mette in rilievo, invece, l'ampia gamma di funzioni "esterne" (sia nei confronti delle altre istituzioni europee, sia nei confronti di altri Parlamenti e, più in generale, nelle relazioni internazionali). La debolezza della Presidenza del Parlamento europeo si rileva, ad esempio, se comparata alla forza dei Presidenti delle due Camere italiane o del Presidente dell'Assemblea nazionale francese (su cui cfr. A. MARTIN, *Le président des assemblées parlementaires sous la V République*, Paris, 1996). Per un esame comparato, purtroppo non aggiornatissimo, cfr. M. JENNY, W. MÜLLER, *Presidents of Parliament: Neutral Chairmen or Assets of the Majority?*, in H. DÖRING (ed.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Mannheim, 1995, p. 326 ss.

¹⁸ Andando così anche al di là del già ampio catalogo delle attribuzioni previste dall'art. 25 reg. PE, ai sensi del quale la Conferenza dei Presidenti dei gruppi: delibera sull'organizzazione dei lavori del Parlamento e sulle questioni connesse alla programmazione legislativa; fissa il progetto di ordine del giorno delle tornate del Parlamento; è l'organo competente per le questioni relative alle relazioni con le altre istituzioni e gli altri organi dell'Unione europea nonché con i Parlamenti degli Stati membri; è l'organo competente per le questioni relative alle relazioni con i Paesi terzi e con istituzioni od organizzazioni extracomunitarie; è responsabile dell'organizzazione di consultazioni strutturate con la società civile europea su argomenti di rilievo; è l'organo competente per quanto concerne la composizione e le competenze delle commissioni.

sede su una certa questione, la posizione del Parlamento europeo è sostanzialmente imm modificabile. E il compromesso si considera conseguito quando i due gruppi maggiori per dimensioni, quello dei socialisti (PSE) e quello del partito popolare europeo (PPE), sono concordi.

Per più versi il potere politico del Parlamento europeo e la sua capacità di rivendicare il proprio punto di vista nei confronti delle altre istituzioni poggiano proprio sull'alleanza tra il PSE e il PPE (l'opposizione è invece costituita, di norma, dai gruppi euroscettici). Quando l'alleanza viene a mancare innanzitutto nella Conferenza dei Presidenti, la stessa posizione del Parlamento europeo ne risulta indebolita, perché tale organo appare diviso al suo interno.

La potenza dei gruppi e della loro Conferenza, però, non deve far credere che i primi siano un monolite al loro interno, tutto incentrato su una dinamica decisionale *top-down* (oltre a tener conto del fatto che ogni gruppo ha proprie regole interne di funzionamento, più o meno restrittive per i suoi membri). La dialettica all'interno dei gruppi, infatti, è spesso anche molto accesa e trova il suo principale *cleavage* tra le diverse delegazioni nazionali.

Ciascun deputato europeo – in questo caso obbligatoriamente, al contrario di quanto accade per l'iscrizione ai gruppi – è membro di una delegazione nazionale. Ogni delegazione è composta da tutti i parlamentari europei eletti in uno Stato membro, a prescindere dalla loro cittadinanza (ad esempio, ciò vuol dire che un deputato italiano eletto in una circoscrizione inglese è membro della delegazione inglese): ciò rende immediatamente evidente quale asimmetria vi sia nel peso delle delegazioni, che è direttamente correlato al numero di seggi parlamentari spettanti a ciascuno Stato.

Sebbene le delegazioni nazionali siano articolazioni organizzative che logicamente preesistono e che sono potenzialmente indipendenti dai gruppi politici¹⁹, è soprattutto all'interno di questi ultimi che le delegazioni hanno le maggiori *chance* di farsi sentire. Il compromesso all'interno di ciascun gruppo passa per la mediazione tra le posizioni delle diverse delegazioni nazionali, spesso non facilmente ricomponibili. Su alcuni *dossier* e proposte legislative, a volte, gli interessi nazionali riemergono così prepotentemente che i gruppi sono divisi al loro interno e che il voto parlamentare finisce per basarsi più sull'alleanza tra delegazioni nazionali che tra gruppi²⁰.

¹⁹ Va peraltro ricordato che i gruppi politici sono stati costituiti di fatto sin dall'inizio delle attività dell'Assemblea CECA (con una risoluzione approvata il 16 giugno 1953) e, anzi, che proprio nell'articolazione in gruppi per affinità ideologiche, anziché per nazionalità, si è individuato uno degli indici della natura (almeno *in nuce*) parlamentare di tale Assemblea, non interamente riconducibile perciò, sin dall'inizio, negli schemi tipici di un'assemblea di un'organizzazione internazionale: cfr., anche per ulteriori indicazioni, G. GUIDI, *op. cit.*, p. 53 ss.

²⁰ Cfr. gli studi di A. KREPPEL, *The European Parliament and Supranational Party System*, Cambridge, 2002, spec. pp. 206-209, e S. HIX, A. G. NOURY, G. ROLAND, *Democratic Politics in the European Parliament*, Cambridge, 2007, p. 201 ss. Mentre la prima a sottolineare proprio la natura composita dei gruppi e la persistente capacità di condizionamento al loro interno delle delegazioni nazionali, gli altri a rilevano come, in particolare dagli anni Novanta in poi, la coesione

Anche la ripartizione delle cariche all'interno del Parlamento europeo tiene conto di un delicato bilanciamento tra appartenenza ai gruppi e alle delegazioni, come è particolarmente lampante già nella designazione e poi nell'elezione del Presidente del Parlamento europeo, basata sulla convenzione per cui un eurodeputato socialista e uno popolare si avvicendano in questa posizione a metà legislatura.

Tali rapporti di forza tra gruppi e delegazioni si ritrovano anche all'interno delle commissioni permanenti del Parlamento europeo, da qualcuno definite come “*legislative backbones*” dell'istituzione²¹. Le commissioni permanenti attualmente sono 20, con una suddivisione materiale che subisce talvolta taluni aggiustamenti ad opera della Conferenza dei Presidenti – ancora una volta – ma che rimane, nella sua impostazione generale, sostanzialmente quella adottata nel lontano 1958, all'indomani dell'entrata in vigore dei Trattati CEE e Euratom. L'appartenenza ad una commissione non è obbligatoria: tanto è vero che alcuni parlamentari chiamati a ricoprire ruoli particolarmente impegnativi, come i presidenti dei gruppi, scelgono sovente di non essere nominati nelle commissioni. Il numero dei componenti di ciascuna commissione parlamentare è assai variabile e occorre tenere conto del fatto che delle commissioni fanno parte sia membri titolari che membri supplenti (questi ultimi incontrano l'unica limitazione di poter votare solo al posto di un membro titolare assente appartenente allo stesso gruppo: ipotesi, come si intuisce, tutt'altro che remota). Di solito, ciascun deputato è membro titolare di una commissione e supplente di un'altra; ma vi sono delle eccezioni, come per le cosiddette commissioni “neutralizzate” (ad esempio, quella sui diritti delle donne o quella sulle petizioni), la partecipazione alle quali non fa perdere il diritto ad essere membro di una delle altre.

Dunque, vi è un primo dato da considerare nell'esame del sistema delle commissioni (come già evidenziato per altri profili relativamente alle delegazioni): una fortissima asimmetria tra queste, sia quanto ai poteri sia quanto alla composizione. E i due aspetti sono strettamente legati tra di loro. Le commissioni non direttamente coinvolte nell'ambito delle procedure legislative, come la commissione per le petizioni, quella per i diritti delle donne e quella per gli affari esteri, hanno dimensioni notevolmente maggiori rispetto alle altre²². Le commissioni “legislative”, infatti, configurandosi come veri e propri centri decisionali, necessitano di lavorare tendenzialmente con numeri più piccoli²³.

Il rispetto dei rapporti di forza tra gruppi è il criterio tendenziale di riferimento nella composizione delle commissioni permanenti. Nel Parlamento euro-

interna ai gruppi politici sia notevolmente aumentata, diventando decisiva per l'approvazione degli atti legislativi in Assemblea.

²¹ Cfr. M. WESTLAKE, *A Modern Guide to the European Parliament*, London, 1994, p. 191.

²² Per esempio, la commissione per gli affari esteri ha più di 70 membri, mentre quella giuridica ne ha 25.

²³ Sull'esistenza di un rapporto inverso tra dimensione delle commissioni e loro efficacia decisionale, v. per tutti, K. STRØM, *Parliamentary Committees in European Democracy*, in L. D. LONGLEY, R. H. DAVIDSON (eds.), *The New Roles of Parliamentary Committees*, London, 1998, p. 30.

peo, infatti, si osserva “per quanto possibile” (art. 186, co. 1, reg. PE) il principio di proporzionalità. La lista di nominativi degli “aspiranti” commissari per ciascun gruppo è sottoposta alla Conferenza dei Presidenti (che anche in questa circostanza ha un potere di supervisione), le cui proposte di composizione delle diverse commissioni valgono ad ufficializzare le richieste dei vari gruppi. Tali proposte sono emendabili e vengono sottoposte al voto del Parlamento (art. 183 reg. PE), che in qualche caso ha contraddetto le designazioni dei gruppi.

Sebbene nelle previsioni del regolamento relative alle commissioni non vi sia alcun riconoscimento espresso delle differenti provenienze nazionali degli europarlamentari (ossia delle delegazioni nazionali), queste rappresentano un possibile correttivo nelle nomine. I deputati di alcuni Stati membri mostrano infatti delle tradizionali preferenze per alcune commissioni²⁴. I gruppi, peraltro, non sono tenuti ad occupare tutte le commissioni. Se un gruppo rinuncia alle nomine a cui ha diritto in una commissione, le dimensioni della stessa sono ridotte del numero corrispondente ai seggi rimasti vacanti e questa scelta in nessun caso potrà dar luogo ad uno scambio di seggi tra gruppi politici nelle diverse commissioni. Il principio di proporzionalità va tendenzialmente rispettato: quindi, la rinuncia ai seggi in una commissione non può essere “recuperata” in un’altra. Il rispetto tendenziale di questo principio si desume anche da un’altra norma del regolamento del Parlamento europeo, che non impone cambiamenti nella composizione delle commissioni permanenti in caso di abbandono del gruppo da parte di un commissario, a meno che “l’equa rappresentanza dei diversi orientamenti politici in una commissione non risulti alterata”. In questo caso “l’equa rappresentanza da preservare” sembra da intendersi nel senso di riequilibrare il principio di proporzionalità con quello di rappresentatività: se, a causa del cambiamento di gruppo di un parlamentare, il gruppo che ha subito la perdita non è più rappresentato in quella commissione, allora tale gruppo dovrebbe aver diritto ad un nuovo seggio nella commissione medesima²⁵.

Un elemento forse ancora più importante rispetto alle dinamiche decisionali del Parlamento europeo concerne il sistema di assegnazione delle cariche all’interno delle commissioni²⁶. La presidenza delle 20 commissioni permanenti è distribuita in modo rigidamente proporzionale tra i gruppi, con l’applicazione del metodo D’Hondt e considerandosi in qualche misura pure le altre cariche ottenute dai diversi gruppi nel Parlamento (la presidenza, le vicepresidenze, i questori). Una volta stabilito il riparto delle presidenze delle commissioni tra

²⁴ Gli eurodeputati irlandesi risultano, per esempio, particolarmente “affezionati” alla commissione per l’agricoltura; quelli italiani alla commissione affari costituzionali. Cfr. R. CORBETT, F. JACOBS, M. SHACKLETON, *The European Parliament*, London, 2011, VIII ed., p. 129, e R. WHITAKER, *The European Parliament’s Committees. National Party Influence and Legislative Empowerment*, London, 2011, pp. 50-51.

²⁵ Cfr. O. COSTA, *Le Parlement européenne, assemblée délibérante*, Bruxelles, 2001, p. 341 ss.

²⁶ C. NEUHOLD, P. SETTEMBRI, *The Role of European Parliament Committees in the EU Policy-making Process*, in T. CHRISTIANSEN, T. LARSSON (eds.), *The Role of Committees in the Policy-Process of the European Union: Legislation, Implementation and Deliberation*, Northampton, 2007, pp. 152-180.

gruppi, la scelta di colui che ricoprirà la carica di presidente da parte di ciascun gruppo è influenzata da diversi fattori, tra i quali il principale è il peso delle delegazioni nazionali. La designazione dei presidenti di commissione da parte dei gruppi va poi ratificata con voto a maggioranza semplice nelle commissioni di riferimento. Salvo eccezioni, che però non sono mancate, le designazioni dei gruppi sono confermate. In qualche caso, seppure raro, però, è stato eletto inizialmente come presidente di commissione un rappresentante di un altro gruppo politico o un parlamentare del medesimo gruppo, ma differente da quello ufficialmente designato. In entrambi i casi è sempre prevalsa alla fine la volontà della *leadership* del gruppo, ad ulteriore riprova del fatto che la disciplina di gruppo condiziona fortemente tutte le attività parlamentari²⁷.

Tuttavia, rispetto alle procedure legislative, gli attori principali nel Parlamento europeo sono il relatore e i coordinatori dei gruppi in commissione; e in misura minore i “relatori-ombra”. Peraltro, come si è anticipato, la direzione assunta da una certa procedura dipende in larga parte dalla costruzione del consenso tra gruppi in seno alla Conferenza dei Presidenti, innanzitutto per quanto attiene alla tempistica dei procedimenti.

Contrariamente a quanto accade nella gran parte dei Parlamenti degli Stati membri, dove i relatori sulle proposte legislative, laddove previsti²⁸, sono nominati dal presidente di commissione e provengono quasi sempre dalle fila della maggioranza parlamentare²⁹, nel Parlamento europeo, per la necessità di tener conto del complesso equilibrio tra politicità del consesso e appartenenze nazionali, sono i rappresentanti dei gruppi in commissione, chiamati i “coordinatori di commissione”, che sostanzialmente negoziano la ripartizione delle proposte legislative e dei *dossier* tra i gruppi. La distribuzione degli incarichi dei relatori tra i gruppi, sebbene non disciplinata formalmente in questi termini dal regolamento, viene descritta con la metafora della “messa all’asta” dell’incarico³⁰. Ciascun gruppo ha una certa quantità di “punti” da spendere all’inizio della legislatura, in proporzione alla sua forza numerica: a seconda di quanto rilevante è una certa proposta legislativa, può mettere in gioco i “punti” che ritiene, pur di ottenerla. Naturalmente, finiti i punti in una certa legislatura, salvo eccezioni, non possono ottenersi più ulteriori incarichi.

In base a queste logiche, tutte interne al Parlamento europeo e che non trovano termini di comparazione in altri Parlamenti, non è affatto detto che il relatore di una proposta sia scelto nella fila del gruppo avente il maggior numero di parlamentari, anzi. Comunque, rispetto al relatore nominato, si definiscono, eventualmente, le designazioni dei “relatori-ombra”: una sorta di relatori di

²⁷ Cfr. R. CORBETT, F. JACOBS, M. SHACKLETON, *op. cit.*, pp. 147-151.

²⁸ È noto, infatti, che nel Parlamento di Westminster la figura del relatore non è affatto contemplata.

²⁹ Cfr., ad esempio, il caso del Parlamento francese, su cui v. P. TÜRK, *Les commissions parlementaires permanente set le renouveau du Parlement sous la V^e République*, Paris, 2005, p. 285. Secondo l’a., in Francia vale ancor oggi l’affermazione di E. PIERRE, *Traité de droit politique électoral et parlementaire*, Paris, 1919, p. 901 per cui “il relatore è naturalmente un organo della maggioranza”.

³⁰ Cfr. R. CORBETT, F. JACOBS, M. SHACKLETON, *op. cit.*, p. 157.

minoranza sulla proposta, scelti, per ciascun gruppo, dai coordinatori dei gruppi diversi da quello del relatore. Tali “relatori-ombra”, in realtà, più che opporsi all’operato del relatore principale, finiscono spesso per coadiuvarlo nelle sue attività, a sostegno della posizione del Parlamento europeo nel suo complesso. Infatti, se così decide la commissione a maggioranza, su proposta dei coordinatori dei gruppi, i relatori-ombra possono partecipare alle negoziazioni interistituzionali con il Consiglio per trovare un accordo sulla proposta in esame. Anzi, ormai in virtù dell’art. 3 dell’allegato XXI al regolamento parlamentare (Codice di condotta per la negoziazione nel contesto della procedura legislativa ordinaria), a cui l’art. 70 reg. PE espressamente si richiama, i relatori-ombra tendenzialmente fanno parte “di diritto” della squadra negoziale del Parlamento³¹.

In ultima istanza, pare che nelle commissioni permanenti si replichi lo stesso rapporto di forza che si ritrova in Assemblea: a fronte di un Presidente di Assemblea, come si è accennato, piuttosto debole e di Presidenti di gruppo molto influenti, nelle commissioni ritroviamo presidenze con poteri abbastanza limitati, fortemente condizionate dal volere dei gruppi.

Così il Presidente di commissione nel Parlamento europeo non ha facoltà di scelta sui relatori: egli è sostanzialmente un mediatore e il suo ruolo è quello di agevolare, assieme ai coordinatori dei gruppi di commissione, il compromesso tra i numerosi *cleavages* che possono percorrere una commissione. Inoltre, secondo quel che dispone l’art. 192 reg. PE, la commissione, a maggioranza, può delegare ai coordinatori di commissione lo svolgimento di diverse funzioni, per suo conto, ad eccezione dell’approvazione definitiva di relazioni, pareri ed emendamenti della commissione. Peraltro, i coordinatori dei gruppi in commissione decidono all’interno della loro conferenza, possibilmente per consenso, altrimenti con “un’ampia maggioranza”, sempre tenendo conto, però, del differente “peso” dei gruppi. Quindi, sono queste conferenze spesso il vero “comitato direttivo” delle commissioni permanenti, piuttosto che i loro presidenti con i rispettivi uffici di presidenza³².

Infine, appare particolarmente rilevante, quanto alle dinamiche interne al Parlamento europeo e all’aggregazione degli interessi in base alle politiche o a singoli problemi di rilievo europeo, la presenza di intergruppi (art. 32 reg. PE). Si tratta di raggruppamenti informali di deputati, trasversali all’appartenenza sia ai gruppi politici, sia alle commissioni permanenti, che si costituiscono al fine di agevolare lo scambio di informazioni tra parlamentari con interessi affini sulle

³¹ L’art. 3 dell’allegato XXI dispone infatti: “La decisione della commissione di avviare negoziati con il Consiglio e la Commissione al fine di raggiungere un accordo include una decisione sulla composizione della squadra negoziale del Parlamento europeo. In via di principio, nell’ambito di tali negoziati è rispettato l’equilibrio politico e tutti i gruppi politici sono rappresentati almeno a livello di personale”.

³² Cfr. R. CORBETT, F. JACOBS, M. SHACKLETON, *op. cit.*, p. 151, i quali però rimarcano come lo stile di conduzione delle attività delle commissioni possa variare, nel senso che spesso i coordinatori dei gruppi sono figure dominanti, ma si registrano anche casi di *leadership* corale – da parte del presidente, dei vicepresidenti e dei coordinatori dei gruppi – delle commissioni.

stesse *policy* e – per espressa previsione regolamentare – di “promuovere i contatti tra i deputati e la società civile”. Pur nella loro informalità, gli intergruppi, che sono ben 27 nella VII legislatura, possono fungere da *trait d’union* tra le associazioni di interessi e coloro che occupano posizioni-chiave, *in primis* il relatore, nel procedimento legislativo riguardante un *dossier* di particolare rilievo. Peraltro, un ulteriore elemento che evidenzia la potenziale vicinanza degli intergruppi agli interessi organizzati di settore consiste nell’obbligo per tali raggruppamenti, in particolare mediante i rispettivi presidenti, di dichiarare qualunque sostegno, in contanti o in natura, che abbiano ricevuto a beneficio delle loro attività. Il regolamento del Parlamento europeo, quindi, si premura, nonostante gli intergruppi non figurino tra i suoi organi, di precisare l’ambito delle relazioni economico-finanziarie intercorrenti tra essi e la sfera esterna al Parlamento. Le dichiarazioni di interessi degli intergruppi sono pubbliche e sono conoscibili tramite il sito web del Parlamento europeo.

Gli intergruppi, come si accennava, non sono abilitati ad esprimere il punto di vista del Parlamento europeo – “non possono svolgere attività suscettibili di dare adito a confusione con le attività ufficiali del Parlamento o dei suoi organi” (art. 32, co. 2, reg. PE) – e quindi non possono incidere direttamente sull’assunzione delle decisioni parlamentari. Tuttavia, possono influenzare in qualche misura l’operato dei gruppi politici, dato che, come per le commissioni, anche per gli intergruppi il rapporto con i gruppi politici è molto stretto. Come stabilito dalla decisione della Conferenza dei Presidenti del 16 dicembre del 1999 (modificata, da ultimo, il 14 febbraio 2008) sulle condizioni per la costituzione di un intergruppo, quest’ultimo può formarsi a condizione che ne siano membri parlamentari provenienti da almeno tre gruppi politici (art. 4) e che sia rispettata, nella legislatura in corso, una certa proporzione di sottoscrizioni tra gruppi politici per ciascun intergruppo (art. 10). Dunque, i gruppi politici sono in grado di condizionare l’esistenza degli intergruppi, i quali fanno affidamento sui primi per il supporto logistico, ad esempio, per l’organizzazione delle loro riunioni.

3. Ad una prima lettura del nuovo Trattato potrebbe sembrare che l’affermazione ricorrente secondo cui all’interno del Parlamento europeo “una distinzione tra maggioranza e opposizione è mancata, in primo luogo, poiché ‘il Governo europeo’ non nasce e non viene legittimato in sede parlamentare”³³, sia destinata a perdere valore e che ci si sia incamminati con decisione verso una forma di governo parlamentare. Tuttavia ad una lettura più attenta, questa prima impressione si rivela fuorviante.

L’art. 17, par. 7, TUE, come modificato, prevede che il Consiglio europeo, nel proporre il candidato alla carica di Presidente della Commissione europea, tenga conto del risultato delle elezioni del Parlamento europeo. Da ciò si desume che il gruppo politico di maggiori dimensioni, o comunque la “coalizione di

³³ Così V. LIPPOLIS, *I partiti politici europei*, in *Rassegna parlamentare*, 2002, pp. 941-959, spec. p. 948.

maggioranza” nel Parlamento europeo, dovrebbe assumere una posizione rilevante ai fini della scelta del candidato. Da una parte, risulta confermata l’indipendenza della Commissione nell’architettura dell’Unione (che tuttavia negli ultimi anni pare essersi, di fatto, visibilmente affievolita); dall’altra, però, anziché riferirsi alla durata della nomina dei commissari, si parla di “mandato” quinquennale, armonizzato con la durata della legislatura del Parlamento europeo (art. 17, par. 3, TUE). Oltre ad essere ribadita la previsione per cui la Commissione è soggetta ad un voto di approvazione del Parlamento europeo, che può costringerla alle dimissioni mediante una mozione di censura, si disciplina anche il vincolo che intercorre tra le due istituzioni durante la legislatura: “la Commissione è responsabile collettivamente dinanzi al Parlamento” (art. 17, par. 8, TUE).

Sempre con riferimento alla procedura di designazione dei commissari, l’art. 17, par. 5, TUE, prevede che a decorrere dal 1° novembre 2014 la Commissione sia formata da un numero di componenti non più pari al numero degli Stati membri, bensì corrispondente ai due terzi dei medesimi. Vista le necessità di raggiungere un compromesso sulle candidature tra i diversi Stati membri, si intendeva così aprire un varco per l’intervento e la mediazione dei gruppi e dei partiti politici a livello europeo, scalzando il tradizionale monopolio detenuto dai Governi degli Stati membri nella procedura di formazione della Commissione. Questi ultimi avrebbero dovuto fare i conti con la riduzione del numero dei commissari, da 27 a 18. In altri termini, la negoziazione sulle candidature sarebbe potuta diventare più ancorata al dato politico che a quello nazionale. Tuttavia, la sorte di tale disposizione è stata segnata (di qui l’uso del condizionale), ancora prima che il Trattato di Lisbona iniziasse a dispiegare i suoi effetti. Durante il Consiglio europeo dell’11-12 dicembre 2008, infatti, è avvenuto uno “scambio”, proprio a spese dell’applicazione dell’art. 17, par. 5, TUE, per favorire la ratifica dell’Irlanda, dopo l’esito negativo del primo referendum. Nelle conclusioni del Consiglio europeo si afferma “che sarà presa una decisione (...) in base alla quale la Commissione continuerà ad includere un rappresentante per ciascuno Stato membro”³⁴.

Con riferimento al regolamento del Parlamento europeo e alla formazione della Commissione, è stato modificato soltanto l’art. 105 reg. PE, che riguarda il Presidente della Commissione³⁵: è il Consiglio europeo e non più il Consiglio

³⁴ Cfr. le conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles dell’11-12 dicembre 2008, p. 3

³⁵ Invero, il Trattato di Lisbona prevede l’intervento del Parlamento europeo anche nei procedimenti di elezione e di nomina di altri organi e istituzioni dell’Unione europea, oltre alla Commissione. L’art. 19, par. 2, TUE conferma che i giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia e i giudici del tribunale di primo grado siano nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri per un periodo di sei anni (ogni tre anni si procede ad un rinnovo parziale). Ai fini delle designazioni, che devono avvenire valutando che i candidati offrano garanzie di indipendenza e “che riuniscano le condizioni richieste per l’esercizio, nei rispettivi paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza” (art. 253 TFUE), è consultato un apposito comitato. Questa è una novità significativa inserita dal Trattato di Lisbona sulla nomina della Corte, i cui avvocati generali aumentano da otto a undici (Dichiarazione n. 38 allegata all’atto finale

che propone un candidato alla Presidenza. Come in passato, sugli orientamenti programmatici presentati dal Presidente al Parlamento europeo si apre un dibattito, al quale, ad enfatizzare ancora di più la solennità della procedura, prende parte anche il Consiglio europeo³⁶. Inoltre si è passati dall'opzione tra approvazione e rigetto del candidato a maggioranza dei voti espressi, alla sua "elezione" a maggioranza dei membri del Parlamento europeo, quindi a maggioranza qualificata. Non pare trattarsi, comunque, di una "elezione" vera e propria, posto che al Parlamento europeo non è lasciata la scelta tra una rosa di nomi, ma solo la ratifica o meno di una opzione già compiuta³⁷.

Infine, per evitare il dilatarsi dei tempi per l'investitura della nuova Commissione, si è stabilito che, qualora il candidato non ottenga la maggioranza richiesta, il Presidente del Parlamento inviti il Consiglio europeo a proporre uno nuovo entro un mese. Non si prospetta, però, cosa accade qualora non si trovi l'accordo sul nome – come si è accennato, il Consiglio europeo è ora tenuto a considerare i risultati delle elezioni europee per la scelta – o nel caso in cui anche il secondo candidato non ottenga la maggioranza prevista. Non sembra comunque configurabile, al momento, l'ipotesi di scioglimento anticipato del Parlamento europeo, in assenza di una disposizione dei Trattati in proposito.

In realtà, la forma di governo dell'Unione europea pare essere la risultante di una commistione di elementi propri delle "categorie" di forme di governo

della CIG del 2007). Il comitato, infatti, "è composto da sette personalità scelte tra ex membri della Corte di giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo" (art. 255 TFUE). È evidente che la decisione di coinvolgere anche il Parlamento, sebbene in misura molto limitata, più che essere diretta a garantire un'influenza dell'istituzione sulle nomine, presenta, invece, una certa valenza simbolica. Cfr. M. CONDINANZI, *Corte di giustizia e Trattato di Lisbona: innovazioni strutturali ed organizzative*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 218-219, il quale precisa che l'istituzione del comitato non rappresenta una novità assoluta, ma era già "prevista nella decisione istitutiva del Tribunale della funzione pubblica". L'a., peraltro, evidenzia che l'art. 255 TFUE presenta diversi profili poco chiari, a partire proprio dalla "sorte che toccherà alla personalità proposta dal Parlamento europeo, non precisandosi se il Consiglio sia o meno vincolato alla designazione parlamentare". Ad ogni modo, il nuovo art. 107-bis reg. PE si è adeguato all'art. 253 TFUE, stabilendo che il Parlamento europeo nomina il membro "di derivazione parlamentare" del comitato, su proposta della commissione competente, presumibilmente quella giuridica o quella per gli affari costituzionali.

³⁶ Non mancano, peraltro, proposte volte a differenziare ancor di più la figura del Presidente da quella degli altri commissari per renderlo più politicamente responsabile dinanzi ai cittadini europei. Vi è chi propone, ad esempio, l'elezione diretta del Presidente, con sistema maggioritario a doppio turno, riprendendo un'idea dibattuta nella Convenzione europea. Cfr. G. BONVICINI, G. L. TOSATO, R. MATARAZZO, *I partiti politici europei e la candidatura del Presidente della Commissione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 179 ss.

³⁷ Cfr., in particolare, S. FABBRINI, *Beyond the Parliamentarization of the EU: The Institutional Consequence of the Lisbon Treaty*, mimeo, 2011, il quale osserva, tra l'altro, che "by definition, the power to elect implies a freedom to choose, not a constrained choice" e che, invece, "the EP does not have the mandate to elect the Commission's president, but rather to accept or reject the European Council's choice". Perciò: "The emphasis on the role of the EP in 'electing' the Commission represents a rhetorical concession to the parliamentary ideology of European political elites".

elaborate con riferimento agli Stati membri. Si tratterebbe, insomma, di una sorta di “*hybrid model*”: vi è chi la identifica con il modello parlamentare³⁸; chi con quello semipresidenziale³⁹; o, ancora, chi propone, in prospettiva, ma prendendo spunto dall’architettura istituzionale esistente, l’adozione di un modello presidenziale, a separazione dei poteri⁴⁰.

I tentativi di assimilazione *tout court* della forma di governo dell’Unione europea a quella degli Stati appaiono in definitiva sempre piuttosto rischiosi. L’Unione europea, infatti, non è uno Stato e neppure si accinge, almeno per il momento, a diventarlo. Soprattutto, l’architettura istituzionale dell’Unione non ha simili negli ordinamenti nazionali e dipende, come ora riconosce in modo espresso l’art. 10 TUE, altresì dalle forme di governo degli Stati membri⁴¹. Dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si può ritenere compiuto il passaggio dall’assetto istituzionale basato su un “triangolo-quadrilatero”⁴² ad uno che si fonda su un “quadrilatero-pentagono”: infatti, non vi è solo il Consiglio europeo a fare il suo ingresso quale “nuova istituzione”, ma anche i Parlamenti degli Stati membri si sono visti riconoscere dai Trattati un ruolo di intervento diretto nei processi decisionali europei (in particolare nelle procedure legislative e in quelle di revisione dei Trattati)⁴³. Esiste, quindi, una forma di governo composita, nazional-europea, che risulta dall’intreccio di ruoli delle istituzioni propriamente europee (il Parlamento e la Commissione) con quelle che si collocano a metà strada (Consiglio e Consiglio europeo) e quelle nazionali (come i governi, vere e proprie istituzioni *double-face*, una nazionale e una europea, e i Parlamenti degli Stati membri).

³⁸ R. BIN, P. CARETTI, *Profili costituzionali dell’Unione europea: cinquant’anni di processo costituente*, Bologna, 2008, II ed., p. 162 ss.

³⁹ Cfr. A. CERVATI, *Elementi di indeterminazione e di conflittualità nella forma di governo europea*, in *Annuario AIC, La costituzione europea*, Padova, 2000, p. 73 ss., e G. BONVICINI, G. L. TOSATO, R. MATARAZZO, *op. cit.*, p. 179 ss. Nel senso di ritenere non utilizzabile la nozione di “forma di governo” al di là delle esperienze degli Stati-nazione cfr. M. LUCIANI, voce *Governo (forme di)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, III, 2010, p. 538 ss., spec. p. 540.

⁴⁰ Cfr. S. G. CALABRESI, K. BADY, *Is the Separation of Powers Exportable?*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2010, p. 5 ss., e S. FABBRINI, *The Institutional Future of the European Union*, CIES e-Working Paper No. 109, Lisbon, 2011, spec. p. 5 ss.

⁴¹ Sulla possibilità di comparare l’Unione europea con ordinamenti nazionali la dottrina è divisa. A favore della comparazione, v. S. FABBRINI, *Compound Democracies: Why the United States and Europe Are Becoming Similar*, Oxford, 2010, II ed., spec. p. 21 ss. È invece contrario P. LINDSETH, *Power and Legitimacy. Reconciling Europe and the Nation-State*, Oxford, 2010, il quale, anzi, ritiene che non sia possibile configurare autonomamente l’Unione europea e le sue istituzioni rispetto agli Stati membri che ne fanno parte.

⁴² Cfr. A. MANZELLA, *Un Trattato necessitato*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, II ed., p. 478.

⁴³ Cfr. P. CARETTI, *I Parlamenti nazionali di fronte al Trattato di Lisbona*, in R. ZACCARIA (a cura di), *Fuga dalla legge? Seminari sulla qualità della legislazione*, Brescia, 2011, pp. 247-275, e R. BIFULCO, *La Costituzione italiana dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, spec. pp. 8-13. Cfr., volendo, C. FASONE, *Il Parlamento italiano dopo il Trattato di Lisbona, in vista dell’approvazione di una nuova legge sui rapporti con l’Unione europea*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2010, pp. 41-71, e, *infra*, il par. 5.

Se, considerando i singoli istituti, l'analogia con le categorie nazionali è piuttosto agevole, ravvisandosi, ad esempio, elementi del modello presidenziale statunitense nel fatto che non è configurabile un potere di scioglimento del Parlamento europeo o nelle *hearings* dei commissari designati da parte delle commissioni parlamentari competenti, piuttosto chiaramente ispirate al controllo delle commissioni del Senato statunitense sulle nomine presidenziali⁴⁴; tuttavia, la disciplina nel suo insieme e la sua attuazione mostrano degli esiti difformi. Anche la procedura di nomina del Presidente della Commissione, descritta sopra, pur differenziandosi significativamente da quella degli altri commissari e pur culminando in un'investitura parlamentare (anche se formalmente non in un'elezione, a dispetto della lettera dei Trattati), è, come si è detto, in larga parte indisponibile al Parlamento. Peraltro, l'investitura della seconda Commissione Barroso ha dimostrato che si tratta di una questione sostanzialmente rimessa nelle mani dei governi degli Stati membri.

È indubbio comunque che i rapporti tra il Parlamento europeo e la Commissione siano stati ridefiniti dal Trattato di Lisbona in senso favorevole al primo, che ha visto notevolmente ampliati i suoi poteri di controllo⁴⁵. L'esistenza di un nuovo equilibrio nelle relazioni interistituzionali emerge anche dal tenore delle richieste avanzate dal Parlamento europeo alla Commissione nella risoluzione del 9 febbraio 2010, in vista della revisione dell'accordo quadro sui rispettivi rapporti, poi approvato dal Parlamento il 20 ottobre 2010⁴⁶: il Parlamento è consultato sulla revisione del codice di condotta dei commissari, per le modifiche alla ripartizione dei portafogli tra i commissari o per la loro sostituzione. Infine, qualora il Parlamento renda noto di voler votare la "censura individuale" nei confronti di un commissario, il Presidente della Commissione ne chiede le dimissioni; oppure, nel corso della tornata successiva, è tenuto a motivare il suo rifiuto dinanzi all'Assemblea.

4. Con il Trattato di Lisbona, come è noto, è venuta meno la "tipizzazione" delle procedure decisionali (in co-decisione, cooperazione, parere conforme e consultazione) a vantaggio della dicotomia procedure legislative speciali-procedura ordinaria (senza considerare le procedure di revisione dei Trattati). La procedura di concertazione, utilizzata ai fini dell'approvazione del bilancio comunitario, e quella di cooperazione, anch'essa già fortemente ridotta in precedenza, sono state formalmente abolite⁴⁷.

Le novità per quanto riguarda la procedura di co-decisione non sono state "rivoluzionarie"⁴⁸. Come prevedeva già il Trattato costituzionale, tale procedura

⁴⁴ La procedura è disciplinata negli "Orientamenti per l'approvazione della Commissione", allegato XVII al regolamento del Parlamento europeo.

⁴⁵ Cfr. CEPS, EGMONT, EPC, *The European Parliament*, in *The Treaty of Lisbon: A Second Look at the Institutional Innovations*, Brussels, September 2011, pp. 29-44.

⁴⁶ Il testo dell'accordo interistituzionale è in *GUUE* L 304, 20 novembre 2010.

⁴⁷ Sul punto, cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., pp. 170-186; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, IV ed., pp. 100-118; U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., pp. 195-196.

⁴⁸ Con riferimento alle procedure legislative, alcuni istituti sono rimasti quasi inalterati. Così l'art. 225 TFUE sul "diritto di iniziativa legislativa del Parlamento" non ha subito vistosi cambia-

è diventata quella legislativa ordinaria; del resto, questa già appariva la tendenza sin dal Trattato di Amsterdam, con la progressiva estensione dei casi (più della maggioranza) nei quali essa trovava applicazione. Dal 1° dicembre 2009, ove non sia diversamente stabilito dai Trattati, trova attuazione la procedura legislativa ordinaria: rispetto al passato, la procedura si applica a circa 100 nuovi *dossier*, in tutto per 83 basi giuridiche⁴⁹.

A questa prima novità deve aggiungersene un'altra, più significativa dal punto di vista dei poteri del Parlamento europeo. Il vecchio art. 251 TCE prevedeva che in prima lettura il Consiglio potesse adottare direttamente l'atto se il Parlamento non proponeva emendamenti o se gli emendamenti parlamentari erano tutti accolti (dal Consiglio stesso); oppure, come fino a qualche anno fa accadeva nella maggior parte dei casi, il Consiglio adottava una posizione comune che dava avvio alla seconda lettura. Qualcosa però è cambiato nei rapporti interistituzionali, si potrebbe forse dire in senso "consociativo": mentre nella V legislatura (1999-2004) soltanto nel 28% dei casi si riusciva a raggiungere un accordo tra Parlamento, Commissione e Consiglio in prima lettura, nella VI legislatura (2004-2009), invece, le proposte sottoposte alla co-decisione sono state approvate in prima lettura nel 72% dei casi⁵⁰.

menti, se non per l'introduzione nel Trattato di un obbligo di motivazione della Commissione, qualora non intenda dare seguito all'iniziativa parlamentare. Il regolamento del PE al momento non ha ancora recepito questa novità, ma prevede, come in passato, che il Parlamento possa fissare un termine per la presentazione della proposta da parte della Commissione. Nel citato accordo quadro del 20 ottobre 2010 si garantisce comunque, sulla scorta di una rivendicazione dell'Assemblea di Strasburgo, che la Commissione europea si impegna "a riferire sul seguito concreto dato a qualsiasi richiesta di presentare una proposta ai sensi dell'articolo 225 TFUE (relazione d'iniziativa legislativa) entro tre mesi dall'adozione della corrispondente risoluzione in plenaria. La Commissione presenta una proposta legislativa al più tardi entro un anno o inserisce la proposta nel suo programma di lavoro per l'anno seguente. Qualora non presenti una proposta, la Commissione fornisce al Parlamento una spiegazione dettagliata dei motivi" (punto 16).

⁴⁹ Cfr. EUROPEAN COMMISSION, *Document drafted by the European Commission with the list of decision-making procedures by Article*, Brussels, 12 December 2009, ec.europa.eu.

⁵⁰ Cfr. EUROPEAN PARLIAMENT, *Activity Report of the delegations to the Conciliation Committee*, Relazione dei tre Vicepresidenti del Parlamento europeo responsabili per la conciliazione nel periodo dal 1° maggio 2004 al 13 luglio 2009 (PE427.162v01.00: www.europarl.europa.eu, p. 8). Sulla pratica dei *first reading agreements*, cfr. H. FARREL, A. HÉRITIER, *Interorganizational Negotiation and Intraorganizational Power in Shared Decision-Making. Early Agreements Under Co-decision and Their Impact on the European Parliament and Council*, in *Comparative Political Studies*, 2004, pp. 1184-1212, e, più recentemente, A. HÉRITIER, *Institutional Change in Europe: Co-decision and Comitology Transformed*, in *Journal of Common Market Studies*, 2012, pp. 38-54; D. JUDGE, D. EARNshaw, *The European Parliament*, New York, 2011, III ed., pp. 53-71; O. COSTA, R. DEHOUSSE, A. TREKALOVÁ, *La Codécision et les "accords précoces". Progrès ou détournement de la procédure législative?*, in *Notre Europe – Etudes et recherche*, 2011, www.notre-europe.eu, pp. 15-35. Inoltre, secondo il Report del Parlamento europeo – Comitato di conciliazione sulla procedura di co-decisione nella VI legislatura (1° maggio 2004-13 luglio 2009) –, nel 10,8% dei casi la procedura si conclude in seconda lettura. Nella versione originaria della co-decisione, come disciplinata dal Trattato di Maastricht, invece, non era possibile chiudere la procedura in prima lettura.

Ciò è dovuto soprattutto alle negoziazioni informali tra le istituzioni, che iniziano prima della presentazione ufficiale della proposta, all'efficacia del "dialogo a tre" (chiamato perciò "trilogo") tra le istituzioni (Parlamento-Consiglio-Commissione) e alla necessità di snellire una procedura potenzialmente molto lunga e articolata⁵¹. Tutto questo è avvenuto, però, a danno della trasparenza e della pubblicità delle procedure decisionali e soprattutto del dibattito parlamentare che, stando a quanto stabilito dai Trattati, si dovrebbe svolgere prevalentemente nel corso della seconda lettura.

L'art. 294 TFUE ha modificato l'impianto della prima lettura. È il Parlamento europeo che adotta la sua posizione in questa fase e la trasmette al Consiglio, che può approvarla: in tal caso, l'atto si considera adottato nella formulazione proposta nella posizione del Parlamento. Qualora, invece, il Consiglio adotti una sua (diversa) posizione, la procedura prosegue nella seconda lettura, secondo quanto previsto già dall'art. 251 TCE.

Il regolamento del Parlamento europeo è stato modificato il 6 maggio 2009 sul punto. Nell'ambito della prima lettura, l'art. 56 reg. PE riguarda l'ipotesi di reiezione in sede parlamentare di una proposta legislativa della Commissione europea, con conseguente blocco della procedura⁵². In questo caso, se la Commissione si adegua alla richiesta, il Presidente del Parlamento dichiara chiusa la procedura e ne dà comunicazione al Consiglio; se, invece, la Commissione europea non ritira la proposta questa è rinviata alla commissione parlamentare senza che l'Assemblea si pronunci nuovamente (in tal caso la commissione deve riferire nuovamente in Assemblea entro due mesi), a meno che non si proceda ugualmente alla votazione su proposta del Presidente, del relatore della commissione competente, di un gruppo politico o di almeno quaranta deputati.

La modifica di maggior rilievo, però, riguarda l'art. 70 reg. PE, come novellato, sui negoziati interistituzionali nel quadro delle procedure legislative, da leggersi in combinato disposto col citato codice di condotta inserito nell'allegato XXI del regolamento. Sia il codice di condotta, sia il nuovo art. 70 sono volti a garantire due esigenze: anzitutto, che nella fase di negoziazione tra le istituzioni, tanto nella prima quanto nella seconda lettura, venga attentamente valutata la possibilità di raggiungere subito un accordo; inoltre, che in ogni caso la procedura sia presidiata dalla commissione parlamentare competente per la determinazione degli indirizzi da seguire nella negoziazione, per la nomina della "squa-

⁵¹ Sugli effetti negativi del "trilogo" sulla trasparenza e *accountability* del processo decisionale europeo, cfr. M. SHACKLETON, *The Politics of Codecision*, in *Journal of Common Market Studies*, 2000, pp. 334-336; H. FARRELL, A. HÉRITIER, *op. cit.*, spec. p. 1184; F. HÄGE, M. KAEDING, *Reconsidering the European Parliament's Legislative Influence: Formal vs. Informal Procedures*, in *Journal of European Integration*, 2007, spec. p. 341; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010, II ed., p. 109.

⁵² Secondo l'art. 56, par. 1, reg. PE: "Qualora una proposta della Commissione non ottenga la maggioranza dei voti espressi o qualora sia approvata una proposta di reiezione, che può essere presentata dalla commissione competente o da almeno quaranta deputati, il Presidente, prima che il Parlamento voti sul progetto di risoluzione legislativa, invita la Commissione a ritirare la proposta".

dra negoziale” (garantendo la rappresentanza di tutti i gruppi) e per il controllo sulle decisioni assunte nell’ambito del “trilogo”. Infatti, la negoziazione, in sede di “trilogo” con la Commissione e con il Consiglio, non può essere avviata se prima la commissione competente non ha approvato una relazione sulla proposta: la commissione parlamentare deve approvare a maggioranza dei suoi membri il mandato, gli orientamenti e le priorità che la delegazione parlamentare è tenuta a seguire (art. 70, par. 2, reg. PE); qualora, poi, si raggiunga un compromesso con il Consiglio, prima della votazione in Assemblea, la commissione è sempre consultata (art. 70, par. 3, reg. PE)⁵³.

Il Trattato di Lisbona ha determinato, in parte per espressa previsione e in parte come conseguenza indiretta, una valorizzazione del ruolo delle commissioni del Parlamento europeo. Espressamente, perché per la prima volta gli articoli 121 e 284 TFUE menzionano le “commissioni parlamentari”. Sinora, invece, i Trattati quando facevano riferimento genericamente al Parlamento europeo intendevano indicare l’Assemblea⁵⁴. Indirettamente, in quanto la crescita di funzioni e di poteri derivante dal Trattato – specie per quel che riguarda le procedure legislative – ha imposto una razionalizzazione delle attività parlamentari attraverso un rafforzamento delle sedi decentrate e specializzate, quali le commissioni permanenti. In altri termini, un aumento del carico di lavoro ha richiesto una sua più funzionale suddivisione, senza però determinare una parcellizzazione delle attività: di qui la modifica delle previsioni sulle commissioni associate (articoli 50 e 179, par. 2, reg. PE), l’introduzione della procedura per riunioni congiunte delle commissioni (art. 51 reg. PE) e il potenziamento del ruolo della Conferenza dei presidenti di commissione nella decisione sull’assegnazione dei *dossier* (art. 188, par. 2, reg. PE)⁵⁵.

Quanto alle procedure speciali, che configurano una categoria residuale identificabile per differenza dalla procedura legislativa ordinaria, il Trattato di riforma ne “nomina” espressamente alcune⁵⁶. Come, ad esempio, quella per

⁵³ La commissione definisce così i suoi orientamenti sul compromesso definito dalla delegazione parlamentare e da quella del Consiglio, orientamenti che, pur non essendo vincolanti per l’Aula, sono comunque il principale criterio di riferimento per la decisione di quest’ultima.

⁵⁴ In particolare, l’art. 121 TFUE si riferisce alla circostanza in cui il Consiglio, nell’ambito della sorveglianza multilaterale sulle politiche economiche degli Stati membri, renda pubbliche le sue raccomandazioni. In questo caso, il Presidente del Consiglio “può essere invitato a comparire dinanzi alla commissione competente del Parlamento europeo”. Non a caso, anche l’art. 284 TFUE coinvolge le commissioni parlamentari in tema di politica economica e, segnatamente, di politica monetaria, una delle materie sulle quali il Parlamento europeo ha per lungo tempo scontato (e in parte ancora sconta) una *deficit* di coinvolgimento. Sebbene ciò accadesse già per prassi nell’ambito del c.d. “dialogo monetario” tra Parlamento europeo e BCE, ora l’art. 284 TFUE precisa: “Il presidente della Banca centrale europea e gli altri membri del comitato esecutivo possono, a richiesta del Parlamento europeo o di propria iniziativa, essere ascoltati dalle commissioni competenti”.

⁵⁵ Così pure per la prima volta si riconosce la funzione dei coordinatori di commissione e dei relatori ombra (art. 192 reg. PE), nella prassi sistematicamente nominati dal Parlamento: i primi, una volta “distribuiti” i parlamentari tra le diverse commissioni; i secondi, invece, provvedimento per provvedimento (sul punto, cfr. *supra*, par. 2).

⁵⁶ Ad esempio, ai sensi dell’art. 314 TFUE è qualificata come procedura legislativa speciale

l'istituzione di una Procura europea (art. 86 TFUE), che deve avvenire mediante un regolamento che deve esser approvato all'unanimità in Consiglio (e non a maggioranza qualificata come nella procedura ordinaria), previa approvazione del Parlamento europeo (si tratta della vecchia procedura di parere conforme). Può considerarsi ugualmente speciale la procedura legislativa che, avviata come ordinaria, si trasformi nel corso dell'*iter* in qualcos'altro, a seguito del verificarsi di alcune condizioni (sebbene il Trattato formalmente non ne riconosca la specialità). Ciò accade per le proposte riguardanti la cooperazione giudiziaria in materia penale quando si attiva il meccanismo c.d. dell'*emergency brake*. Ad esempio, l'art. 82 TFUE prevede che, in tema di tutela delle vittime della criminalità e per l'ammissibilità reciproca delle prove tra Stati membri, la procedura legislativa ordinaria sia sospesa quando uno Stato, invocando l'intervento del Consiglio, ritenga che un progetto di direttiva in tema incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento penale. Entro quattro mesi dalla sospensione, il Consiglio europeo raggiunto il consenso riattiva la procedura ordinaria, rinviando la proposta al Consiglio; in caso di disaccordo, invece, può essere istituita una cooperazione rafforzata.

Nonostante l'abolizione della suddivisione in pilastri delle politiche dell'Unione, le procedure decisionali nel settore della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale e in quello della politica estera e di sicurezza comune sono ancora alquanto differenziate: nel primo settore i poteri del Parlamento europeo si limitano perlopiù all'approvazione o reiezione delle proposte, quando non alla mera consultazione dell'istituzione; in tema di politica estera europea, invece, non possono essere proprio approvati atti legislativi.

Un ulteriore rafforzamento del Parlamento europeo deriva dalla riforma della comitologia e dalla distinzione tra atti delegati e atti di esecuzione, delineata dagli articoli 290 e 291 TFUE⁵⁷. Le procedure della comitologia erano infatti state concepite allorquando il delegante era sostanzialmente identificabile con il Consiglio (dei ministri) e tendevano perciò ad affidare il controllo sull'attività delegata alla Commissione – come è noto, in forme più o meno incisive a seconda dell'opzione fatta propria nell'atto a cui si deve dare esecu-

anche la procedura di approvazione del bilancio dell'Unione. Cfr. M. DECARO, *L'esecuzione del bilancio, la responsabilità dei diversi livelli di governo, il controllo dei risultati*, in M. T. SALVEMINI, F. BASSANINI (a cura di), *Il finanziamento dell'Europa. Il bilancio dell'Unione e i beni pubblici europei*, Firenze, 2010, p. 91 ss. A tal riguardo, però, occorre precisare che, se è vero che il Parlamento europeo è un'autorità di bilancio al pari del Consiglio sul fronte delle spese, non ricopre un tal ruolo anche per quanto riguarda la definizione delle risorse proprie, per le quali conserva "un ruolo meramente consultivo (art. 311, par. 1, TFUE)". Così U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 196.

⁵⁷ Sulla riforma della comitologia dopo il Trattato di Lisbona, v. il regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione, *GUUE* L 55, 28 febbraio 2011, p. 13 ss. Cfr., in proposito, R. BARATTA, *Sulle fonti delegate ed esecutive dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 293-318.

zione – in capo a comitati di rappresentanti degli Stati membri, nei quali naturalmente si riproduceva la medesima logica intergovernativa che caratterizza il Consiglio. Ora, invece, questo schema resta sostanzialmente valido solo per gli atti di esecuzione (non abilitati a integrare o modificare elementi dell’atto legislativo), mentre sugli atti delegati il controllo è affidato, in forma paritaria – e dunque in coerenza con la procedura legislativa ordinaria –, al Consiglio e al Parlamento.

Pertanto, non solo la Corte di giustizia una volta entrato in vigore l’atto, ma anche gli “organi politici” possono sanzionare un uso improprio della delega, revocandola a maggioranza dei membri che lo compongono, per il Parlamento, e a maggioranza qualificata, per il Consiglio. Analoghe maggioranze sono richieste in caso di opposizione all’entrata in vigore dell’atto delegato⁵⁸. Proprio sul controllo parlamentare dei progetti di atti delegati – che devono essere obbligatoriamente trasmessi dalla Commissione europea al Parlamento e al Consiglio – interviene, in modo alquanto laconico, invero, il nuovo art. 87-*bis* reg. PE, introdotto il 25 novembre 2009⁵⁹: ai sensi di tale disposizione, è la commissione parlamentare competente per il merito ad esaminare i progetti di atti delegati ed eventualmente a presentare all’Assemblea, che decide in proposito, qualsiasi proposta sull’atto controllato.

Dunque, il Trattato di Lisbona ha senza dubbio determinato un rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo in molte procedure, grazie all’estensione della procedura legislativa ordinaria. Ma, da una parte, l’articolazione procedurale resta ricca, al di là della semplificazione terminologica (volta a distinguere semplicemente tra procedure legislative speciali e ordinaria) e, soprattutto per via del regolamento del Parlamento europeo, assai numerose sono le varianti procedurali interne anche allo stesso procedimento⁶⁰; dall’altra parte, però, come dimostrano anche le più recenti vicende legate alla proposta di regolamento che istituisce un meccanismo di valutazione e monitoraggio per verificare l’applicazione dell’*acquis* di Schengen⁶¹, fino a che il procedimento

⁵⁸ Sugli atti delegati dell’Unione europea, invece, v. la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull’attuazione dell’art. 290 TFUE, COM(2009)673 def., del 9 dicembre 2009, e il *Common understanding* raggiunto su tali atti dal Consiglio, dal Parlamento europeo (che lo ha poi approvato il 3 marzo 2011) e dalla Commissione europea il 16 dicembre 2010. Cfr. anche P. CRAIG, *The Treaty of Lisbon: Process, Architecture and Substance*, in *European Law Review*, 2008, p. 161; H. HOFMANN, *Legislation, Delegation and Implementation under the Treaty of Lisbon: Typology Meets Reality*, in *European Law Journal*, 2009, p. 482 ss.; J.-C. PIRIS, *La comitologie: vers l’épilogue d’une longue saga?*, in *Chemins d’Europe. Mélanges en l’honneur de J. P. Jacqué*, Paris, 2010, p. 547 ss.

⁵⁹ Cfr. la decisione del Parlamento europeo del 25 novembre 2009 sull’adeguamento del regolamento del Parlamento europeo al Trattato di Lisbona, 2009/2062(REG).

⁶⁰ Cfr. R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, pp. 165-166.

⁶¹ COM(2011)559 def., del 16 settembre 2011. Anche se nel caso in esame può forse ravvisarsi un vizio di legittimità dell’atto legislativo, in particolare per violazione delle forme sostanziali, qualora l’atto sia adottato e come rilevato dal Parlamento europeo durante la seduta plenaria del 12 giugno 2012: infatti, se è vero che il Consiglio, ai sensi dell’art. 293, par. 1, TFUE, può modificare la proposta della Commissione deliberando all’unanimità, non può però comportarsi come

legislativo non si conclude, di fatto resta sempre un ampio margine di indeterminatezza sulla procedura prescelta, che può modificarsi in corso d'opera in qualcos'altro, previo sovvertimento della base giuridica iniziale.

5. Per effetto del Trattato di Lisbona i Parlamenti degli Stati membri sono stati direttamente coinvolti nelle procedure legislative dell'Unione europea⁶². Per effetto dell'art. 12 TUE e dei Protocolli sul ruolo dei parlamenti nazionali (n. 1) e sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità (n. 2) ai Parlamenti sono stati attribuiti dai Trattati una serie di poteri variamente configurati, a seconda degli effetti che possono derivare dal loro esercizio.

Così i Parlamenti hanno acquisito un vero e proprio potere di veto in caso di ricorso alle c.d. "clausole passerella" (art. 48, par. 6, TUE), per il passaggio da una procedura legislativa speciale a quella ordinaria o dal requisito dell'unanimità a quello della maggioranza qualificata in Consiglio, oppure per opporsi all'adozione di una misura in materia di diritto di famiglia e aventi implicazioni transnazionali (art. 81, par. 3, TFUE); sono poi titolari di un diritto di partecipazione alla procedura di revisione ordinaria dei Trattati nell'ambito della Convenzione (art. 48, par. 3, TUE) e in generale alle procedure legislative europee riguardanti proposte che non afferiscono alle materie di competenza esclusiva dell'Unione, per valutarne la conformità al principio di sussidiarietà (art. 12 TUE e Protocollo n. 2) e più in generale attraverso la cooperazione con il Parlamento europeo e gli altri Parlamenti nazionali (Protocollo n. 1)⁶³; esercitano poteri di controllo su Europol e di valutazione delle attività di Eurojust (art. 12, lett. c); sono obbligatoriamente informati dalla Commissione europea o dalle altre istituzioni proponenti delle proposte legislative e dei documenti di consultazione europei (ivi inclusi quelli di programmazione), degli ordini del giorno, dei risultati delle sessioni e dei processi verbali del Consiglio, della relazione annuale della Corte dei conti europea, dell'intenzione del Consiglio europeo di ricorrere alla procedura semplificata di revisione dei Trattati (Protocollo n. 1),

se la proposta della Commissione europea non esistesse, giungendo a stravolgere la base giuridica della proposta (dall'art. 77, par. 2, all'art. 70 TFUE) e quindi la relativa procedura legislativa da ordinaria a speciale con la mera informazione del Parlamento. In merito, v. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., pp. 105-110.

⁶² Cfr. S. DE BELLIS, *L'interazione fra i parlamenti nazionali e le istituzioni comunitarie dopo Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, pp. 609-630, e U. VILLANI, *Principi democratici e ruolo dei Parlamenti nazionali nel Trattato di Lisbona*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *op. cit.*, pp. 213-232.

⁶³ In questo caso, come si dirà nel prosieguo, quello dei Parlamenti, anzi di ciascuna Camera per i Parlamenti bicamerali, si configura come un potere di veto affievolito, dato che il blocco della procedura legislativa consegue solo al raggiungimento di un certo numero di pareri parlamentari contrari per violazione del principio di sussidiarietà e ad una espressa decisione delle istituzioni europee. Ugualmente, non è possibile parlare di veto con riferimento al potere di ciascun Parlamento o Camera di esperire un ricorso di annullamento, mediante l'interposizione del rispettivo Governo, avverso un atto legislativo ritenuto in contrasto col principio di sussidiarietà (art. 8, Protocollo n. 2)

delle domande di adesione all'Unione europea (art. 49 TUE), dell'applicazione della clausola di flessibilità (art. 352, par. 2, TFUE)⁶⁴.

A lungo, il Parlamento europeo si è posto in chiave critica rispetto a un coinvolgimento diretto dei Parlamenti nazionali nei processi decisionali europei⁶⁵, specie allorquando questi hanno inteso inserirsi non in procedure in qualche modo “straordinarie” (come quelle di revisione dei Trattati, nelle quali infatti il sistema parlamentare dell'Unione europea pare avere raccolto, specie con il “metodo Convenzione”, i suoi principali successi), ma nelle procedure decisionali ordinarie: in queste ultime, infatti, le posizioni degli Stati membri dovevano essere rappresentate in modo tendenzialmente unitario dai soli Governi nazionali, all'interno del Consiglio (dei ministri). Questo schema è stato in sostanza superato per effetto della procedura di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà (c.d. “*early warning*”, tradotto a volte come “allerta precoce”, altre volte come “allarme preventivo”), idonea a rallentare o persino agevolare il blocco dei processi decisionali dell'Unione europea, nella quale i Parlamenti degli Stati membri sono in condizione di mandare i propri “pareri motivati” (e anche i propri “contributi”, per effetto dell'interpretazione ampia data a questa procedura dalla Commissione Barroso, attraverso il cosiddetto “dialogo politico”) direttamente alle istituzioni dell'Unione europea.

Tale procedura è prevista dall'art. 7 del Protocollo n. 2: se un numero di Camere nazionali tale da raggiungere il *quorum* di un terzo (o anche solo di un quarto per i progetti rientranti nell'ambito della cooperazione di polizia o giudiziaria in materia penale) dei voti assegnati (attribuiti nel numero di due a ciascun Parlamento, uno per Camera, se bicamerale) rileva una violazione del principio di sussidiarietà da parte della proposta legislativa esaminata, si procede al riesame della stessa da parte del soggetto proponente (sia esso la Commissione, un quarto degli Stati membri, la Corte di giustizia, la BCE o la BEI) che può decidere di mantenerla, di modificarla o di ritirla (c.d. cartellino giallo). Se i voti contrari alla proposta, sempre sotto il profilo della sussidiarietà, sono pari alla maggioranza semplice dei voti assegnati, a patto che la procedura sia quella legislativa ordinaria, ove la Commissione intenda mantenere la proposta, si può giungere fino al blocco dell'*iter* decisionale: ciò si verifica quando, una volta trasmessi i pareri parlamentari ai co-legislatori e verificata da parte di questi, prima della fine della prima lettura, la compatibilità con il principio di sussidiarietà, il Consiglio a maggioranza del 55% dei membri e/o il Parlamento europeo a maggioranza dei voti espressi riscontrino una violazione del principio e dichiarino quindi il blocco della procedura (c.d. cartellino arancione)⁶⁶.

⁶⁴ Per un esame esaustivo dei diversi poteri dei Parlamenti nazionali dopo il Trattato di Lisbona, cfr. J. V. LOUIS, *National Parliaments and the Principle of Subsidiarity. Legal Options and Practical Limits*, in I. PERNICE, E. TANCHEV (eds.), *Ceci n'est pas une Constitution. Constitutionalism without a Constitution*, Baden-Baden, 2009, p. 131 ss.

⁶⁵ Cfr. E. CANNIZZARO, *Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea: in margine ad uno scritto inedito di Leopoldo Elia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, pp. 457-464.

⁶⁶ La letteratura su questa procedura è assai vasta. Si veda, anche per ulteriori indicazioni, P.

Appunto in una logica cooperativa con i Parlamenti nazionali, il Parlamento europeo ha inteso in qualche modo “cavalcare” questa procedura e instaurare forme di dialogo con i Parlamenti nazionali. Secondo quanto stabilito dal nuovo art. 38-*bis* reg. PE, introdotto il 25 novembre 2009, i pareri trasmessi dai Parlamenti nazionali al Parlamento europeo sono deferiti per l’esame alla commissione di settore e, per conoscenza, alla Commissione per gli affari giuridici, la quale può presentare una raccomandazione sul rispetto della sussidiarietà, su cui vota la commissione parlamentare competente per materia⁶⁷. Di norma, la commissione di merito non si pronuncia sulla proposta prima che sia decorso il termine di otto settimane dalla trasmissione, in modo da tener conto dei rilievi delle Camere nazionali (che devono essere espressi entro quel medesimo termine). Nel caso in cui i voti dei Parlamenti degli Stati membri superino la soglia indicata nei Trattati per il c.d. cartellino giallo, il Parlamento europeo si esprime soltanto dopo che l’autore della proposta si sia pronunciato; se invece si raggiunge la maggioranza semplice dei “voti” contrari (richiesta per il c.d. cartellino arancione) la commissione di merito, esaminati tanto i pareri dei Parlamenti quanto quello della Commissione europea e le osservazioni della Commissione per gli affari giuridici, può raccomandare all’Assemblea di respingere la proposta per violazione del principio di sussidiarietà o di apportare le modifiche che ritenga necessarie rispetto a questo principio. Se la proposta di reiezione è approvata dalla plenaria a maggioranza semplice, il Presidente del Parlamento europeo dichiara conclusa la procedura; “se il Parlamento *non respinge* la proposta, la procedura prosegue”, tenendo conto delle richieste formulate.

Con la procedura di *early warning*, quindi, il Parlamento europeo è chiamato a confrontarsi con l’intervento dei Parlamenti degli Stati membri, che può essere usato *ad adiuvandum* o *a contrario* nell’adozione della posizione di prima lettura nell’ambito della procedura legislativa ordinaria. Qualora si raggiunga la maggioranza semplice dei voti contrari alla proposta legislativa – fatto tutt’altro che scontato, se si guarda alla prima prassi applicativa⁶⁸ –, il Parlamento europeo (e il

KUIVER, *The Early Warning System for the Principle of Subsidiarity: Constitutional Theory and Empirical Reality*, London-New York, 2012.

⁶⁷ Il parere della Commissione per gli affari giuridici può segnalare anche violazioni del principio di proporzionalità, ancorché il rispetto di tale principio non sia contemplato dal Protocollo n. 2 nella procedura di *early warning*: è piuttosto evidente la volontà di proporre una interpretazione ampia del parametro, che si estenda anche al contenuto di merito delle proposte e al rispetto del principio di proporzionalità. In questo senso, sia consentito rinviare a C. FASONE, *Rational Legislative Subsidiarity and Shared Parliamentary Sovereignty in the European Union*, paper presentato in occasione del 19 W G Hart Legal Workshop 2011 su “*Sovereignty in Question*”, organizzato dall’Institute of Advanced Legal Studies di Londra, 28 giugno 2011.

⁶⁸ Nei primi due anni e mezzo una sola volta, infatti, si è raggiunta la soglia prevista per il c.d. “cartellino giallo”, rispetto alla proposta di regolamento del Consiglio sull’esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, COM(2012)130 def., con un numero di pareri motivati tali da raggiungere i 19 voti contrari (considerando che il parere motivato dei Parlamenti monocamerale “vale per due”). In preva-

Consiglio) può dunque far leva sui pareri motivati dei Parlamenti degli Stati membri per bloccare la procedura, ma si tratta in ogni caso di una facoltà (esercitabile, evidentemente, anche a prescindere dal riscontro, da parte dei Parlamenti nazionali, di una possibile violazione del principio di sussidiarietà)⁶⁹. L'effetto più sicuro di questa previsione è stato perciò quello di "arricchire" l'istruttoria legislativa e di valutare più accuratamente se il provvedimento dell'Unione è appropriato rispetto agli obiettivi prefissati. Ad onor del vero, almeno sul piano astratto, il comportamento del Parlamento europeo in caso di "cartellino arancione" non appare facilmente determinabile: se, da un lato, infatti, può sembrare improbabile da un punto di vista politico che il Parlamento europeo faccia "un passo indietro"; restituendo agli Stati membri una competenza che la Commissione gli avrebbe affidato; dall'altro, non si può escludere a priori la formazione di un'"alleanza" tra Parlamenti nazionali e Parlamento europeo su uno specifico provvedimento, per esempio qualora i diritti dei cittadini europei si ritengano violati.

Invero, la proposta di modifica del regolamento interno presentata dalla Commissione affari costituzionali del Parlamento europeo nel 2009 conteneva anche diverse ulteriori disposizioni sul rapporto tra Parlamento europeo e Parlamenti degli Stati membri, poi stralciate in sede di approvazione in Assemblea. A quanto risulta, tale stralcio avrebbe fatto seguito ad una richiesta informale dei Parlamenti nazionali, i quali avrebbero preferito definire tali questioni nell'ambito della Conferenza degli *speaker* dei Parlamenti dell'Unione, a cui prende parte anche il Presidente del Parlamento europeo⁷⁰. In particolare, queste disposizioni prefiguravano un rafforzamento tra le omologhe commissioni del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali⁷¹; e una proceduralizzazione del "dialogo pre e post-legislativo", garantendo una sorta di assistenza del Parlamento europeo nei confronti della Camere nazionali "dalla fase di programmazione legislativa a quella di applicazione dell'atto adottato", mediante un coinvolgimento, per conto del Parlamento europeo, dei relatori ufficiali delle proposte, i relatori ombra, i coordinatori delle commissioni e i presidenti e i

lenza, perciò, lo strumento è stato inteso come mezzo attraverso cui ciascun singolo Parlamento ha espresso la propria posizione sull'impatto delle proposte legislative sulla propria realtà nazionale, dunque utilizzando la procedura come il "grimaldello" per favorire l'inclusione dell'opinione pubblica nazionale nei processi decisionali europei, anziché ricorrere alla leva del raccordo e della posizione comune con le altre Assemblee nazionali.

⁶⁹ Come nota P. KIIVER, *op. cit.*, p. 30 ss., peraltro, nel caso della procedura "cartellino arancione", il Parlamento europeo potrebbe esercitare il proprio veto prima e più facilmente del solito, visto che nella procedura legislativa ordinaria il Parlamento europeo può respingere la proposta solo nella seconda lettura e soltanto con un voto a maggioranza dei componenti.

⁷⁰ Tale Conferenza ha tenuto la sua prima riunione nel 1963, ma soltanto a partire dal 1975 ha iniziato a riunirsi con cadenza regolare. La Conferenza dei Presidenti dei Parlamenti degli Stati membri e del Parlamento europeo dal 1980 tiene le sue riunioni ogni anno ed ha un ruolo di coordinamento delle iniziative di cooperazione interparlamentare nell'Unione europea.

⁷¹ Cfr. l'art. 132-*bis* nella proposta di modifica del regolamento del Parlamento europeo (Relazione Martin, 2009/2062 (REG)), ai sensi del quale sarebbero state previste riunioni periodiche e sistematiche delle commissioni parlamentari di settore.

relatori delle commissioni parlamentari nazionali attraverso contatti individuali, riunioni bilaterali e/o multilaterali (anche per videoconferenza)⁷².

Il risultato di questa articolata negoziazione con i Parlamenti nazionali nel nuovo assetto definito dal Trattato di Lisbona, sebbene meno “coraggioso” delle proposte di modifica del regolamento inizialmente presentate, è volto comunque a favorire lo scambio di informazioni, i contatti e le agevolazioni reciproche tra l’Assemblea di Strasburgo e quelle degli Stati membri. In particolare, l’art. 130 reg. PE, introdotto il 15 giugno 2010⁷³, ha stabilito, al comma 1, che il Parlamento europeo “tiene regolarmente informati i Parlamenti nazionali degli Stati membri in merito alle sue attività”; e, al comma 3, seppur con formulazione generica, promuove le opportune forme di cooperazione pre-legislativa e post-legislativa tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali.

Del resto, che la cooperazione tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali sia tutt’altro che facile lo stanno a dimostrare due recenti vicende. In primo luogo, la difficile costruzione di forme di controllo parlamentare sulla PESC (politica estera e di sicurezza comune) e sulla PSDC (politica di sicurezza e di difesa comune, che della prima è parte integrante), nel complesso equilibrio tra le previsioni di cui agli articoli 9 e 10 del Protocollo n. 1: il primo, volto ad attribuire al Parlamento europeo una sorta di potere di veto nella definizione “di una cooperazione interparlamentare efficace e regolare in seno all’Unione”; il secondo, valorizzando invece la sede di cooperazione interparlamentare ove il Parlamento europeo non è che un Parlamento come tutti gli altri⁷⁴. Una soluzione di compromesso sembra da ultimo essere stata individuata dalla Conferenza degli *speaker* dell’Unione europea il 21 aprile 2012: ogni sei mesi, infatti, sarà convocata una apposita conferenza interparlamentare su tali politiche, a cui prenderanno parte 16 delegati del Parlamento europeo e 6 delegati per ogni Parlamento nazionale; la conferenza si terrà o presso il Parlamento dello Stato membro che detiene la Presidenza di turno dell’Unione europea e che assume la presidenza della conferenza, in stretta collaborazione col Parlamento europeo, o presso la sede del Parlamento europeo a Bruxelles.

In secondo luogo, il riferimento, contenuto nell’art. 13 del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell’Unione economica e monetaria, secondo il quale “il Parlamento europeo e i Parlamenti nazionali delle parti contraenti definiranno insieme l’organizzazione e la promozione di una conferenza dei rappresentanti delle pertinenti commissioni del Parlamento europeo e dei rappresentanti delle pertinenti commissioni dei parlamenti nazionali ai fini della discussione delle politiche di bilancio e di altre questioni rientranti nell’am-

⁷² Così l’art. 132-*ter* della suddetta proposta, anch’esso stralciato in sede di approvazione della proposta di modifica del regolamento del Parlamento il 25 novembre 2009.

⁷³ Cfr. la decisione del Parlamento europeo del 15 giugno 2010 sull’adeguamento del regolamento del Parlamento al Trattato di Lisbona, 2009/2062(REG).

⁷⁴ All’interno della Conferenza per gli organismi specializzati negli affari europei (COSAC), infatti, il Parlamento europeo è dotato di una delegazione delle stesse dimensioni di quelle dei Parlamenti nazionali.

bito di applicazione del presente trattato”. Con un generico rinvio al titolo II del Protocollo n. 1, che lascia appunto indefiniti gli equilibri tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali.

6. Le peculiari caratteristiche del Parlamento europeo quanto a composizione e organizzazione interna, forse ancor prima delle previsioni dei Trattati, sembrano fin qui aver costituito un punto di forza di questa istituzione. L'assenza di un *cleavage* stabile tra maggioranza e opposizione e, viceversa il dominio dei gruppi parlamentari, in particolare dell'alleanza tra popolari e socialisti, hanno favorito l'emergere di una logica consensuale all'interno del Parlamento europeo, che ha servito sostanzialmente la causa del rafforzamento dell'istituzione medesima. I gruppi e le commissioni permanenti – soprattutto il relatore e i coordinatori dei gruppi – hanno rappresentato e rappresentano il principale “motore” del potenziamento del Parlamento europeo, perseguito sia mediante precise rivendicazioni sui diversi *dossier* legislativi all'esame, sia per mezzo della continua attività di modifica del regolamento interno, con cui si sono spesso anticipati cambiamenti che poi sarebbero stati codificati nei Trattati.

Nonostante il regolamento del Parlamento europeo sia stato oggetto di un “sostanzioso *restyling*” nel corso del 2009 (prima, il 6 maggio e, poi, il 25 novembre), in modo da “essere pronto” sin da subito a sfruttare i nuovi poteri garantiti dal Trattato di Lisbona, il suo adeguamento al Trattato di riforma pare in realtà tutt'altro che concluso: alcune previsioni devono essere ancora aggiornate e altre saranno oggetto di quel processo di assestamento senza soluzione di continuità che caratterizza il Parlamento europeo nella manutenzione delle sue regole fondamentali di funzionamento, nella fase successiva alla prima applicazione delle nuove procedure.

In linea generale, l'Assemblea di Strasburgo sembra presentarsi come un “Parlamento nel pieno della sua giovinezza”, e in qualche modo ancora in espansione: almeno se paragonato a tanti Parlamenti nazionali, che con fatica arrancano sotto il peso degli Esecutivi, delle trasformazioni della società civile e dei processi di integrazione europea e di globalizzazione, mancando per molti versi di quella capacità di reazione ai (e di anticipazione dei) cambiamenti, che invece ha connotato finora il Parlamento europeo, anche grazie al minor peso delle sue tradizioni. Le riforme dei Trattati dell'ultimo ventennio (da Maastricht in poi) hanno evidenziato un sistema parlamentare europeo in continua evoluzione, ma straordinariamente attivo, spesso oltre i poteri conferiti dai Trattati: anche quando formalmente non esisteva una base giuridica per l'intervento parlamentare, sono state studiate soluzioni *ad hoc* per configurarla.

Tuttavia alcuni elementi critici persistono: quanto al nodo della rappresentatività del Parlamento europeo, evidenziato dal Tribunale costituzionale federale tedesco⁷⁵,

⁷⁵ In proposito, cfr. *supra*, nota 2.

quanto alla sua tendenza alla “burocratizzazione” delle procedure⁷⁶, o quanto ai suoi rapporti con le altre istituzioni.

Il nodo che oggi appare più delicato è forse quello del rapporto tra il Parlamento europeo e il Consiglio europeo, vero detentore del potere di “indirizzo politico” nell’Unione europea, specie dopo il Trattato di Lisbona, in particolare a scapito della Commissione europea. Come dimostrano anche le recenti vicende legate alla riforma della *governance* economica, manca ancora un controllo parlamentare efficace a livello europeo su talune politiche, come quella economica e monetaria, la PESC e la PSDC⁷⁷. Al Parlamento europeo sono garantiti limitatissimi poteri nei confronti delle scelte del Consiglio europeo, il quale non è politicamente responsabile dinanzi all’Assemblea di Strasburgo: ciascun capo di Stato e di governo è politicamente responsabile solo dinanzi al rispettivo elettorato e/o al Parlamento nazionale.

Da ciò, in definitiva, l’ulteriore conferma che il controllo parlamentare e democratico ha bisogno, nell’Unione europea, di un Parlamento europeo forte e, al tempo stesso, di Parlamenti nazionali in grado di controllare efficacemente l’azione dei rispettivi Governi: ad una Costituzione composita non può non corrispondere un sistema parlamentare altrettanto articolato, in grado di inseguire e di far valere *pro quota* quella responsabilità politica che altrimenti tende inevitabilmente a dissolversi in un sistema politico-istituzionale articolato su più livelli.

⁷⁶ Per “burocratizzazione” dell’istituzione si intende quel processo per cui, tanto per effetto degli accordi interistituzionali quanto di prassi consolidatesi negli anni, il Parlamento europeo tende a spostare sempre più spesso il luogo in cui assume le sue decisioni dall’Assemblea o dalle commissioni parlamentari a sedi negoziali esterne con il Consiglio e la Commissione europea, senza alcuna garanzia di trasparenza. Ad esempio, per la prassi in crescita dei *first reading agreements*, si ha la sensazione che il consesso parlamentare sempre più spesso ratifichi decisioni prese altrove dai suoi rappresentanti di concerto con quelli delle altre Istituzioni. Così, i *first reading agreements*, in particolare, possono comportare l’adozione di un elevato numero di emendamenti da parte del Parlamento, che spesso hanno una scarsissima importanza per il Parlamento stesso, ma che interessano i gruppi di lavoro del Consiglio competenti per materia. Enfatizza il problema della mancanza di pubblicità delle sedi decisionali a cui prende parte il Parlamento europeo O. COSTA, *Peut-on délibérer à l’échelle supranationale? La délibération au Parlement européen entre pratique démocratique et méthode de décision*, paper presentato in occasione della *Journée d’études du groupe intercentres «Gouvernance et délibération»*, Sciences Po Bordeaux, 2010.

⁷⁷ Cfr. G. RIVOSECCHI, *La funzione di controllo parlamentare tra Parlamento europeo e Parlamenti nazionali*, in A. LUCARELLI, A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Studi sulla Costituzione europea*, Napoli, 2003, pp. 289-304.

Abstract

The European Parliament in the Light of the New Provisions of the Treaty of Lisbon and of Its Rules of Procedure

The article deals with the steady empowerment of the European Parliament by the revision of the European Treaties, and the updating process of its rules: a process that is continuing after the Treaty of Lisbon. Indeed, the European Parliament uses the amendments of its rules instrumentally, aiming at further increasing its power, and it generally succeeds in achieving this objective. This is shown in the present article firstly through the analysis of the internal bodies of the institution, which is organized in a way that enhances its decisional capability. Secondly, the “form of government” of the European Union is considered, looking at the European Parliament’s relationship with the Commission, also in the light of their 2010 interinstitutional agreement. Finally, the position of the European Parliament within the legislative procedures is examined, taking into account the new forms of cooperation with the national Parliaments.

Monica Lugato*

Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo**

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. La dottrina del margine di apprezzamento. – 3. Il margine di apprezzamento nel caso *Lautsi*. – 4. Il margine di apprezzamento e le regole sull'interpretazione dei trattati. – 5. Margine di apprezzamento e principio di sussidiarietà. – 6. Conclusioni.

1. La recente sentenza della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Lautsi*¹ offre l'occasione per ritornare sul “margine di apprezzamento”, che vi ha giocato un ruolo decisivo, e proporre una riflessione sulla sua base giuridica. Nei numerosissimi commenti che la pronuncia ha attratto, talvolta molto critici rispetto al rilievo che la Corte ha tributato al margine di apprezzamento, tale questione non è stata oggetto di particolare attenzione. Riteniamo, invece, che sia di primaria importanza anche per poter poi formulare un giudizio circa la pertinenza del suo richiamo nel caso di specie.

La base giuridica della “dottrina” del margine di apprezzamento non è esplicitata nella sentenza della Grande Camera nel caso *Lautsi*, né nella precedente giurisprudenza della Corte, che pure ne ha fatto largo uso. Prospetteremo che tale base giuridica sia reperibile, da un lato, nelle regole sull'interpretazione dei trattati, dall'altro nel principio di sussidiarietà. Al rispetto delle prime, la Corte è tenuta quando esercita la propria funzione di assicurare “the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto” (art. 19 CEDU); al rispetto del principio di sussidiarietà

* Ordinario di Diritto internazionale nella LUMSA di Roma.

** Il presente scritto costituisce il testo aggiornato della relazione tenuta al convegno “State-Sponsored Religious Displays in the US and Europe”, svoltosi a Roma il 22 giugno 2012. Il testo in lingua inglese della relazione è in corso di pubblicazione nel *Catholic Journal of Legal Studies*.

¹ Il caso *Lautsi c. Italia* è stato deciso da una camera della Corte europea dei diritti dell'uomo il 3 novembre 2009 e dalla Grande Camera della stessa Corte il 18 marzo 2011. Entrambe le sentenze sono reperibili all'indirizzo www.echr.coe.int, al pari delle altre pronunce della Corte europea citate nel prosieguo.

essa è d'altra parte tenuta perché, per suo stesso espresso riconoscimento, è uno dei principi cardine della Convenzione europea.

2. Schematicamente si può dire che, con il termine “margine di apprezzamento”, la Corte europea dei diritti dell'uomo si riferisce all'area di discrezionalità dello Stato contraente nella attuazione della Convenzione europea².

Dal punto di vista del suo ambito di applicazione, esso si estende all'attuazione dei diritti e libertà di carattere non assoluto e della clausola di deroga di cui all'art. 15. Queste regole hanno in comune due elementi: per cominciare, sono “open-ended, unsettled rules, providing limited conduct-guidance”³, e permettono quindi più modalità di attuazione, tutte potenzialmente compatibili con la Convenzione; in secondo luogo, si riferiscono a diritti e libertà che ammettono restrizioni da parte dello Stato in presenza di date condizioni e, nel far ciò, presuppongono valutazioni rimesse alle autorità nazionali (l'esistenza di una emergenza nazionale, di un pericolo per la vita della nazione, di uno scopo legittimo, di ragioni di ordine pubblico, inclusa la protezione dei diritti altrui e della salute pubblica), tali da richiedere appunto una limitazione dei diritti protetti dalla Convenzione. La Grande Camera ha, ad esempio, affermato di recente, in un caso relativo al diritto di voto, che “the rights enshrined in Article 3 of Protocol No. 1 are not absolute. There is room for implied limitations and the Contracting States must be afforded a margin of appreciation in this sphere”⁴.

Nel campo economico e sociale, norme di questo tipo abbondano sia nella Convenzione che nei Protocolli, e gli organi di Strasburgo hanno riconosciuto con continuità il margine di apprezzamento delle Parti contraenti: ammettendo,

² R. MACDONALD, *The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, III, Milano, 1987, p. 187 ss.; R. SAPIENZA, *Sul margine di apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 571 ss.; E. BENVENISTI, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 843 ss.; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp-Oxford-New York, 2002; G. LETSAS, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford-New York, 2007, p. 58; S. GREER, *The Interpretation of the European Convention on Human Rights: Universal Principle or Margin of Appreciation?*, in *UCL Human Rights Review*, 2010, p. 1 ss.

³ Y. SHANY, *Toward a General Margin of Appreciation in International Law?*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 913; R. SAPIENZA, *L'interpretazione della Convenzione europea tra margine di apprezzamento statale e vincolo di interpretazione conforme. Profili sistematici*, in F. SALERNO, R. SAPIENZA (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2011, p. 171.

⁴ Sentenza del 25 maggio 2012, *Scoppola c. Italia*, par. 83. Come è stato giustamente osservato, in tali casi il fatto che i giudici della Corte “substitute its own conception of what is appropriate may, therefore, result in it taking sides in national debates concerning the resolution of genuine human rights and public interest dilemmas which are not amenable to any straightforward legal solution”: S. GREER, *op. cit.*, p. 3.

anzitutto, che autorità nazionali di carattere democratico sono in posizione migliore, rispetto al giudice internazionale, per articolare le politiche pubbliche in queste aree, alla luce soprattutto della loro maggiore prossimità alle condizioni locali⁵; e, in secondo luogo, che è necessario “contestualizzare” l’acceramento relativo all’osservanza delle regole della Convenzione, in funzione delle specifiche circostanze del singolo caso, tollerando la diversità. La Corte ha più volte posto l’accento sul fatto che “the scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background”⁶. Sempre con riferimento al diritto di voto, per esempio, la Grande Camera ha ammesso che ci sono “numerous ways of organizing and running electoral systems and a wealth of differences, *inter alia*, in historical development, cultural diversity and political thought within Europe which it is for each Contracting State to mould into its own democratic vision”⁷.

Per quanto riguarda la libertà religiosa, considerata nella sua intersezione con il rispetto delle convinzioni dei genitori nell’insegnamento pubblico, il riconoscimento del margine di apprezzamento delle autorità nazionali ha seguito quella che appare una linea coerente, fondata sui seguenti assi fondamentali: entrambe sono aree delicate e complesse dell’attività di governo, nelle quali manca un comune approccio europeo⁸; il margine di apprezzamento degli Stati contraenti deve essere riconosciuto sia quanto alle politiche relative all’istruzione, sia quanto al modello di relazioni fra lo Stato e la religione⁹; deve essere rimesso ad ogni Stato contraente il compito di organizzare, regolare ed eventualmente restringere i relativi diritti e libertà, secondo la propria visione dell’interesse individuale e di quello nazionale, nei termini in cui essa è storicamente maturata¹⁰; tuttavia, la discrezionalità riconosciuta agli Stati contraenti non è illimitata, ma soggetta al controllo della Corte che, tenendo conto delle specifiche condizioni locali¹¹, deve asseverare che essi non abbiano violato gli obblighi posti dalla Convenzione, dai quali non sono sollevati¹².

Infine, quanto alla *ratio* della “dottrina”, secondo un orientamento critico il margine di apprezzamento sarebbe espressione dello sforzo da parte della Corte di bilanciare il suo controllo con la sovranità degli Stati contraenti, onde preservarne il consenso: si tradurrebbe quindi in una opinabile forma di deferenza nei confronti delle autorità nazionali. Inoltre, secondo lo stesso orientamento critico, il margine di apprezzamento sarebbe incompatibile con i diritti umani e con la loro vocazione universale, laddove ammette il trattamento preferenziale dello Stato e delle maggioranze a scapito dell’individuo e delle minoranze; insomma,

⁵ Y. ARAI-TAKAHASHI, *op. cit.*, p. 214, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁶ Sentenza del 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca*, par. 40.

⁷ Sentenza (Grande Camera) del 6 ottobre 2005, *Hirst c. Regno Unito (n. 2)*, par. 60.

⁸ Sentenza (Grande Camera) *Lautsi*, paragrafi 68, 70.

⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁰ Sentenza del 4 dicembre 2008, *Dogru c. Francia*, paragrafi 71-72.

¹¹ Sentenza (Grande Camera) *Lautsi*, par. 74.

¹² *Ibidem*, paragrafi 68, 70.

sarebbe in contraddizione con l'essenza stessa dei diritti umani¹³. Secondo un diverso, più favorevole, orientamento, invece, il margine di apprezzamento è “an essential constitutional device designed to preserve the fundamental prerequisite and virtue of a liberal democratic society: value pluralism”, ed è anche uno strumento essenziale di equilibrio fra diritti individuali e interesse generale¹⁴. Entrambi gli orientamenti sottolineano come sia necessario che la definizione del margine di apprezzamento degli Stati contraenti segua ad un “principled approach”, esigenza che allo stato attuale non sarebbe puntualmente – secondo i fautori del margine di apprezzamento –, o affatto – secondo i critici –, assicurata dalla Corte europea.

3. Come è noto, nel caso *Lautsi* il margine di apprezzamento è stato del tutto sottaciuto nella sentenza (unanime) della Camera e ampiamente riconosciuto in quella della Grande Camera che la ha rovesciata (per 15 voti contro 2)¹⁵.

Poiché entrambe sono ampiamente note e sono state estensivamente analizzate, ci limiteremo a sintetizzare le valutazioni della Grande Camera relative al margine di apprezzamento, che qui esclusivamente interessano. Secondo la Corte, né l'art. 2 del Protocollo n. 1, né l'art. 9 CEDU possono essere intesi nel senso di vietare l'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche. Le relative decisioni rientrano nel margine di apprezzamento dell'Italia, il quale si estende all'attuazione dell'obbligo di rispettare le convinzioni dei genitori nell'istruzione pubblica, alla sua conciliazione con l'esercizio delle funzioni dello Stato nel campo dell'istruzione, alla predisposizione dei *curricula* e dello spazio assegnato alla religione nella formazione scolastica pubblica; all'organizzazione degli ambienti scolastici; alla decisione di perpetuare una tradizione¹⁶.

La Corte ricorda, tuttavia, com'è del resto consueto nei casi che investono il margine di apprezzamento, che l'esistenza di questo spazio di discrezionalità non esonera lo Stato contraente dagli obblighi posti dalla Convenzione: nella specie, quello di assicurare la trasmissione imparziale, critica ed oggettiva delle conoscenze, astenendosi dal proselitismo e dall'indottrinamento (art. 2, Protocollo n. 1)¹⁷, e quelli di garantire la libertà religiosa, ossia la libertà di avere, cambiare, non avere e manifestare una religione o un credo e, nel contempo, di astenersi dal pretendere atti di osservanza di qualsiasi religione o credo, garan-

¹³ E. BENVENISTI, *op. cit.*, p. 843 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁴ Y. ARAI-TAKAHASHI, *op. cit.*, p. 249.

¹⁵ Sentenza (Camera) *Lautsi*, par. 57. Per un'analisi critica si vedano A. SPADARO, *La sentenza “Lautsi” sul Crocifisso: summum jus, summa iniuria?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2010, p. 198; e M. LUGATO, *Simboli religiosi e Corte europea dei diritti dell'uomo: il caso del Crocifisso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 402 ss. Per un'analisi favorevole, S. MANCINI, *The Crucifix Rage: Supranational Constitutionalism Bumps Against the Counter-Majoritarian Difficulty*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 6 ss. Un'approfondita discussione della sentenza nel quadro generale della tematica dei rapporti fra diritto e religione è condotta da C. CARDIA, *Identità religiosa e culturale d'Europa. La questione del crocifisso*, Torino, 2010.

¹⁶ Sentenza (Grande Camera) *Lautsi*, paragrafi 61-70.

¹⁷ *Ibidem*, paragrafi 62 e 69-76.

tendo, per converso, “neutrally and impartially, the exercise of various religions, faiths and beliefs. Their role is to help maintain public order, religious harmony and tolerance in a democratic society, particularly between opposing groups” (art. 9 CEDU)¹⁸. E sottolinea inoltre, anche qui in sintonia con la costante giurisprudenza sul margine di apprezzamento, che il modo in cui lo Stato si avvale della propria discrezionalità resta soggetto al controllo di Strasburgo¹⁹.

Secondo la Grande Camera, dunque, l’obbligo di non esporre simboli religiosi nella scuola pubblica non è *in quanto tale* contemplato dagli articoli 2 del Protocollo n. 1 e 9 CEDU: da un lato, l’esposizione del crocifisso in Italia non risulta aver dato vita a forme di indottrinamento o di proselitismo²⁰; dall’altro, la preponderante visibilità della religione cattolica che vi consegue non è *in sé e per sé* incompatibile con la Convenzione, perché non viola, *in sé e per sé*, il dovere di neutralità che la Convenzione pone in capo allo Stato²¹. Tali conclusioni poggiano su una ricostruzione abbastanza accurata del contesto storico-sociale italiano, in cui l’esposizione del crocifisso avviene²²: un contesto in cui la Corte riscontra che le scuole pubbliche si caratterizzano per l’apertura alle varie religioni (nei *curricula*, nelle regole che consentono agli scolari di indossare simboli religiosi e indumenti legati alla manifestazione della religione, nell’organizzazione scolastica, nell’orario, nel calendario delle festività e nell’organizzazione delle mense), mentre non risultava alcuna tendenza al proselitismo, e in cui il diritto dei genitori di istruire i figli secondo le proprie convinzioni non risultava limitato.

4. La domanda che vogliamo porci è se l’*iter* interpretativo che ha portato la Grande Camera a riconoscere la discrezionalità delle Parti contraenti nelle decisioni relative all’esposizione dei simboli religiosi nelle scuole e ad escludere che la disciplina italiana relativa all’esposizione del crocifisso nelle scuole pubbliche violasse la Convenzione, possa essere ritenuto giuridicamente fondato.

Va ripetuto preliminarmente che, nel valutare la sentenza, occorre tenere bene a mente che non era compito della Corte stabilire se l’esposizione di simboli religiosi nelle scuole pubbliche sia scelta appropriata o condivisibile in astratto, quindi rispetto all’uno o all’altro dei possibili modelli di relazioni fra lo Stato e la religione; e nemmeno se sia coerente “with the principle of secularism as enshrined in Italian law”²³. Il suo compito era di accertare se tale pratica fosse

¹⁸ *Ibidem*, par. 60.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ In questo senso la Corte lo qualifica “passive”. Tale non era invece il caso nella sentenza del 18 febbraio 1999, *Buscarini e altri c. San Marino*, nel quale la Corte ha giudicato che il mantenimento di una tradizione non giustifica l’obbligo di fare giuramento sulla Bibbia per prendere servizio in Parlamento.

²¹ Sentenza (Grande Camera) *Lautsi*, par. 71.

²² Sul rilievo della “social history” nei casi relativi alla libertà religiosa, “providing at least some context within which the various clashing values of neutrality and respect can be mediated” e specificamente nel caso *Lautsi*, v. M. O. DE GIROLAMI, *The Tragedy of Religious Freedom*, in corso di pubblicazione per i tipi della Harvard University Press, p. 146 ss.

²³ Sentenza (Grande Camera) *Lautsi*, par. 58.

o no una violazione degli articoli 2, Protocollo n. 1, e 9 CEDU²⁴. Come essa ha reiterato nella sua giurisprudenza, non rientra nella sua competenza esprimere una valutazione circa l'opportunità dei metodi adottati dallo Stato contraente per dare attuazione alle norme della Convenzione, ma determinare se i metodi adottati e gli effetti che ne discendono sono conformi alla Convenzione²⁵.

Oltre che alla stregua del principio delle competenze di attribuzione, la soluzione adottata dalla Corte europea, nel caso *Lautsi* come negli altri casi che vengano sottoposti al suo giudizio, va valutata alla stregua delle regole sull'interpretazione dei trattati, codificate agli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna del 1969 e, secondo una giurisprudenza stabile della Corte internazionale di giustizia, corrispondenti al diritto internazionale generale. Come è noto, la Corte europea riconosce che tali regole sono applicabili all'interpretazione della Convenzione, “subject, where appropriate, to ‘any relevant rules of the organization’ – the Council of Europe – within which it has been adopted (Article 5 of the Vienna Convention)”²⁶.

Secondo l'art. 31, par. 1, l'interprete deve ricercare l'“ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose” (salvo che non risulti che un significato speciale è stato voluto dalle parti)²⁷. Il contesto comprende – oltre al preambolo e agli allegati e ad ogni accordo o strumento relativo al trattato, concluso “in connection with the conclusion of the treaty”, che coinvolga tutte le parti – gli accordi successivi che riguardino l'interpretazione o l'applicazione del trattato, conclusi fra le Parti, la prassi applicativa successivamente seguita nella sua interpretazione e applicazione “which establishes the agreement of the Parties regarding its interpretation”, e “any relevant rules of international law applicable in the relations among the parties”²⁸.

²⁴ Come avevo rilevato nel commento citato *supra*, nota 15, questo è il presupposto per comprendere la sentenza, mentre molti dei suoi critici sembrano muovere dall'idea che spettasse alla Corte dare attuazione ad una specifica idea di libertà di religione, intesa come rigido secolarismo, che non ammette alcuna forma di esposizione pubblica di simboli religiosi (S. MANCINI, *op. cit.*, p. 6; L. ZUCCA, *Lautsi – A Commentary of the Grand Chamber Decision*, papers.ssrn.com), ma che non è come tale accolto nella Convenzione europea. Cfr. i rilievi di M. L. MOVSESIAN, *Crosses and Culture: State-Sponsored Religious Displays in the US and Europe*, in *Oxford Journal of Law and Religion*, 2012, p. 1 ss., specie p. 19.

²⁵ Sentenza (Grande Camera) del 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c. Turchia*, par. 94.

²⁶ Sentenza del 21 febbraio 1975, *Golder c. Regno Unito*, par. 29. Per un'analisi critica cfr. G. GAJA, *Does the European Court of Human Rights Use Its Stated Methods of Interpretation?*, in *Divenire sociale ed adeguamento del diritto, Studi in onore di Francesco Capotorti*, I, *Diritto internazionale*, Milano, 1999, p. 213 ss.; inoltre, P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998; G. LETSAS, *op. cit.*, specie p. 58; P.-M. DUPUY, *Evolutionary Interpretation of Treaties: Between Memory and Prophecy*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention*, Oxford, 2011, p. 123 ss., in specie p. 133.

²⁷ Si veda M. VILLIGER, *The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The “Crucible” Intended by the International Law Commission*, in E. CANNIZZARO (ed.), *op. cit.*, p. 105.

²⁸ La “general rule on interpretation”, di cui all'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 è

Nulla *nel testo* della CEDU o dei suoi Protocolli proibisce l'esposizione dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche: il significato ordinario dei termini utilizzati negli articoli 2, Protocollo n. 1, e 9 CEDU, – “respect” per le convinzioni religiose e filosofiche dei genitori, “freedom of religion” –, non dà alcuna precisa indicazione in merito. Come si è già detto, per giurisprudenza costante degli organi di Strasburgo, le citate disposizioni vietano il proselitismo e l'indottrinamento; richiedono che lo Stato contraente eserciti tutte le funzioni che gli competono nel campo dell'istruzione in modo imparziale, oggettivo e pluralistico; non vietano in assoluto che ad una religione si attribuisca maggiore visibilità, sempre che questo non si traduca in una forma di proselitismo o in indottrinamento²⁹.

Due ulteriori aspetti spiegano quale sia la chiave di lettura utilizzata dalla Grande Camera, non solo nel caso *Lautsi*, ma nei casi relativi agli articoli 9 CEDU e 2 del Protocollo n. 1 in generale: anzitutto, che “the meaning or impact of the public expression of a religious belief will differ according to time and context”³⁰; in secondo luogo, che in questi ambiti “rules may vary according to national traditions” e le correlative scelte devono essere lasciate agli Stati coinvolti³¹. Queste affermazioni sembrano trovare una giustificazione nello scopo e nell'oggetto della Convenzione europea, che sono pure, in base al diritto internazionale, criteri principali della sua interpretazione: essi suggeriscono, infatti, che l'eventuale pluralità delle soluzioni adottate a livello nazionale non è incompatibile con la CEDU, il cui scopo è di “take the first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration” (preambolo, 5° ‘considerando’) in Europa, attraverso la stipulazione e la garanzia di uno standard minimo comune³². Come vedremo meglio più avanti nel testo, questo non richiede la cancellazione degli standard nazionali di tutela dei diritti umani, che siano compatibili con quello comune, né preclude il loro mantenimento in aree che non siano “coperte” dallo standard comune³³.

Escluso dunque che il divieto dell'esposizione dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche sia direttamente deducibile nel testo delle norme invocate nel giudizio, la Corte procede nella ricostruzione del significato ordinario dei termini in esse impiegati, chiedendosi se una visione comune, in materia di esposizione dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche, emerga dalle normative o dalle prassi seguite dagli Stati contraenti. A tal fine esamina le leggi degli Stati membri del Consiglio d'Europa e trova che nella grande maggioranza di essi la presenza di simboli religiosi nelle scuole pubbliche non è espressamente rego-

completata da quelle sui “supplementary methods of interpretation” (art. 32) e sui trattati autentici in più lingue (art. 33).

²⁹ Sentenza (Grande Camera) del 29 giugno 2007, *Folgerø e altri c. Norvegia*; e sentenza del 9 ottobre 2007, *Hasan e Eylem Zengin c. Turchia*, par. 63.

³⁰ Sentenza *Leyla Sahin*, par. 109.

³¹ *Loc. cit.*

³² Cfr. per tutti P. VAN DIJK, F. VAN HOOF, A. VAN RIJN, L. ZWAAK, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerp-Oxford, 2006, IV ed., p. 5 s.

³³ *Infra*, par. 5.

lata; che è espressamente proibita in tre, e che è espressamente prevista in tre e in alcune regioni di altri due. E prende in esame poi la giurisprudenza delle Corti supreme relativa all'esposizione statale di simboli religiosi nelle scuole pubbliche, accertando che le soluzioni sono state diverse da Paese a Paese e fortemente influenzate dal contesto specifico di ciascuno dei casi e dal significato variabile attribuito al concetto di "neutralità" dello Stato in materia di religione³⁴.

In esito a tale accertamento, la Corte conclude che "there is *no European consensus* on the question of the presence of religious symbols in State schools", aggiungendo che questa circostanza, ossia l'assenza di un orientamento uniforme nei Paesi europei circa la disciplina dell'esposizione dei simboli religiosi nelle scuole, "speaks in favour" dell'ascrivere la questione al margine di apprezzamento dello Stato contraente³⁵.

Insomma, secondo il ragionamento della Corte, i differenti modelli seguiti nelle legislazioni dei Paesi europei, e le diverse soluzioni espresse nella giurisprudenza dei supremi organi giurisdizionali nazionali, suggeriscono che non esistono in Europa standard comuni né riguardo all'esposizione dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche, né quanto alle modalità di esercizio delle funzioni dello Stato nel campo dell'istruzione, o dell'attuazione dell'obbligo di rispettare le convinzioni filosofiche e religiose dei genitori nella scuola pubblica; nemmeno, infine, un tale "consensus" esiste sul concetto di neutralità dello Stato verso la religione. La valutazione della Corte implica che l'obbligo di astenersi dall'espone simboli religiosi nelle aule scolastiche pubbliche non sia riconducibile al "significato ordinario" dei termini "rispetto" per le convinzioni dei genitori nell'area dell'istruzione pubblica e di "libertà religiosa", di cui alle più volte citate regole della CEDU³⁶.

Il riferimento al "consenso europeo" circa l'esposizione dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche è stato criticato ampiamente. Tra i critici del margine di apprezzamento – non solo per come è stato ricostruito nel caso *Lautsi*, ma in generale –, è diffusa l'opinione che si tratterebbe di un criterio troppo vago e impreciso per farne discendere conclusioni circa l'esistenza o inesistenza di obblighi posti dalla CEDU a carico degli Stati contraenti. A noi sembra che le cose stiano diversamente. Infatti, tali critiche sembrano trascurare che il riferi-

³⁴ Sentenza (Grande Camera) *Lautsi*, paragrafi 26-28.

³⁵ *Ibidem*, par. 70.

³⁶ Il ragionamento è criticato nell'opinione dissenziente del giudice Malinverni (seguito dal giudice Kalaydjieva): siccome la presenza dei simboli religiosi è espressamente regolata solo in alcuni Paesi, e non specificamente regolata nella maggior parte degli altri, "definite conclusions regarding a European consensus" sarebbero difficili da trarre. Sembra peraltro che proprio il fatto che nella maggioranza dei Paesi europei la questione non è regolata provi la mancanza di uno "European consensus" circa la loro incompatibilità con il diritto all'istruzione e la libertà di religione. In una situazione del genere – considerate anche le divergenze della giurisprudenza in merito – sarebbe arbitrario affermare che la presenza dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche è ammessa o al contrario vietata. Non è né l'uno né l'altro e perciò nessun elemento circa la sua incompatibilità con i diritti e le libertà protetti dalla Convenzione può essere fatto discendere dalla pratica degli Stati contraenti.

mento al “*consensus europeo*”, cioè ad uno standard comune europeo circa la portata dei diritti protetti dalla Convenzione europea, si inserisce nel processo interpretativo della Convenzione e dei Protocolli e che, quindi, va valutato alla luce delle regole sull’interpretazione dei trattati.

In base a tali regole, il “consenso europeo” sembra non essere altro che una estrinsecazione della “*subsequent practice in the interpretation and application of the treaty*”, che l’art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione di Vienna del 1969 include tra gli elementi dei quali l’interprete deve avvalersi per determinare l’“ordinary meaning” dei termini usati nel trattato. In tal caso, il rilievo che la Corte gli attribuisce appare conforme agli obblighi giuridici relativi all’interpretazione dei trattati che discendono dal diritto internazionale e che essa è tenuta ad osservare. Il processo di determinazione del significato da attribuire alle regole contenute in un trattato si articola infatti in una serie di passaggi, tra i quali c’è anche quello relativo alla verifica della prassi che le Parti abbiano seguito nella sua applicazione, perché da essa potrebbero doversi desumere elementi necessari per la sua interpretazione.

La prassi applicativa va assumendo importanza crescente in generale³⁷ ed ha uno speciale rilievo per la Convenzione europea. Concepita per “the maintenance and *further realisation* of human rights and fundamental freedoms” (3° ‘considerando’ del Preambolo), essa è un “living instrument”, il cui significato evolve con il tempo e la cui evoluzione deve essere considerata per poterne apprezzare pienamente, in ogni momento storico, la portata normativa³⁸. Da questo punto di vista, la prassi successivamente seguita nell’interpretazione e applicazione del trattato, *condivisa* tra le parti – ossia che ne denoti l’accordo sull’interpretazione (art. 31, par. 3, lett. b, Convenzione di Vienna) –, è precisamente il motore attraverso il quale nuovi standard comuni, che non avevano trovato esplicita espressione nel testo, inclusi i Protocolli addizionali, possono maturare come obblighi della Convenzione, particolarmente in quelle aree nelle

³⁷ Va ricordata, perché è sintomatica, la sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia il 13 luglio 2009 nel caso della *Controversia relativa ai diritti di navigazione e diritti connessi (Costa Rica c. Nicaragua)*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 1135 ss., ma il fenomeno è più ampio. Cfr. G. NOLTE, *Between Contemporaneous and Evolutive Interpretation: The Use of “Subsequent Practice” in the Judgment of the International Court of Justice Concerning the Case of Costa Rica v. Nicaragua (2009)*, in H. P. HESTERMEYER, D. KÖNIG, N. MATZ-LÜCK, V. RÖBEN, A. SEIBERT-FOHR, P.-T. STOLL, S. VÖNEKY (eds.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity, Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, II, Leiden-Boston, 2012, p. 1675 ss.

³⁸ Sentenza del 25 aprile 1978, *Tyrer c. Regno Unito*, par. 31; sentenza *Leyla Sahin*, par. 136. Nella dottrina più recente che si è occupata di questo aspetto, oltre allo scritto di G. NOLTE citato alla nota precedente, si vedano P.-M. DUPUY, *op. cit.*, p. 133 s., il quale opportunamente sottolinea che l’interpretazione evolutiva della CEDU, sostenuta dal preambolo, appare in armonia con il suo testo e con la sua “double dynamic” (la dinamica delle norme sui diritti umani, nazionali ed internazionali, intrinsecamente evolutive e la dinamica degli “ethical concepts embedded in the social fabric of the different member states which produce a number of practices”); e i contributi di J. P. COSTA, F. TULKENS, B. M. HALE, J. E. HELGESEN, A. GARAPON al seminario *What are the limits to the evolutive interpretation of the Convention?*, 2011, www.echr.coe.int.

quali le regole che essa contiene sono, come nel caso del diritto all'istruzione e della libertà religiosa, regole di carattere aperto, suscettibili di concretizzazioni, in termini di obblighi, successive. Tali regole sono per loro natura esposte a sviluppo e affinamento progressivo, coerentemente con il mutare delle condizioni storiche, politiche, sociali e dello stesso comune sentire sui diritti umani che determina una correlativa evoluzione sul piano giuridico della tutela di tali diritti, disvelando contenuti che erano per così dire "nascosti" nelle proposizioni originarie della Convenzione³⁹.

Quindi, valutata dal punto di vista delle regole sull'interpretazione dei trattati, l'assenza di una pratica comune in materia di esposizione dei simboli religiosi nelle scuole pubbliche significa che il corrispondente divieto non si è sviluppato successivamente, a partire dal testo delle norme rilevanti della Convenzione, lette alla luce del contesto, nei termini in cui esso è definito nell'art. 31, paragrafi 2 e 3, della Convenzione di Vienna, inclusa quindi la "*subsequent shared practice*" che denoti il loro accordo quanto alla sua interpretazione.

In questa prospettiva, il riferimento da parte della Corte europea, nel quadro della valutazione circa l'appartenenza di una questione al margine di apprezzamento statale, al "consenso europeo" pare poggiare su una solida base giuridica: nel caso in cui, nel silenzio del trattato – e senza che elementi di contraddizione rispetto a quel silenzio vengano dal suo oggetto e scopo, o dagli altri elementi indicati dalle regole di interpretazione –, la Corte riscontri l'assenza di un consenso europeo circa la riconducibilità di un comportamento alla sfera degli obblighi espressi dalla CEDU, essa è legittimata da quelle stesse regole ad escludere che, rispetto a quel comportamento, lo Stato contraente sia vincolato dallo standard comune, riconoscendone la libertà di apprezzamento.

Insomma, a nostro modo di vedere, nel "consenso europeo", cui la Corte europea si riferisce per avvalorare la propria indagine interpretativa su norme della Convenzione il cui contenuto sia indeterminato dal punto di vista testuale e oggetto di tesi particolarmente divergenti, si sostanzia la pratica comune delle Parti che, ai sensi delle regole sull'interpretazione dei trattati, deve essere considerata per acclarare il significato ordinario dei termini usati nel trattato e per ricostruire quindi gli obblighi che esso pone in capo alle Parti contraenti.

Questo passaggio, nella ricostruzione da parte della Corte europea del margine di apprezzamento, ci sembra essere stato finora insufficientemente rilevato: anche gli autori che hanno riconosciuto il carattere oggettivo del criterio del "consenso europeo"⁴⁰, non ne hanno ravvisato, a nostra conoscenza, la base giuridica nelle regole sull'interpretazione dei trattati, e specificamente il suo essere una manifestazione della "*subsequent practice*", di cui all'art. 31, par. 3,

³⁹ Sul concetto di "sviluppo progressivo" delle norme sui diritti umani, in particolare di quelle sui diritti civili e politici, si veda E. BREMS, *Human Rights: Minimum and Maximum Perspectives*, in *Human Rights Law Journal*, 2009, p. 349 ss., a p. 352 ss.

⁴⁰ R. MACDONALD, *op. cit.*, p. 187.

lett. b), della Convenzione sul diritto dei trattati⁴¹. L'identificazione della base giuridica in questione, peraltro, appare cruciale per almeno due ragioni. Primo, perché assicura che l'interpretazione da parte dei giudici di Strasburgo rimanga nei limiti di un'interpretazione evolutiva *legittima* in base alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e alla stessa Convenzione europea⁴², e non degeneri invece in un esercizio di pura creazione di norme, avulso dalla CEDU, incompatibile con la sua struttura di trattato internazionale e con i compiti attribuiti all'organo istituito dagli Stati contraenti per il suo "collective enforcement"⁴³. Secondo, perché appresta il quadro normativo e concettuale di riferimento per valutare se il "consenso europeo" soddisfi le condizioni in base alle quali la prassi successivamente seguita dalle Parti di un trattato è da ritenere criterio di interpretazione legittimato dal diritto internazionale⁴⁴.

5. Da un diverso punto di vista, il "margine di apprezzamento" a favore dello Stato contraente si presenta come un corollario logico di un principio strutturale della Convenzione europea, ossia il principio di sussidiarietà⁴⁵. Dati i limiti dello

⁴¹ Secondo S. GREER, *op. cit.*, p. 5, il margine di apprezzamento è esso stesso uno dei principi interpretativi della Convenzione, che discende, insieme agli altri usati dalla Corte europea, che l'a. esamina, "directly or indirectly from the 'teleological principle' which stems from art. 31 to 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969". Senz'altro è così, come si argomenterà nel successivo paragrafo, mettendo in relazione margine di apprezzamento e sussidiarietà. Ciò su cui si vuole richiamare l'attenzione in questa sede è che il criterio del consenso europeo, che come si è visto serve a determinare se la questione sia o no riconducibile al margine di apprezzamento, trova una sua specifica copertura nell'art. 31, par. 3, lett. b), della Convenzione sul diritto dei trattati.

⁴² Infatti, dal punto di vista della Convenzione di Vienna, ove l'interpretazione evolutiva del trattato riposi sulla pratica successiva seguita dalle parti, dalla quale emerga l'accordo sulla sua interpretazione, essa appare conforme all'art. 31; e, quanto alla Convenzione europea, essa è un trattato che, dal punto di vista del suo contenuto (disseminato di termini che sono per natura soggetti a "evoluzione"), del suo scopo (la *realizzazione ulteriore* dei diritti umani, assieme alla loro preservazione) e la sua dimensione istituzionale (primariamente rappresentata dalla Corte e dal Comitato dei Ministri) ammette, addirittura richiede, di essere interpretata "in the light of present-day conditions".

⁴³ Per esempio, secondo P.-M. DUPUY, *op. cit.*, p. 135, il "margin of appreciation in many cases serves to do away with the need for the Court to provide a radical evolutionary interpretation of certain freedoms", che alla Corte è in linea di principio preclusa.

⁴⁴ È chiaro che il punto di riferimento normativo servirà a risolvere i problemi legati all'accertamento di tale prassi e del valore da attribuirgli (rispondendo, per esempio, alle domande: quale prassi? Posta in essere da chi? Con quale ampiezza? Quando se ne deve ricavare l'accordo delle Parti sull'interpretazione? Che rilievo ha l'acquiescenza?, e così via) e quindi a ridurre le incongruenze che secondo alcuni caratterizzano l'uso del "consenso europeo" nella giurisprudenza dei giudici di Strasburgo, complessivamente considerata: si veda per tutti l'analitico studio di L. R. HELFER, *Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights*, in *Cornell International Law Journal*, 1993, p. 133 ss.

⁴⁵ Questo aspetto del diritto internazionale dei diritti umani è ampiamente riconosciuto e anzi oggetto di crescente attenzione sia da parte della dottrina che degli "human rights bodies". Si veda *in primis* la ricostruzione di P. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, in *American Journal of International Law*, 2003, p. 38 ss.; adde M.

spazio a disposizione e dato che il collegamento fra margine di apprezzamento e sussidiarietà è ampiamente riconosciuto, mi limiterò ad alcuni spunti.

Sebbene non vi siano riferimenti espliciti alla sussidiarietà nella CEDU, la sottintendono il preambolo, specie nei 4° e 5° ‘considerando’, nonché gli articoli 35, par. 1, e 53. La Corte europea ha costantemente riconosciuto il – e ha fatto affidamento sul – carattere sussidiario del sistema europeo di protezione dei diritti umani: essa sottolinea che in linea di principio lo Stato è in una posizione migliore per interpretare e regolare gli interessi della propria collettività, laddove i valori portanti della vita individuale e collettiva sono in gioco, e per valutare la necessità di restrizioni al godimento dei diritti umani, nei limiti stabiliti dalla Convenzione; che i giudici nazionali sono i “*front-line judges*” nell’applicazione della Convenzione, e che il meccanismo europeo di garanzia dei diritti protetti è sussidiario rispetto alle garanzie nazionali⁴⁶. Nessuno stupore, dunque, che essa abbia in maniera costante riconosciuto le prerogative nazionali nella tutela dei diritti umani, distinguendo ciò che è prescritto dalla CEDU, parte dello standard comune che gli Stati europei si sono vincolati a rispettare, e ciò che invece resta nell’“apprezzamento” degli Stati contraenti.

A conferma della sua centralità nel sistema europeo di tutela dei diritti umani, il principio di sussidiarietà ha avuto un ruolo da protagonista nelle recenti *High Level Conferences on the Future of the European Court of Human Rights*⁴⁷. Nella “Interlaken Declaration” del 19 febbraio 2010, “[s]tressing the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and notably the fundamental role which national authorities, i.e. governments, courts and parliaments, must play in guaranteeing and protecting human rights at the national level”, la Conferenza ha chiesto “a strengthening of the principle of subsidiarity” (n. 2), che implica “a shared responsibility between the States Parties and the Court” (n. 3)⁴⁸. Nella recentissima “Brighton Declaration” del 19 e 20 aprile 2012, la Conferenza di alto livello è tornata sulla sussidiarietà e sul margine di apprezzamento, affermando: “[t]he jurisprudence of the Court

LUGATO, *Sulla sussidiarietà in diritto internazionale*, in *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 2011, p. 129 ss. Con specifico riferimento alla CEDU, *ex multis*, H. PETZOLD, *The Convention and the Principle of Subsidiarity*, in R. MACDONALD, F. MATSCHER, H. PETZOLD (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht-Boston, 1993, p. 41 ss.; L. R. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 125 ss.

⁴⁶ Alcuni dei passaggi più significativi sono nella sentenza del 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, paragrafi 48-49; con riferimento alla libertà religiosa, si vedano le sentenze *Leyla Sahin*, par. 109, e *Dogru*, par. 63. Sulla relazione fra la Corte e i giudici nazionali, cfr. gli interventi di N. BRATZA, F. TULKENS, G. LÜBBE-WOLFF, J.-P. JACQUÉ e T. HAMMARBERG in *Dialogue between judges 2012* dal titolo “*How can we ensure greater involvement of national courts in the Convention system?*”, www.echr.coe.int.

⁴⁷ Il futuro della Corte è stato al centro di tre conferenze di alto livello, tenute nel 2010 a Interlaken, nel 2011 a Izmir, e nel 2012 a Brighton. Cfr. www.echr.coe.int.

⁴⁸ La Conferenza è frutto dell’iniziativa della Presidenza svizzera del Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa e si è svolta il 18-19 febbraio 2010 a Interlaken.

makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions. The margin of appreciation goes hand in hand with supervision under the Convention system. In this respect, the role of the Court is to review whether decisions taken by national authorities are compatible with the Convention, having due regard to the State's margin of appreciation"⁴⁹.

Dunque, sistemi nazionali e sistema europeo di protezione dei diritti umani coesistono, divenendo terreno elettivo per l'applicazione del principio di sussidiarietà. Esso implica, ai fini che qui interessano, che lo standard comune internazionalmente pattuito in tema di protezione dei diritti umani *affianchi* e non sopprima le prerogative e le normative nazionali: solo ove le autorità nazionali falliscano nei loro compiti di garantire l'osservanza degli obblighi internazionalmente assunti, o nella misura in cui falliscano, quelle internazionali sono chiamate a "sussidiarle". E sussidiarle significa, nel sistema europeo, assisterle, attraverso i meccanismi di controllo, nel raggiungere la capacità di provvedere autonomamente alla tutela dei diritti umani (come minimo al livello che è stato internazionalmente pattuito)⁵⁰.

Questa articolazione dei rapporti fra tutela nazionale e tutela internazionale dei diritti dell'uomo è giustificata da considerazioni legate alla legittimazione dell'autorità. In linea di principio, in Paesi democratici le autorità nazionali – legislatori, amministratori giudici – sono sostenute da una legittimazione che quelle internazionali hanno in misura inferiore⁵¹: "the democratic legitimacy of measures taken by democratically elected governments commands a degree of judicial self-restraint", affermava la Corte europea nel caso *Karatas c. Turchia*⁵².

⁴⁹ Par. 11. Cfr. in proposito L. R. HELFER, *The Burdens and Benefits of Brighton*, in *ESIL Reflections*, 2012, www.esil-sedi.eu.

⁵⁰ Da questo punto di vista, la "embeddedness" della Convenzione europea, nel senso in cui ne tratta L. R. HELFER, *Redesigning the European Court of Human Rights*, cit., p. 129, appare una estrinsecazione della sussidiarietà piuttosto che un "complement" di essa. Laddove manchino i rimedi interni (o essi non siano effettivi), infatti, è proprio il principio di sussidiarietà a richiedere che l'autorità internazionale sostituisca quella nazionale, perseguendo lo scopo di potenziare l'osservanza sul piano interno dei diritti umani internazionalmente protetti.

⁵¹ Y. SHANY, *op. cit.*, p. 918; O. DE SCHUTTER, *Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge, 2010, p. 324. Da ultimo, A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *In Whose Name? An Investigation of International Courts' Public Authority and Its Democratic Justification*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 7 ss. Con specifico riferimento al caso *Lautsi*, la "priority" delle autorità nazionali rispetto alla Corte europea è riconosciuta da L. ZUCCA, *op. cit.*, p. 13, che pure è fortemente critico del giudizio reso dalla Grande Camera.

⁵² Sentenza dell'8 luglio 1999, par. 120; si vedano anche le sentenze del 23 luglio 1968, *Case relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium (Merits)*, par. 10; e *Handyside*, par. 48. Anche secondo E. BENVENISTI, *op. cit.*, p. 849, sostanzialmente critico dell'uso da parte della Corte europea del margine di apprezzamento, se rimedi interni effet-

Il principio della sussidiarietà giustifica dunque il *self-restraint* della Corte europea laddove essa riconosce il margine di apprezzamento dello Stato contraente nell'attuazione della Convenzione, in ambiti nei quali risulti, in esito all'interpretazione delle norme della CEDU (e dei Protocolli), che su di essi, rispetto al particolare aspetto sottoposto al suo giudizio, e in quel particolare momento storico in cui il giudizio si svolge, non gravano obblighi. Il margine di apprezzamento salvaguarda così il primato, in termini di legittimazione democratica, degli Stati europei, ove la sostanza dei diritti protetti dalla Convenzione sia assicurata, e il pluralismo, ossia un valore che è connaturato alla protezione internazionale dei diritti umani.

Va rilevato, peraltro, che poiché il principio di sussidiarietà è un concetto giuridico, esso implica da un lato *l'obbligo* dell'organo internazionale di non invadere il terreno nel quale lo Stato contraente non abbia assunto il vincolo di conformarsi a standard comuni, e *l'obbligo* dello Stato di porre in essere tutti gli strumenti necessari ad assicurare l'osservanza dei vincoli internazionalmente assunti; d'altro lato, esso implica anche *l'obbligo* degli organi internazionali di assistere in modo effettivo le autorità nazionali nell'apprestare le necessarie garanzie dei diritti internazionalmente protetti sul piano nazionale. In questo senso, il margine di apprezzamento non è una concessione che la Corte europea fa agli Stati contraenti, ma è ad essi dovuto in base alla struttura e agli scopi della CEDU, fedelmente ricostruiti⁵³.

6. Ci sembra di poter trarre due conclusioni principali. *In primis*, l'*iter* attraverso il quale la Corte europea delimita lo spazio coperto dagli obblighi posti dalla CEDU rispetto a quello della discrezionalità degli Stati, tracciando così i confini del margine di apprezzamento, consegue ad una corretta applicazione delle regole sull'interpretazione dei trattati.

In particolare, sembra trovare riscontro in quelle regole l'indagine della Corte sul "consenso europeo", attraverso cui essa accerta se la prassi applicativa condivisa degli Stati contraenti abbia inciso sul significato ordinario dei termini usati nel trattato, assorbendo tra gli obblighi della Convenzione comportamenti non immediatamente riconducibili al suo testo. Identificata la norma di riferimento (art. 31, par. 3, lett. b), se ne devono desumere i vincoli ai quali la Corte è sottoposta nella sua ricostruzione del "consenso europeo" e vi sono i presupposti per superare possibili incongruenze nel suo uso.

tivi di carattere istituzionale e giudiziario esistano, allora "deference to their outcomes, through the margin doctrine, may be called for". Sul rilievo delle differenze di carattere istituzionale fra una corte costituzionale e un tribunale internazionale, nelle decisioni relative all'esposizione dei simboli religiosi, si vedano M. L. MOVSESIAN, *op. cit.*, p. 12; e D. MCGOLDRICK, *Religion in the European Public Square and in European Public Life-Crucifixes in the Classroom?*, in *Human Rights Law Review*, 2011, p. 451.

⁵³ Infatti, il margine di apprezzamento si presta anche ad interpretazioni "strumentali", dirette ad erodere i poteri della Corte, ma non è evidentemente in questa accezione che lo si è ricostruito in questa sede. V. ancora il commento di L. R. HELFER, *The Burdens and Benefits of Brighton*, cit., anche per ulteriori riferimenti.

In secundis, il margine di apprezzamento, correttamente delimitato, è “legittimato” dal principio di sussidiarietà, connotato strutturale del sistema europeo di tutela dei diritti umani, che regola le sue relazioni con la perdurante tutela nazionale dei diritti umani e che nasce da evidenti ragioni di corretta articolazione dei rapporti fra autorità “concorrenti” *ratione materiae*, e di legittimazione democratica. Sotto questo ultimo profilo, e con specifico riferimento al caso *Lautsi*, poiché è dubbio che gli atti nazionali sui quali si fonda l’esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche delle scuole pubbliche⁵⁴ siano espressione di una scelta democratica della collettività nazionale⁵⁵, il giudizio di compatibilità con la CEDU espresso dalla Grande Camera non esonera la collettività nazionale dal fare il necessario per diradare le ombre – e le incertezze – che su quella regolamentazione gravano, attraverso i processi democratici che la contraddistinguono⁵⁶.

Abstract

Reflections upon the “Margin of Appreciation” in the European Convention on Human Rights

The present article is an inquiry into the legal base of the margin of appreciation, based upon – but not limited to – the *Lautsi* (GC) case, where it played a key role.

Firstly, the author argues that the margin of appreciation is neither a doctrine nor an interpretive tool, but the result of an interpretive process guided by the rules on the treaty interpretation and that therefore it is according to those rules that its identification by the European Court of Human Rights has to be evaluated. This approach allows to shed some light on the – widely criticized – “European consensus” criterion, under which the Court constructs the “ordinary meaning” of the words used in the ECHR when neither the text, nor the object and purpose, nor the context, offer precise leads. The author argues that the “European consensus” is to be understood as the expression of the subsequent practice of the Contracting Parties in the application of the ECHR, mentioned as one of the elements of interpretation by Article 31, para. 3, lit. b), of the 1969 Vienna Convention.

Secondly, as is increasingly recognized, the margin of appreciation is a corollary of the principle of subsidiarity and is therefore founded upon one of the structural principles of the ECHR, recognized as such by the European Court. The author suggests that, given the concurring roles of national and international authorities in the protection of

⁵⁴ Cfr., anche per la correlativa giurisprudenza interna, P. CAVANA, *La questione del Crocifisso in Italia*, www.olir.it.

⁵⁵ Questo punto è stato fatto anche dal giudice Malinverni (seguito dal giudice Kalaydjieva) nella sua opinione dissenziente nel caso *Lautsi* (Grande Camera).

⁵⁶ Si vedano al riguardo i netti rilievi di A. SPADARO, *op. cit.*, p. 203.

human rights, it is of crucial importance that their reciprocal rights and duties are clearly identified, with due regard to legitimacy considerations. The role of national *democratic* authorities, adequately *subsidized* by the international authorities in the implementation of their international obligations, seems, at the present stage, to require to be enhanced and not erased.

Angela Di Stasi*, Rossana Palladino**

La perdurante frammentarietà dello “statuto” europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale***

SOMMARIO: 1. Migrazioni “stanziali” e forme di “cittadinanza *de facto*”: la diversità delle opzioni ordinamentali negli Stati membri dell’Unione europea. – 2. Cittadinanza e tutela dei diritti fondamentali nello spazio europeo: verso un’incidenza virtuosa? – 3. I contenuti sostanziali e procedurali della direttiva 2003/109/CE relativa allo *status* dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo. – 4. I limiti al suo corretto recepimento alla luce della relazione della Commissione sull’applicazione della stessa. – 5. Gli interventi della Corte di giustizia a tutela della parità di trattamento. Il caso *Kamberaj*. – 6. *Segue*: il caso *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*. – 7. Il carattere *in fieri* dello “statuto” del soggiornante di lungo periodo tra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell’Unione europea.

1. In uno spazio fortemente integrato quale rappresenta l’Unione europea – che fonda la sua azione internazionale sugli stessi “principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l’allargamento”¹ – la parziale erosione della tradizionale dicotomia tra lo *status* di cittadino e quello di straniero² si è

* Ordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Salerno.

** Docente a contratto di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Salerno.

*** Nell’ambito di un’impostazione comune sono stati redatti da A. Di Stasi i paragrafi 1, 2, 3, 4 e 7, da R. Palladino i paragrafi 5 e 6. È appena il caso di precisare che il termine “statuto” sarà utilizzato con riferimento al complesso delle regole, di fonte giurisdizional-normativa, attinenti alla tutela del soggiornante di lungo periodo nell’Unione europea alla luce di uno schema ricostruttivo che non può non essere anche *de lege ferenda*.

¹ Come recita l’art. 21 TUE. Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 e in vigore dal 1° dicembre 2009, che modifica il Trattato sull’Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea unitamente all’“Atto finale” è pubblicato nella versione consolidata in *GUUE C* 83, 30 marzo 2010.

² Per effetto del riconoscimento di diritti allo straniero come “uno dei profili più significativi dell’evoluzione dei “diritti dell’uomo””, come sottolinea B. NASCIBENE, *L’individuo e la tutela internazionale dei diritti umani*, in S. M. CARBONE, R. LUZZATTO, A. SANTA MARIA (a cura di),

accompagnata alla crescente marginalizzazione del principio di reciprocità inter-statale³. Il tutto in nome di quelle esigenze di garanzia dei diritti umani e delle libertà fondamentali dello straniero così fortemente richiamate nella giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo e della Corte di giustizia, ma anche in quella della Corte costituzionale italiana⁴.

Il rispetto di tali esigenze, prescindendo dallo *status civitatis*, ha comportato una progressiva estensione, a vantaggio dei non cittadini (*rectius*: cittadini di Paesi terzi)⁵, di alcuni diritti tradizionalmente riservati ai cittadini. Diritti che

Istituzioni di diritto internazionale, Torino, 2011, IV ed., p. 433, e, in un contesto diverso, B. NASCIMBENE, *Le migrazioni tra sovranità dello Stato e tutela dei diritti della persona*, in M. CARTA (a cura di), *Immigrazione, frontiere esterne e diritti umani*, Roma, 2009, pp. 1-36. Le implicazioni derivanti dall'evoluzione del concetto di cittadinanza rispetto a nuove esigenze normative derivanti dai più recenti flussi migratori investono, naturalmente, molteplici profili e non si esauriscono nell'ordinamento dell'Unione europea. Con riferimento alla “*emigração de longo período*”, nel sub-continente latino-americano, ci permettiamo di rinviare alle considerazioni già svolte nel nostro *Cidadania e dupla cidadania, emigração de longo período e voto dos italianos no exterior*, in *Revista dos tribunais*, 2008, pp. 45-54.

³ Per una riconsiderazione della “condizione di reciprocità”, in una prospettiva civilistica, al fine di garantire l'universalità dei diritti umani, v. F. PARENTE, *L'assetto normativo dei diritti fondamentali della persona tra status civitatis e posizione di migrante: le suggestioni della “condizione di reciprocità”*, in *Rassegna di diritto civile*, 2008, p. 1109 ss.

⁴ Non è possibile, in ragione dei limiti del presente lavoro, effettuare una ricognizione di tali prassi giurisprudenziali all'interno delle quali non manca, peraltro, qualche oscillazione nella permanente dicotomia tra sicurezza e libertà. Si rinvia, per un quadro ampio e articolato, a B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004. Per ulteriori riferimenti anche di tipo bibliografico sia consentito richiamare A. DI STASI, *Straniero (posizione giuridica dello)*, in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 ore*, XV, 2008, p. 449 ss. Sulla disarticolazione, all'interno della nostra Costituzione, della tutela dei diritti umani dal vincolo della cittadinanza cfr. per tutti ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI (a cura di), *Annuario 2009. Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Napoli, 2010. G. BERTI, *Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali*, in *Rivista di diritto costituzionale*, 1997, p. 11, sottolinea come sia possibile per l'interprete individuare “un nuovo spazio giuridico, costituito, appunto, dai diritti dell'uomo, che mostra un'estensione assai più ampia dello Stato nazionale rispetto al quale la Costituzione in senso formale funge da norma fondamentale”. Salvo i riferimenti giurisprudenziali contenuti *infra* nella nota 108 ci si limita a ricordare come la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n. 120 del 1967, abbia costantemente affermato la necessità di leggere l'art. 3 della Costituzione (ed il suo riferimento ai cittadini italiani) in connessione con gli articoli 2 e 10, laddove l'art. 2 assicura la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo e l'art. 10 rinvia a norme e trattati internazionali nei quali la protezione dei diritti fondamentali degli stranieri è ampiamente garantita. Sull'affermazione “del diritto alla cittadinanza (...) (come) conseguenza inevitabile della centralità assunta, nel sistema della comunità internazionale, dalla persona umana”, v. L. PANELLA, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2009, p. 49 ss., anche per un'ampia ricognizione dottrinale. Sulla formazione di un “nuovo Diritto internazionale della cittadinanza”, laddove la cittadinanza si muove all'interno del *frame* dei diritti umani v. P. J. SPIRO, *A New International Law of Citizenship*, in *American Journal of International Law*, 2011, p. 694 ss.

⁵ Intendiamo i migranti provenienti da Paesi esterni all'Unione europea e sprovvisti della cittadinanza di uno Stato membro (e quindi sia i nati in un Paese esterno all'Unione europea, sia i nati nell'Unione europea sprovvisti della cittadinanza di uno Stato membro). Per tali soggetti l'intensa attività normativa svolta dalle istituzioni dell'Unione europea, nella più generale politica migratoria, si è tradotta nella definizione di una serie di *status* personali parzialmente assimilabili

non possono non trovare una diversa “graduazione” in ragione del grado di stabilità che contrassegna il legame tra l’immigrato e lo Stato ospitante⁶ e che costituiscono la “controfaccia” di una serie di doveri cui esso è tenuto. Diritti che rinvergono il loro fondamento in una sorta di “stabilizzazione” dell’immigrato nello Stato di accoglienza, il che determina la progressiva perdita (o attenuazione) dei connotati di alterità rispetto ad esso ed alla comunità sottostante⁷.

È noto che, all’interno dello spazio giuridico europeo, la combinazione di un fattore *ab intra*, quale l’esercizio delle libertà di circolazione e di soggiorno previste nei Trattati europei, e di un fattore *ab extra*, quale le migrazioni in senso lato (ed in particolare le c.d. migrazioni stanziali), abbia modificato in senso strutturale la compagine delle comunità nazionali⁸.

a quelli dei cittadini dell’Unione europea. Si vedano, in particolare, 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; la direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, *ivi* L 155, 18 giugno 2009; 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 volontario, *ivi* L 375, 23 dicembre 2004; la direttiva 2011/98/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 2011, volta a definire una procedura unica di domanda di rilascio di un permesso unico che consente ai cittadini di paesi terzi di soggiornare e lavorare nel territorio di uno Stato membro e un insieme comune di diritti per i lavoratori di paesi terzi che soggiornano regolarmente in uno Stato membro, *ivi* L 343, 23 dicembre 2011.

⁶ Sulla necessità di realizzare azioni, da parte dell’Unione europea, a vantaggio anche del cittadino extra-comunitario che valorizzino “elementi diversi dal dato formale della cittadinanza quali la residenza, il lavoro, l’inserimento sociale” v. *Introduzione* a M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed., p. XIII. Sulla diversa graduazione dei diritti attribuiti in ragione del differente grado di “stabilità” nel territorio dello Stato ospitante v. S. ANGIOI, *Cittadino, straniero e immigrato: evoluzione del concetto e del rapporto di cittadinanza tra norme internazionali e diritto interno*, in *La Comunità Internazionale*, 2002, pp. 183-221. Sulla definizione di soggiorno legale, ai fini del computo del periodo minimo di stanzialità, ai sensi della direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *GUUE* L 158, 30 aprile 2004, p. 77 ss., v. la recente sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-424 e 425/10, *Ziolkowski e Szeja c. Germania*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁷ La presente indagine non si occupa di verificare tali tendenze alla luce del diritto consuetudinario e degli atti convenzionali a portata universale e regionale. Ci si limita a ricordare, per la sua incidenza nella regione internazionale di cui si occupa il presente scritto, l’art. 19 della Carta sociale europea (riveduta) del 3 maggio 1996, rubricato “Diritto dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione ed all’assistenza”.

⁸ Per un quadro ampio ed articolato del fenomeno migratorio con le sue implicazioni ai vari livelli ordinamentali v. U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005; e A. ANGELINI, M. BENVENUTI, M. SCHILLACI (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto dell’immigrazione: integrazione, diritti, sicurezza*, Napoli, 2011. Se in passato si poteva sostenere che “gli individui che entrano in rapporto con lo Stato sono soprattutto i cittadini dello Stato” – in questo senso G. GAJA, *Art. 1. Obblighi di rispettare i diritti*

Ne può risultare coinvolta la stessa nozione di cittadinanza con l'esigenza di rideterminarne alcuni paradigmi interpretativi, nel quadro di una complessiva rivisitazione?⁹

Nella sensibilità collettiva risulta generalmente avvertito il fenomeno dell'emersione, accanto alla cittadinanza "legale", di forme di cittadinanza "*de facto*", intesa in senso sostanziale e non formale, variamente riconducibili ad una sorta di "cittadinanza sociale" o "attiva" o "di residenza"¹⁰. Esse, costruite non già sul legame etnico della nascita ma con riguardo al contributo fornito dallo straniero allo sviluppo dei valori civili della comunità ospitante¹¹, rinvencono soluzioni normative non univoche all'interno degli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea¹².

dell'uomo, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 24 ss. – per cui il rispetto dei loro diritti si atteggiava come obbligo incombente principalmente sul Paese di appartenenza, oggi questa affermazione è parzialmente superata. Infatti il popolo di uno Stato è sempre più composto da individui appartenenti, come cittadini *stricto sensu*, a Stati diversi, con la conseguenza che l'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali spetta sempre più spesso a Stati non nazionali, cioè con i quali non esiste alcun vincolo giuridico di cittadinanza. Per tali problematiche e le loro ricadute all'interno dell'ordinamento internazionale nella prospettazione di "nuove cittadinanze" si segnala il lavoro di L. PANELLA, *op. cit.* Sul rapporto tra *citizenship* e *non citizenship*, tra *inclusion* ed *exclusion*, in una prospettiva di indagine diversa, legata alle problematiche relative ad un'altra regione internazionale cfr. L. BOSNIAK, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership*, New Jersey, 2008.

⁹ Per una accurata disamina della "capacità espansiva della nozione di cittadinanza europea" v. E. TRIGGIANI, *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. IX. Sulla "cittadinanza tra mercato comune e spazio giudiziario europeo" e sul rapporto tra cittadinanza e identità europea v. M. C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010. Sulla "cittadinanza sociale" come tappa di un processo evolutivo che segna il parziale distacco della cittadinanza dalla nazionalità a beneficio del requisito della residenza effettiva nel territorio dello Stato di accoglienza v. S. MAILLARD, *L'émergence de la citoyenneté européenne*, Aix en Provence, 2008, p. 423 ss. Non è possibile evidentemente, in questa sede, soffermarsi sul rapporto di continuità spazio-temporale con istituti giuridici del passato regolatori delle condizioni di appartenenza ad una data comunità (si pensi alla *Constitutio antoniniana de civitate* del 212 d.C. che prevedeva lo *status* del *peregrinus* e quello del *civis romanus* con diverse modalità di appartenenza alla comunità), come pure non è possibile dar conto del collegamento tra il mutato paradigma della cittadinanza e la rimodulazione della nozione di sovranità statale nel quadro del processo di integrazione europea. Per una sintetica ma efficace ricostruzione di tale evoluzione, nel quadro di un più ampio lavoro, v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 437 ss., in specie p. 439 ss.

¹⁰ Sulla c.d. "cittadinanza di residenza" v. P. ORIOL, *Per una Cittadinanza europea di residenza*, in *Dibattito federalista*, 2004, p. 10.

¹¹ Cfr. E. CHELI, *Diritti fondamentali degli immigrati: premesse costituzionali*, in R. PISILLO MAZZESCHI, P. PUSTORINO, A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati*, Napoli, 2010, p. 6.

¹² Come è noto essi, nell'attribuzione della cittadinanza, applicano, combinandoli variamente, i due criteri dello *ius sanguinis* e dello *ius soli*, normalmente con una prevalenza del primo nei Paesi di immigrazione, del secondo nei Paesi di emigrazione. Non si può, peraltro, non rilevare come nelle attuali legislazioni tali criteri abbiano parzialmente perduto i rigorosi caratteri che li

Sia pure nella diversità di tali opzioni ordinamentali gli Stati membri dell’Unione europea riservano generalmente un trattamento giuridico di *favor* per i cittadini di Paesi terzi soggiornanti nel loro territorio da tempo prolungato, tenendo conto della durata e dell’intensità dei legami con il Paese di accoglienza. Nondimeno, benché nelle differenti legislazioni esistano punti di contatto, essi apprestano tutele differenziate in ragione della variabilità dei criteri di acquisizione o perdita di tale *status* personale, nonché della determinazione ed ampiezza dei diritti riconosciuti: il tutto come riflesso della ineludibile competenza statale in materia di regole definitorie della cittadinanza¹³.

In tale quadro di riferimento si può intendere l’invito rivolto agli Stati europei, contenuto nella risoluzione del Parlamento europeo del 2 aprile 2009 sui problemi e le prospettive concernenti la cittadinanza europea, “a riesaminare le loro leggi sulla cittadinanza e ad esplorare la possibilità di rendere più agevole per i cittadini non nazionali l’acquisizione della cittadinanza e il godimento dei pieni diritti”¹⁴. Senza dimenticare, sotto altro versante e in risposta a dissimili motivazioni, gli effetti che potranno derivare dall’implementazione delle raccomandazioni contenute nell’agenda europea per l’integrazione dei cittadini dei Paesi terzi¹⁵.

contraddistinguevano, assurgendo ad una sorta di indici del vincolo “spirituale” intercorrente tra l’individuo e la società.

¹³ Peraltro tale competenza statale rinvieni, come sostiene ormai diffusamente la dottrina, un insieme di limiti derivanti tanto dal diritto internazionale generale (quale corollario dell’affermazione dei principi fondamentali di protezione dei diritti umani), che da quello pattizio (quale conseguenza degli obblighi assunti dagli Stati attraverso una serie di convenzioni internazionali che prevedono la garanzia di determinati diritti sulla base della residenza sul territorio). Si rinvia ancora a L. PANELLA, *op. cit.* La Corte di giustizia ha costantemente affermato che “la determinazione dei modi di acquisto e di perdita della cittadinanza rientra, in conformità al diritto internazionale, nella competenza di ciascuno Stato membro”. V., *ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 7 luglio 1992, C-369/90, *Micheletti, Raccolta*, p. I-4239 ss., punto 10, e del 19 ottobre 2004, C-200/02, *Man Lavette Chen, Kunqian Catherine Zhu c. Secretary of State for the Home Department*, *ivi*, p. I-9925 ss., punto 37. In Italia la legge regolatrice della cittadinanza è, come noto, quella del 5 febbraio 1992, n. 91, “Nuove norme sulla cittadinanza”, *GURI* 38, 15 febbraio 1992. Essa è completata dal regolamento di esecuzione (D.P.R. 12 ottobre 1993 n. 572, *ivi* 2, 4 gennaio 1994) ed è stata modificata ed integrata, fra l’altro, dalla legge del 15 giugno 2009, n. 94, “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica”, *ivi* 170, 24 luglio 2009. Va segnalato, di fronte alla perdurante difficoltà di riformare la legge in materia di cittadinanza, il recente intervento ministeriale, con direttiva del Ministero dell’interno del 7 marzo 2012, teso ad attribuire (a partire dal 1° giugno 2012) ai Prefetti, titolari delle Prefetture-Uffici territoriali di Governo della provincia di residenza del richiedente, il potere di concessione della cittadinanza italiana *iure matrimonii*.

¹⁴ Doc. 2008/2234 (INI). In Italia, invero, la proposta di legge n. 566, “Modifica all’articolo 12 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, in materia di revoca della cittadinanza”, presentata il 29 aprile 2008, si connota per un approccio più restrittivo nell’utilizzo dello *ius soli*; esso è fondato sulla convinzione che la cittadinanza non debba essere più acquisita automaticamente per effetto della permanenza protratta sul territorio dello Stato ma debba costituire, invece, il riconoscimento di un’integrazione effettiva.

¹⁵ V. comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 luglio 2011, SEC(2011)957 def. L’agenda si rifà ai principi fondamentali comuni per l’integrazione degli immigrati nell’Unione

A tutto ciò non può non aggiungersi, con la sua peculiare forza normativa derivante dall'essere norma di diritto primario, la nuova disposizione contenuta nel TFUE diretta a favorire l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti nel territorio degli Stati membri (art. 79, par. 4). Essa, sia pure nella deliberata esclusione di "qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri", appresta la base giuridica per lo sviluppo di azioni concertate mediante il ricorso alla procedura legislativa ordinaria¹⁶.

E, tuttavia, non sfugge a nessuno che l'"Europa dei diritti", disegnata nel programma di Stoccolma, adottato dal Consiglio europeo il 10-11 dicembre 2009, e nel relativo piano di azione¹⁷, sembra privilegiare, a differenza del programma dell'Aja¹⁸, adottato dal Consiglio europeo il 4-5 dicembre 2004, una "filosofia" securitaria che potrebbe aprire la strada al rafforzamento di azioni repressive rispetto al *vulnus* alla sicurezza rappresentato da alcune componenti del fenomeno migratorio (che, peraltro, non rientrano nell'oggetto di questo lavoro)¹⁹.

In questo contesto, caratterizzato dal perdurante iato sicurezza *versus* integrazione, si colloca il presente scritto finalizzato, con riferimento alla direttiva 2003/109/CE²⁰, a rispondere ad un interrogativo: il potenziale contrasto tra la

europea, concordati nel documento del Consiglio n. 14615/04, del 19 novembre 2004, che individuano l'integrazione come processo dinamico e bilaterale di adeguamento reciproco degli immigrati e delle società ospiti.

¹⁶ Definite testualmente quali "misure volte a incentivare e sostenere l'azione degli Stati membri al fine di favorire l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi regolarmente soggiornanti nel loro territorio". La disposizione citata si inquadra nell'alveo dello sviluppo, da parte dell'Unione europea, di "politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione" (titolo V, capo II, TFUE), di cui all'art. 63 TCE, che aveva costituito la base giuridica per l'adozione della 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.

¹⁷ V. il programma di Stoccolma, Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini (*GUUE* C 115, 4 maggio 2010, pp. 1-38). Sul programma di Stoccolma e sul relativo piano di azione del 20 aprile 2010, Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei, COM(2010)171 def., con particolare riferimento alle difficoltà attuative, v. EDITORIAL COMMENT, *The EU as an Area of Freedom, Security and Justice: Implementing the Stockholm Programme*, in *Common Market Law Review*, 2010, pp. 1307-1313.

¹⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 10 maggio 2005, Il programma dell'Aja, Dieci priorità per i prossimi cinque anni. Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia, COM(2005)184 def.

¹⁹ Senza soffermarsi sul *vulnus* alla sicurezza rappresentata dal terrorismo, dalla criminalità organizzata e da "altre minacce" si richiamano le considerazioni svolte, con riferimento ai fenomeni migratori, da A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, p. 354 ss., laddove sottolinea come la "questione sicurezza" sia stata determinata da una molteplicità di eventi quali l'avvento nell'economia politica dell'incertezza, nonché lo sfilimento del legame sociale, determinato dal progressivo smantellamento del *welfare state* uniti alla "solitudine del cittadino globale" e al trasferimento dell'ansia dall'insicurezza e dall'incertezza globali (che ne costituiscono le sue vere cause) al campo della sicurezza personale.

²⁰ Direttiva 2003/109/CE, cit. In dottrina cfr. inoltre E. CRESPO NAVARRO, *La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 531 ss.; S. PEERS, *Implementing Equality? The Directive on Long-Term Resident*

crescente mobilità delle persone *tout court* e la tendenziale “stanzialità” dei diritti, legati, sia pure in parte, a criteri di territorialità²¹, può trovare elementi di ricomposizione nello spazio europeo dei diritti fondamentali?

Uno spazio che non può non “fare i conti”, prima sul piano normativo e poi su quello giurisprudenziale, con l’ulteriore rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali nell’UE anche per effetto dell’attribuzione di efficacia vincolante alla Carta di Nizza/Strasburgo e del processo di adesione dell’Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) *in fieri*²².

Third-Country Nationals, in *European Law Review*, 2004, p. 437 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 *Common Market Law Review*, 2005, pp. 1011-1052; S. CARRERA, “Integration” as a Process of Inclusion for Migrants? The Case of Long-Term Residents in the EU, CEPS Working Document, marzo 2005, p. 219, reperibile online; A. DI STASI, *Verso uno “statuto” euro-nazionale del c.d. immigrato di lungo periodo*, in U. LEANZA (a cura di), *op. cit.*, pp. 451-462; ID., *Cittadinanza e altri status personali nello spazio europeo dei diritti fondamentali: a proposito dell’implementazione della direttiva 2003/109 relativa ai cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo*, in M. C. BARUFFI, I. QUADRANTI (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012, pp. 31-64; L. HALLESKOV, *The Long-Term Residents Directive: A Fulfilment of the Tampere Objective of Near-Equality?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, pp. 181-201; J. HANDOLL, *The Long-term Resident Directive*, in J. Y. CARLIER, P. DE BRUYCKER (under the supervision of), *Immigration and Asylum Law of the EU: Current Debates*, Bruxelles, 2005, pp. 144-160; L. MANCA, *Lo status dei cittadini di Paesi terzi residenti di lungo periodo nell’Europa allargata: problemi e prospettive*, in M. R. SAULLE, L. MANCA (a cura di), *L’integrazione dei cittadini di Paesi terzi nell’Europa allargata*, Napoli, 2006, pp. 27-38; K. GROENENDIJK, *The Long-Term Resident Directive, Denizenship and Integration*, in A. BALDACCINI, E. GUILD, H. TONER (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law and Policy*, Oxford-Portland, 2007; J. HANDOLL, *Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 Concerning the Status of Third Country Nationals Who Are Long term Resident*, in K. HAILBRONNER (ed.), *EU Immigration and Asylum Law*, München, 2010, p. 589 ss.; D. ACOSTA ARCAZARO, *The Long Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship. An Analysis of Directive 2003/109*, Leiden-Boston, 2011.

²¹ Su tale contrasto v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea*, cit., p. 465.

²² Sull’attribuzione, con il Trattato di Lisbona, nell’art. 6 TUE, di efficacia vincolante alla Carta, sulla genesi e sulla struttura della stessa sia consentito rinviare ad A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il “sistema” europeo*, Napoli, 2011, II ed. agg., pp. 244-272. Nell’impossibilità di dar conto della sterminata letteratura sulla Carta dei diritti fondamentali ci limitiamo ad indicare R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, 2001; M. BOND, *A Charter of Fundamental Rights: Text and Commentaries*, London, 2001; G. DE KERCHOVE, O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, *La Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne: dialogue à trois voix*, Louvain, 2001; L. FERRARI BRAVO, F. DI MAIO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2001; M. PANEBIANCO (a cura di), *Repertorio della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea annotato con i lavori preparatori e la giurisprudenza delle Alte Corti europee e della Corte costituzionale italiana*, Milano, 2001; F. POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell’Unione europea*, Padova, 2001; A. COMBA (a cura di), *Diritti e confini. Dalle costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Torino, 2002; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei*

2. Nello spazio europeo dei diritti fondamentali, inteso come spazio *multilevel* fondato sull'intersecazione tra tutela europea *stricto sensu* (Unione europea) e *lato sensu* (CEDU)²³, chi sono i soggetti titolari di diritti?

I Trattati europei rivelano limiti sistematici nel collegare alla cittadinanza una serie di diritti di cui beneficiano tutti coloro che risiedono nel territorio degli Stati membri²⁴. Né, tanto meno, il Trattato di Lisbona ha razionalizzato il sistema giacché, come è noto, esso disciplina i diritti di cittadinanza enunciati nel TFUE (articoli da 20 a 24) e, al tempo stesso, prevede i diritti politici negli articoli da 9 a 11 del TUE e nell'art. 24, co. 1, TFUE. Ciò senza trascurare come siano attribuiti a tutti – e quindi anche ai non cittadini – il diritto di petizione al Parlamento europeo (art. 227 TFUE) e di denuncia al Mediatore europeo (art. 228 TFUE)²⁵.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nel superare la classificazione tradizionale tra categorie (o generazioni) di diritti e nel proclamarne l'indivisibilità, "proietta il cittadino di ciascun Paese membro al di là dei suoi confini nazionali, ma accoglie anche quanti non appartengono agli Stati dell'Unione europea"²⁶.

Nella Carta esiste, invero, una netta distinzione, che si traduce anche in un uso diverso dei termini, fra diritti garantiti "ad ogni persona" e diritti che si applicano ai cittadini degli Stati membri, nonché alle persone fisiche e giuridiche residenti. In particolare il titolo V, dedicato alla cittadinanza, prevede, da un lato, diritti garantiti ai soli cittadini: il diritto di voto e di eleggibilità al PE e alle ele-

diritti fondamentali e Costituzione europea, Milano, 2002; R. TONIATTI, *Diritto, Diritti, Giurisdizione. La carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Padova, 2002; N. WALKER, *The Charter of Fundamental Rights of the EU: Legal, Symbolic and Constitutional Implications*, in P. A. ZERVAKI, P. J. CULLEN (eds.), *The Post Nice Process: Towards a European Constitution?*, Baden-Baden, 2002, p. 119 ss.; M. SICLARI (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; S. PEERS (ed.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford, 2004; A. RUGGIERO, *Il bilanciamento degli interessi nella Carta dei diritti fondamentali*, Padova, 2004; G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009; W. B. T. MOCK, G. DEMURO (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010. Sull'adesione e sugli effetti della stessa all'interno dello "spazio europeo dei diritti fondamentali" ci permettiamo di rinviare, anche per ampi riferimenti bibliografici, ad A. DI STASI, *Diritti umani*, cit., partic. pp. 272-281. V. *infra*, nota 35.

²³ Sia consentito ancora di rinviare, sul "sistema" europeo inteso come sistema *multilevel* tendente all'unitarietà, al nostro *Diritti umani*, cit., pp. 272-282.

²⁴ Così C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010, pp. XIII e XIV.

²⁵ Sull'importanza, da un punto di vista politico, della cittadinanza dell'Unione europea in ragione del fatto che "l'individuo non viene più in rilievo solo come soggetto economicamente attivo, ma tende a porsi come soggetto politico, partecipe e consapevole del processo di integrazione europea", v. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 100. V., altresì, su questi aspetti, EDITORIAL COMMENT, *Two-Speed European Citizenship? Can the Lisbon Treaty Help Close the Gap?*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1-11.

²⁶ Così E. TRIGGIANI, *Le regole per la costruzione di una società integrata*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 25. Come è noto il progetto originario di Carta classificava i diritti alla luce della bipartizione classica tra diritti civili e politici ed economici, sociali e culturali.

zioni comunali (articoli 39 e 40); la libera circolazione e il diritto di soggiorno (art. 45); la tutela diplomatica e consolare (art. 46). Poi annovera diritti garantiti ai cittadini, nonché alle persone fisiche e giuridiche residenti: il diritto di accesso ai documenti (art. 42); il diritto di rivolgersi al Mediatore europeo (art. 43); il diritto di petizione al PE (art. 44); nonché il diritto ad una buona amministrazione (art. 41), riconosciuto ad ogni persona. Senza dimenticare il rinvio al diritto primario contenuto nell’art. 45, par. 2, laddove esso recita: “La libertà di circolazione e di soggiorno può essere accordata, conformemente ai trattati, ai cittadini che risiedono legalmente nel territorio di uno Stato membro”.

Se dunque l’ordinamento dell’Unione europea evidenzia una esplicita volontà di tutela di un *corpus* rilevante di diritti dell’individuo in quanto tale, senza che rilevi la nazionalità quale fattore di discriminazione²⁷, nella CEDU, secondo l’art. 1, i diritti enunciati devono essere garantiti a ciascun individuo (*everyone*) si trovi sotto la giurisdizione di una Parte contraente, prescindendo da alcun riferimento al legame di cittadinanza²⁸. A parte alcune specifiche norme che garantiscono solo i cittadini (come, ad esempio, l’art. 3 del Protocollo n. 4)²⁹ o solo gli stranieri (in questo senso, l’art. 4 del Protocollo n. 4, secondo cui le espulsioni collettive degli stranieri sono vietate), la maggior parte delle disposizioni della CEDU e dei suoi Protocolli aggiuntivi non opera alcuna distinzione riguardo alla cittadinanza o ad altra condizione particolare degli individui.

Il generale divieto di discriminazione nel godimento dei diritti (art. 14 CEDU) si è esteso dopo l’entrata in vigore del Protocollo n. 12 alla CEDU che, come è noto, contiene una clausola generale di non discriminazione³⁰. In applicazione del principio di uguaglianza – che costituisce un elemento fondamentale della protezione internazionale dei diritti umani – il Protocollo n. 12 si pone l’obiettivo di estendere la protezione garantita dal già citato art. 14, che consacra un divieto di discriminazione esclusivamente “nel godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione”³¹. Essendo la protezione dei diritti di tutti gli individui l’obiettivo fondamentale cui tende la CEDU, non

²⁷ G. ARMONE, *Commento all’art. 45*, in G. BISOGNI, G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *op. cit.*, p. 541 ss. L’a. sottolinea come “la libertà di circolazione e di soggiorno, al pari di altri diritti, viene iscritta in un ordine assiologico diverso rispetto a quello comunitario, non soltanto funzionale allo sviluppo delle attività economiche quanto piuttosto preordinato alla protezione della persona e della sua dignità” (*ivi*, p. 542).

²⁸ Sulla CEDU e sul catalogo di diritti contenuto nella Convenzione e nei suoi Protocolli ci permettiamo di rinviare, anche per pertinenti riferimenti bibliografici, ad A. DI STASI, *Diritti umani*, cit., partic. p. 193 ss.

²⁹ Secondo cui: “1. Nessuno può essere espulso, mediante provvedimento individuale o collettivo, dal territorio dello Stato di cui è cittadino. 2. Nessuno può essere privato del diritto di entrare sul territorio dello Stato di cui è cittadino”.

³⁰ Si veda il “divieto generale di discriminazione” contenuto nell’art. 1. Tale Protocollo, aperto alla firma a Roma il 4 dicembre 2000, è entrato in vigore, dopo aver ottenuto le 10 ratifiche necessarie, il 1° aprile 2005.

³¹ Come è noto, in precedenza il principio di non discriminazione, senza alcuna distinzione relativa allo *status* degli individui, era già stato affermato nell’art. 7 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948 e nell’art. 26 del Patto internazionale dei diritti civili e politici del 1966.

assume rilevanza neanche l'eventuale carattere occasionale del rapporto tra Stato ed individuo, né tale tutela viene sospesa per il solo fatto che sia in corso un procedimento per allontanare l'individuo dal territorio statale³².

Anche a prescindere dalle ulteriori conseguenze derivanti dalla crescente intersecazione tra ordinamenti e sistemi nel perfezionando spazio europeo dei diritti fondamentali, esiste, da tempo, una significativa "contaminazione", nel senso di permeabilità, tra la disciplina della tutela dei diritti fondamentali (posta alla base dell'azione della stessa Unione europea ai sensi dell'art. 6 TUE) e quella relativa ai diritti di cittadinanza³³: una "contaminazione" normativa non priva di ambiguità che diventa anche giurisprudenziale (come testimonia, tra le altre, la pronuncia della Corte di giustizia nel caso *Lassal* del 7 ottobre 2010)³⁴ e che rinvia ulteriori prospettive di rafforzamento alla luce della menzionata adesione dell'Unione europea alla CEDU³⁵.

D'altra parte, la consapevolezza dell'ineludibilità di un'"incidenza virtuosa" della tutela dei diritti dell'uomo sulla costruzione di un più ampio spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini (dell'Unione europea e non), senza dimenticare recenti conferme³⁶, trova esempi ormai risalenti.

³² In questo senso G. GAJA, *op. cit.*, p. 26.

³³ Cfr. L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, 2010, partic. U. VILLANI, *Tutela dei diritti fondamentali nel 'dialogo' tra corti europee e giudici nazionali*, pp. 115-136. V., *inter alia*, C. HILSON, *What's a Right? The Relationship between Community, Fundamental and Citizenship Rights in EU Law*, in *European Law Review*, 2004, p. 636; H. GAUDIN, *Citoyenneté européenne et droit fondamentaux*, in *Revue des affaires européennes*, 2006, pp. 83-92 (che sottolinea anche l'ambiguità del rapporto tra cittadino dell'UE e diritti fondamentali); F. FORNI, *Free Movement of "Needy" Citizens after the Binding Charter. Solidarity for All?*, in G. DI FEDERICO (ed.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Heidelberg, 2011, pp. 125-144; S. KADELBACH, *Union Citizenship*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-Portland, 2011, II ed., pp. 443-478; M. ROSS, *The Struggle for EU Citizenship: Why Solidarity Matters*, in *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of A. Dashwood*, Oxford-Portland, 2011, p. 283 ss. Tra i contributi più risalenti v. S. O'LEARY, *The Relationship between Citizenship and Protection of Fundamental Rights in Community Law*, in *Common Market Law Review*, 1995, p. 519 ss.

³⁴ Causa C-162/09, *Raccolta*, p. I-9217, in cui la Corte interpreta le disposizioni della direttiva 2004/38/CE alla luce dell'art. 21 TFUE e dell'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e conclude nel senso che il periodo temporale rilevante per accertare la sussistenza del diritto di soggiorno permanente decorre e può concludersi prima dello scadere del termine di attuazione della direttiva.

³⁵ Si vedano, tra gli altri, J.-P. JACQUÈ, *The Accession of the European Union to the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 995 ss., e A. TIZZANO, *Quelques réflexions sur les rapports entre les Cours européennes dans la perspective de l'adhésion à la Convention EDH*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, pp. 9-19. Sulle varie tappe relative al processo di adesione ci permettiamo di rinviare ad. A. DI STASI, *La vetero-nova quaestio dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU nella prassi delle istituzioni europee*, in *Grotius*, 2008, n. 5, pp. 7-18.

³⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 20 settembre 2011, Verso una politica penale dell'Unione europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione attraverso il diritto penale, COM(2011)573 def., laddove prevede: "Le misure di diritto penale devono essere

Lo testimoniava il programma dell’Aja sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia laddove prevedeva che “devono essere pienamente rispettati i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e dalla Carta dei diritti fondamentali” e sottolineava che “l’Unione (...) sarà giuridicamente obbligata a garantire che in tutti i settori di sua competenza i diritti fondamentali non solo siano rispettati ma anche attivamente promossi”.

Lo conferma la configurazione dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia alla luce delle previsioni normative contenute nel titolo V del TFUE (articoli 67-89) e del diritto derivato³⁷.

Lo rimarca il già citato programma di Stoccolma, laddove, tra le priorità politiche, risulta sottolineato che “lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve anzitutto porsi come uno spazio unico in cui siano protetti i diritti e le libertà fondamentali”. Ne deriva un parziale superamento del possibile iato tra libertà e sicurezza nella direzione di un’Europa dei diritti, premessa indefettibile rispetto all’applicazione di ciascuna misura di sicurezza all’interno dell’Unione europea³⁸.

Nel piano di azione della Commissione, di implementazione del programma di Stoccolma³⁹ – e sia pure nei menzionati limiti derivanti dal rafforzamento del *focus* sulla sicurezza rispetto all’integrazione – è previsto poi che “lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia deve essere uno spazio nel quale tutte le persone, inclusi i cittadini di Stati terzi, beneficiano dell’effettivo rispetto dei diritti contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”. Infine non va dimenticato lo specifico programma “Diritti fondamentali e cittadinanza”, adottato con decisione del Consiglio, come parte del programma generale “Diritti fondamentali e giustizia”⁴⁰.

3. Nella perdurante asimmetria tra l’integrazione dei mercati e le forme di integrazione politica e sociale⁴¹ – che continua a contrassegnare l’azione dell’U-

fermamente ancorate a norme comuni a tutta l’Unione sui diritti processuali e sui diritti delle vittime, conformemente a quanto disposto dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”. Ancora più esplicitamente la comunicazione COM(2010)171, cit., sottolineava: “Uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia dev’essere uno spazio in cui tutti, anche i cittadini dei paesi terzi, possono contare sul rispetto effettivo dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea”.

³⁷ Per più ampi riferimenti ci permettiamo di rinviare al nostro *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale: il rispetto dei diritti fondamentali e della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche*, in L. KALB (a cura di), *Spazio processuale penale e giustizia nazionale*, Torino, 2012.

³⁸ Cfr. E. GUILD, S. CARRERA, *The European Union’s Area of Freedom, Security and Justice Ten Years on*, in E. GUILD, S. CARRERA, A. EGGENSCHWILER (eds.), *The EU’s Area of Freedom, Security and Justice Ten Years on. Successes and Future Challenges under the Stockholm Programme*, Bruxelles, 2010, p. 4.

³⁹ V. *supra*, nota 17.

⁴⁰ Decisione 2007/252/CE del Consiglio, del 19 aprile 2007, che istituisce il programma specifico “Diritti fondamentali e cittadinanza per il periodo 2007-2013”, *GUUE* L 110, 27 aprile 2007, p. 33.

⁴¹ V. in particolare P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell’Unione europea*, Padova, 2006, II ed., p. 298 ss.

nione europea – la citata “contaminazione” tra tutela dei diritti fondamentali e diritti di cittadinanza ha già rinvenuto significative espressioni. Esse sono testimoniate da “statuti” intermedi o complementari delineati dalle istituzioni europee nell’ambito della più generale politica migratoria: statuti permanentemente *in fieri* o *in progress* (come si vedrà), che richiedono una significativa collaborazione, da parte degli Stati membri, al fine di definire veri e propri “statuti” terzi tra quello di cittadino nazionale e quello di cittadino europeo⁴².

Esempio emblematico – ma non esaustivo – di siffatti statuti *alii* (laddove una parte della dottrina parla di “*citizenship-like freedoms*” per i cittadini di Stati terzi rispetto ai cittadini dell’Unione europea)⁴³ è rappresentato dai contenuti della citata direttiva 2003/109/CE. Il tutto senza soffermarsi su altri atti di diritto derivato dell’Unione europea che, nella diversità dei beneficiari, si inscrivono in quella linea indicata dalla Commissione (piano di azione al programma di Stoccolma), tesa ad attribuire alla cittadinanza europea un valore aggiunto “*over and above national citizenship*”⁴⁴ ed a consacrare la mobilità *intra-EU*⁴⁵.

La direttiva 2003/109/CE, adottata il 25 novembre 2003, di recente è stata oggetto di modifica con riferimento al suo ambito di applicazione esteso ai beneficiari di protezione internazionale (direttiva di modifica 2011/51/UE dell’11 maggio 2011)⁴⁶.

In data 28 settembre 2011 è stata resa pubblica la relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull’applicazione della direttiva 2003/109/CE in risposta all’obbligo previsto dall’art. 24 della stessa⁴⁷. Proprio tale relazione costituisce un utile strumento di valutazione sia dello stato di recepimento della direttiva *de qua*, sia della conformità delle misure di recepimento e, soprattutto, nella linea ricostruttiva di questo lavoro, dell’effettività di uno “statuto” europeo del soggiornante di lungo periodo.

È appena il caso di precisare come l’esigenza di uniformazione normativa – che costituisce l’obiettivo finale della direttiva in esame – risultasse ampiamente avvertita, come testimonia il complesso degli atti internazional-nazionali⁴⁸

⁴² Così A. WIESBROCK, *Legal Migration to the European Union*, Leiden, 2010.

⁴³ V. S. CARRERA, A. WIESBROCK, *Whose Citizenship to Empower in the Area of Freedom, Security and Justice?*, in *Center for European Policy Studies (CEPS)*, maggio 2010, p. 2 e p. 22, che richiama A. WIESBROCK, *Legal Migration*, cit.

⁴⁴ Ancora S. CARRERA, A. WIESBROCK, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁵ V. gli atti citati *supra*, nota 5.

⁴⁶ Direttiva 2011/51/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che modifica la direttiva 2003/109/CE del Consiglio per estenderne l’ambito di applicazione ai beneficiari di protezione internazionale, *GUUE* L 132, 19 maggio 2011. Il riferimento (come prevede l’art. 2, lett. f, della direttiva modificata) è alla protezione internazionale quale definita all’art. 2, lett. a), della 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 altamente bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, *ivi* L 304, 30 settembre 2004.

⁴⁷ Del 28 settembre 2011, COM(2011)585 def.

⁴⁸ Tra i molti strumenti di diritto internazionale pattizio basti ricordare, ad esempio, la Convenzione di Strasburgo sullo statuto giuridico dei lavoratori migranti del 24 novembre 1977 (in vigo-

in materia, senza richiamare i contenuti di specifici accordi bilaterali e multilaterali intercorrenti tra la Comunità (Unione) europea ovvero tra la Comunità europea ed i suoi Stati membri e singoli Paesi di immigrazione⁴⁹.

Ma che rilevanza assume la stabilità della presenza dell’immigrato ai fini della definizione di uno “statuto” di fonte euro-nazionale? Visto, quest’ultimo, con riferimento non solo alla garanzia dei diritti fondamentali ma anche a quelli umani *tout court* e rispetto all’imposizione di doveri, intesi come generale sottoposizione ad un complesso di obblighi previsti dalla normativa vigente che non siano preclusi dal suo *status* di non cittadino⁵⁰.

Senza la pretesa di esaurire l’intero perimetro normativo di tale “statuto” *in fieri*, il presente lavoro si propone di formulare qualche breve considerazione relativa all’*implementation* della direttiva 2003/109/CE, alla luce della citata relazione, nonché di evidenziare gli sforzi della più recente giurisprudenza europea volti a rendere effettivo il principio della parità di trattamento enunciato dalla direttiva europea che, spesso, rischia di essere compromesso dalle normative interne di recepimento.

Strumento di ravvicinamento e di armonizzazione delle legislazioni nazionali attraverso la predisposizione di una disciplina uniforme delle condizioni

re dal 1° maggio 1983) – allo stato ratificata da soli undici Stati – o la Convenzione di Strasburgo del 5 febbraio 1992 (in vigore dal 1° maggio 1997) sulla partecipazione degli stranieri alla vita pubblica a livello locale. Anche quest’ultima presenta il limite di una ridotta vincolatività (ad oggi relativa a soli otto Stati) cui si aggiunge la disomogeneità nel catalogo di diritti applicabili come conseguenza del massiccio ricorso a riserve interpretative e dichiarazioni eccettive, secondo il disposto dell’art. 1. L’Italia, ad esempio, attraverso la legge di esecuzione (l. 8 marzo 1994, n. 203) ha circoscritto l’operatività della Convenzione ai capitoli A e B escludendo, pertanto, il riconoscimento ai residenti stranieri del diritto di voto alle elezioni locali (previsto dall’art. 6 della Convenzione). È significativo tuttavia che nel nostro Paese nella recente attualità si siano moltiplicate, pur tra molteplici dubbi d’incostituzionalità, le iniziative tese al riconoscimento del diritto di voto amministrativo agli immigrati sia attraverso proposte di legge costituzionale, sia attraverso le modifiche degli statuti di alcune regioni e comuni. Si veda, inoltre, sempre con riferimento al Consiglio d’Europa, la Convenzione europea sulla nazionalità del 6 novembre 1997 (in vigore dal 1° marzo 2000).

⁴⁹ Analoga attenzione era stata tributata anche dal Consiglio d’Europa come confermano, da un lato, la raccomandazione n. 15 del 13 settembre 2000 del Comitato dei Ministri agli Stati membri relativa alla “*security of residence of long-term migrants*” e, dall’altro, la raccomandazione n. 1619 dell’8 settembre 2003 dell’Assemblea Parlamentare sui diritti dei c.d. “*elderly migrants*”.

⁵⁰ Il tutto nella difficile armonizzazione di un insieme composito di norme contrassegnate da natura e contenuto diversi, come ha sottolineato anche la nostra Corte costituzionale in sede di declaratoria di inammissibilità del *referendum* popolare per l’abrogazione del T.U. 25 luglio 1998, n. 286 (sentenza del 7 luglio 2000, n. 31). Per la verità uno degli elementi di “atipicità” dello stesso istituto della cittadinanza europea riposa nell’assenza di una compiuta articolazione dei doveri che, affiancandosi ai diritti, avrebbe completato le situazioni giuridiche connesse allo *status* di cittadino. Per osservazioni critiche in tal senso, si veda, per tutti, U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 97. Sull’assenza di una posizione di *soggezione* del cittadino europeo, cfr. anche A. SINAGRA, *La cittadinanza nella evoluzione del diritto interno, del diritto internazionale e del diritto comunitario*, in F. LANCHESTER, T. SERRA (a cura di), “*Et si omnes...*”, *Scritti in onore di F. Mercadante*, Milano, 2008, pp. 843-870.

sostanziali e procedurali⁵¹, la direttiva è espressione di quel *volet* positivo dell'azione dell'Unione europea in materia di immigrazione che ravvisa nell'integrazione dell'immigrato un mezzo per il conseguimento degli obiettivi fondamentali dell'Organizzazione.

Tale atto rappresenta, invero, il prodotto normativo di un'attenzione costante dedicata dalle istituzioni comunitarie (ora dell'Unione), nella linea già definita nel Consiglio europeo di Tampere del 1999 (in particolare ai numeri 18 e 21 delle conclusioni della Presidenza)⁵², al ravvicinamento dello *status* dei cittadini dei Paesi terzi a quello dei cittadini degli Stati membri, nonché alla garanzia di un *corpus* di diritti uniformi e quanto più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'Unione europea (come viene richiamato nel 2° 'considerando' della direttiva)⁵³.

Deponeva in tal senso già l'adozione della risoluzione del Consiglio del 4 marzo 1996⁵⁴, sia pure nei limiti del valore giuridico di tale atto⁵⁵. Sempre con specifico riferimento alla condizione degli immigrati di lungo periodo è noto che, già nella sua comunicazione del 22 novembre 2000⁵⁶, la Commissione avesse fatto riferimento ad un concetto di "*civic citizenship*" come garanzia di determinati diritti fondamentali, correlati a determinati obblighi⁵⁷. In questo

⁵¹ In linea con la corretta operatività dei principi di sussidiarietà e proporzionalità richiamati nel 24° 'considerando' della stessa.

⁵² A titolo esemplificativo (e non esaustivo) il par. 21 delle conclusioni della Presidenza di Tampere annoverava tra i diritti uniformi – il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'UE – da garantire: "il diritto a ottenere la residenza, ricevere un'istruzione, esercitare un'attività in qualità di lavoratore dipendente o autonomo; va inoltre riconosciuto il principio della non discriminazione rispetto ai cittadini dello Stato di soggiorno. Il Consiglio europeo approva l'obiettivo di offrire ai cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente in maniera prolungata l'opportunità di ottenere la cittadinanza dello Stato membro in cui risiedono".

⁵³ Non manca invero chi sottolinea come la direttiva 2003/109/CE non centri in pieno l'obiettivo delle conclusioni di Tampere. Così G. CELLAMARE, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, partic. p. 184.

⁵⁴ GUCE C 80, 18 marzo 1996.

⁵⁵ Antecedente, com'è ovvio, alla comunitarizzazione della materia migratoria definita dal Trattato di Amsterdam, siffatta risoluzione perseguiva l'obiettivo di definire un *corpus* di principi comuni sottoposti all'attenzione degli Stati con la finalità di incoraggiare, a livello nazionale, l'adozione di misure di integrazione dei residenti di lungo periodo. Tali principi apparivano, in estrema sintesi, finalizzati a favorire l'integrazione delle persone che soggiornassero in maniera prolungata (almeno dieci anni) in uno Stato membro attraverso il rilascio di un permesso di soggiorno di durata decennale, la parità di trattamento con i cittadini dello Stato ospitante quanto all'esercizio di alcuni diritti e l'accesso al lavoro autonomo. Il tutto con una chiara funzionalizzazione di siffatta integrazione "alla maggiore sicurezza e stabilità sia nella vita quotidiana che nel lavoro, nonché alla pace sociale nei vari Stati membri" e, quindi, al rafforzamento del senso di appartenenza alla comunità territoriale "senza pregiudizio della facoltà propria di ciascuno stato membro di concedere uno *status* più favorevole ai cittadini di paesi terzi che soggiornano in maniera prolungata nel loro territorio".

⁵⁶ Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 21 novembre 2000, Una politica comunitaria in materia di immigrazione, COM(2000)757 def., punto 3.5.

⁵⁷ La loro acquisizione graduale, per effetto del decorso di un congruo periodo di soggiorno nello Stato ospitante mediante una progressiva assimilazione ai cittadini nazionali e ad onta della

contesto si pone la direttiva 2003/109/CE, in vigore dal 23 gennaio 2004⁵⁸. Frutto di un progetto della Commissione⁵⁹, che avrebbe subito non pochi ridimensionamenti nel decorso di un lungo intervallo temporale tra la fase della presentazione e quella dell’approvazione, essa è diretta ad un duplice obiettivo: da un lato, l’armonizzazione degli “statuti” nazionali predisposti dagli ordinamenti degli Stati membri a favore dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo e, dall’altro, il riconoscimento di una sorta di “diritto allo stabilimento” nel territorio di uno Stato terzo per i residenti di lungo periodo in altro Stato (art. 1, lett. a, b).

Il conseguimento di questa duplice finalità postula un parziale superamento di quello che è stato definito “principle of congruence between a States’ territory, authority and citizenry” a beneficio di una più adeguata considerazione del “principle of progressive inclusion”: per ciò stesso la direttiva risulta esemplificativa di un più generale riorientamento delle stesse priorità informanti il diritto europeo delle migrazioni⁶⁰.

La direttiva (art. 8) distingue tra lo *status* di soggiornante di lungo periodo (SLP), che è permanente (salvo i casi di revoca), e il permesso di soggiorno, che è valido per 5 anni (salvo rinnovi). Quanto alle modalità riguardanti la forma del permesso di soggiorno esse sono state modificate dal regolamento 380/2008, che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di Stati terzi⁶¹.

La verifica dei contenuti del progetto originario di direttiva, largamente dissimile rispetto al testo approvato, conferma le difficoltà nel coagulare il consenso degli Stati intorno a proposte della Commissione ritenute potenzialmente lesive della sovranità nazionale e, pertanto, oggetto di forti temperamenti. In generale lo conferma, all’interno della direttiva 2003/109/CE, il ricorso, peraltro frequente in tale ambito materiale, alle c.d. *may provisions*. Esse trasformano gli obblighi statuali in mere facoltà: una sorta di clausole abilitative o autorizzatorie, espressione di quel parallelismo delle competenze delle istituzioni dell’Unione europea

mancata naturalizzazione, faceva intravedere, sia pure sullo sfondo, una sorta di cittadinanza locale o municipale come una delle possibili articolazioni di una cittadinanza “multilivellare” e “multidimensionale”. Sull’emersione di una “*civic citizenship*” cfr. M. BELL, *Civic Citizenship and Migrant Integration*, in *European Public Law*, 2007, pp. 311-333.

⁵⁸ Essa rappresenta il frutto dell’autonomia normativa del Consiglio individuando la sua base giuridica nell’(allora) art. 63, n. 3 e 4, TCE.

⁵⁹ Proposta di direttiva della Commissione del 13 marzo 2001, relativa allo status di cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo, COM(2001)127 def., par. 1.5. In dottrina v. T. KOSTAKOPOULOU, *Long-term Resident Third Country Nationals in the European Union: Normative Expectations and Institutional Openings*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 2002, p. 443 ss.

⁶⁰ Per una lettura in questa direzione della direttiva 2003/109/CE (e di altri atti di diritto derivato successivi) v. A. FARAHAT, “*We Want You! But...*” *Recruiting Migrants and Encouraging Transnational Migration through Progressive Inclusion*, in *European Law Journal*, 2009, pp. 700-718.

⁶¹ Regolamento (CE) n. 380/2008 del Consiglio, del 18 aprile 2008, che modifica il regolamento (CE) n. 1030/2002 che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di paesi terzi, *GUUE* L 115, 29 aprile 2008.

rispetto a quelle degli Stati membri, nonché di quella parziale cedevolezza del diritto dell'Unione rispetto alla normativa statale intesa, in questo caso, anche come possibilità di beneficiare di disposizioni nazionali più favorevoli (lo testimoniano vari riferimenti contenuti nell'atto in esame). Ma lo testimonia altresì il frequente utilizzo delle c.d. clausole di *stand still*, intese a cristallizzare, con specifico riferimento al momento dell'approvazione dell'atto in esame, la possibilità di mantenere disposizioni difformi dalla *ratio* ispiratrice della direttiva, se presenti negli ordinamenti nazionali, e di limitare il ricorso alle deroghe⁶².

La direttiva si applica in senso orizzontale, ai sensi dell'art. 3, a tutti i cittadini di Paesi terzi soggiornanti legalmente nel territorio di uno Stato membro indipendentemente dai motivi che ne hanno giustificato l'ingresso.

La finalità della direttiva 2003/109/CE, come accennato, si sostanzia nell'uniformazione delle modalità di acquisizione di uno *status* contrassegnato dal carattere della permanenza con una validità quinquennale e la possibilità di rinnovo automatico, su domanda, alla scadenza. Tale *status* è quello di soggiornante di lungo periodo (ai sensi dell'art. 7), cui si riconnette, oltre ad una tutela rafforzata contro l'espulsione⁶³, l'equiparazione con il trattamento spettante ai cittadini nazionali per quanto attiene ad un complesso di diritti economico-sociali⁶⁴. Essi sono indicati nell'art. 11, lett. da a) ad h), con un elenco che non va considerato, peraltro, lista chiusa⁶⁵: esso concretizza non già una vera e propria cittadinanza "civica" ma una *sui generis* cittadinanza sociale europea.

Sul piano procedurale l'acquisizione dello *status* di soggiornante di lungo periodo è legata all'impulso della parte interessata che presenta domanda alle autorità nazionali competenti, unitamente alla produzione della documentazione comprovante l'esistenza dei requisiti previsti (art. 7, par. 1)⁶⁶. La prima condi-

⁶² Trattasi di clausole che, secondo alcuni, ridurrebbero le direttive al minimo comune denominatore delle risposte normative nazionali in materia, come sottolinea con riferimento ad un complesso di direttive o proposte di direttive in materia di immigrazione ed asilo, S. FERRAILOLO, *Immigrazione, asilo, accoglienza: gli effetti pratici del vento di Tampere*, in *Diritto e Giustizia*, 22 maggio 2004, p. 54 ss., in particolare p. 56. Vero è che il 23° 'considerando' della direttiva 2003/109/CE e la previsione di cui all'art. 15, par. 3, prevedono che tali misure non debbano costituire un ostacolo al raggiungimento degli obiettivi di tale atto.

⁶³ Già il 16° 'considerando' della direttiva afferma che "il soggiornante di lungo periodo dovrebbe godere di una tutela rafforzata contro l'espulsione. Tale protezione è fondata sui criteri fissati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo".

⁶⁴ Con riferimento all'accesso ad attività lavorativa subordinata o autonoma, a condizione che non implichi nemmeno in via occasionale la partecipazione all'esercizio di pubblici poteri, nonché alle condizioni di accesso e di lavoro, all'accesso all'istruzione e al riconoscimento dei diplomi ed altri titoli professionali, alla protezione sociale, alle agevolazioni fiscali, all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico, alla libertà di circolazione su tutto il territorio nazionale.

⁶⁵ In due sensi: da un lato, per la possibilità degli Stati membri di concedere l'accesso ad altre prestazioni nei settori indicati; dall'altro, di attribuire, da parte degli stessi Stati, la parità di trattamento in settori non contemplati. Di converso i paragrafi 2, 3 e 4 dello stesso articolo prevedono la possibilità di definire una serie di limiti al godimento dei citati diritti.

⁶⁶ Tra chi ha sottolineato l'importanza di tali previsioni v. S. CARRERA, *In Search of Perfect*

zione è di carattere temporale, tenuto conto che il cittadino dello Stato terzo deve vantare la permanenza legale ed ininterrotta sul territorio del Paese ospitante con riferimento ai cinque anni immediatamente antecedenti alla presentazione della domanda. La sussistenza di siffatto requisito viene valutata, peraltro, sulla base di una certa flessibilità, così da contemperare anche allontanamenti temporanei dal territorio (non superiori a sei mesi consecutivi e che non superino in totale i dieci mesi nei cinque anni) o dovuti a motivi particolari previsti dalla legislazione di ciascuno Stato membro⁶⁷.

Costituiscono ulteriori condizioni (o pre-condizioni) per l’ottenimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo, ai sensi dell’art. 5, la sussistenza di “risorse stabili e regolari, sufficienti al sostentamento dell’immigrato e dei suoi familiari” (lett. a), con la possibilità di prescindere dall’attualità della condizione lavorativa, nonché la sottoscrizione di “un’assicurazione malattia contro tutti i rischi solitamente coperti per i propri cittadini nello stato ospitante” (lett. b) così che lo straniero non determini un onere per lo Stato ospitante. Ad essi si aggiunge, come prevede l’art. 7, la prova della disponibilità di un alloggio adeguato.

L’insieme dei requisiti materiali e procedurali ai fini dell’ottenimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo annovera la previsione, contenuta nello stesso art. 5, della possibilità per gli Stati membri di “esigere il soddisfacimento delle condizioni di integrazione conformemente alle legislazioni nazionali”. La formula utilizzata, per quanto in linea con quanto previsto anche nella direttiva del Consiglio 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare⁶⁸, conferma, nella sua genericità, il già menzionato carattere “cedevole” dell’atto in esame, facoltizzando gli Stati all’eventuale richiesta di un complesso di ulteriori requisiti⁶⁹.

L’art. 6, tra le cause ostative di carattere personale, richiama le ragioni di ordine pubblico o pubblica sicurezza che assurgono, peraltro, (tra le altre) anche a fattore di revoca dello *status* acquisito in ragione dell’inaffidabilità del beneficiario (art. 9, par. 1, lett. a).

Particolarmente significativa nella direzione di rendere effettivo il diritto di soggiorno (come sottolinea il 22° ‘considerando’) risulta, a nostro sommo avviso, la previsione, contenuta nel capo III della direttiva – che lascia impregiudicata la pertinente normativa UE in materia di sicurezza sociale concernente i

Citizen? The Intersection between Integration Immigration and Nationality in the EU, Leiden, 2009, partic. p. 190.

⁶⁷ L’art. 4, paragrafi 2 e 3, definisce le modalità di calcolo della durata del soggiorno.

⁶⁸ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

⁶⁹ S. QUADRI, *Le migrazioni internazionali*, Napoli, 2006, p. 193, esprime una valutazione critica di tale previsione. A. ROSENTHAL, *Gli status sociali dei cittadini dei Paesi terzi*, in P. GARGIULO (a cura di), *Politica e diritti sociali nell’Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, 2011, pp. 353-378, partic. pp. 362-363 parla, al riguardo, di un “paradosso” della direttiva laddove potrebbe essere richiesto allo straniero di comprovare una già raggiunta integrazione economica e sociale.

cittadini dei Paesi terzi – di un corollario inerente allo *status* di soggiornante di lungo periodo. Ci si riferisce, con una disciplina piuttosto innovativa, alla garanzia di una sorta di “diritto di stabilimento” (anche se il capo III si riferisce al soggiorno) di quest’ultimo (ed alle condizioni previste dall’art. 16 per i suoi familiari) in un altro Stato dell’Unione per un periodo superiore a tre mesi per l’esercizio di un’attività economica (in qualità di lavoratore autonomo o dipendente), al fine di consentire la frequentazione di corsi di studio o di formazione professionale, nonché, come indica con una formula molto generica la lett. c) dell’art. 14, “per altri scopi”. È appena il caso di sottolineare che le condizioni di soggiorno nel secondo Stato membro, come indicate nell’art. 15, sono sostanzialmente le stesse previste nel primo Stato salva la possibilità, anche per il secondo Stato, di prevedere requisiti addizionali⁷⁰. Ad esito del rilascio di un “titolo di soggiorno rinnovabile di durata identica a quella del permesso rilasciato al soggiornante di lungo periodo”, previa domanda di quest’ultimo e accertamento della sussistenza delle condizioni da parte delle autorità nazionali, il titolare acquisisce il diritto all’uguaglianza di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato di residenza. Come prevede l’art. 9, par. 4, il soggiornante di lungo periodo, che abbia soggiornato in un altro Stato membro (ai sensi del capo III), perde il diritto a tale *status* allorché esso gli sia conferito nel secondo Stato di soggiorno, conformemente all’art. 23.

La direttiva disciplina, in maniera puntuale (articoli 12 e 22) e con un adeguato corredo di garanzie procedurali, le circostanze che legittimano a disporre misure di allontanamento del soggiornante di lungo periodo e che sono riconducibili, in buona sostanza, al fatto di costituire “una minaccia effettiva e sufficientemente grave” per l’ordine pubblico e la pubblica sicurezza⁷¹.

E, dunque, con l’atto in esame, risulta delineato – sia pure tra luci ed ombre che compromettono, come si dirà, l’effettività del sistema delineato – uno *status* personale espressivo di un collegamento sostanziale con lo Stato ospitante che si fonda sulla declinazione, in senso lato, della dimensione territoriale della residenza (e dei prerequisiti richiesti) il che conferisce al soggiornante di lungo periodo anche il diritto di spostarsi in altro Paese dell’Unione europea.

⁷⁰ V. art. 15, par. 3. È opportuno sottolineare che tale diritto di soggiorno (che non si estende ai lavoratori dipendenti distaccati da un’impresa, nonché ai prestatori di servizi) risulti temperato dalla possibilità, da parte degli Stati, di apporre una serie di limiti al suo esercizio, nonché di definire le condizioni per tale soggiorno.

⁷¹ L’applicazione dell’art. 22, paragrafi 2 e 3 (“Revoca del titolo di soggiorno e obbligo di riammissione”), è condizionata dalla sopravvenienza della direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare (*GUUE* L 348, 24 dicembre 2008, p. 98 ss.), il cui art. 6 prevede che si possa adottare una decisione di rimpatrio solo nel caso di mancata osservanza dell’obbligo del cittadino di Paese terzo di recarsi immediatamente nello Stato che gli ha rilasciato un titolo di soggiorno valido. Tra le garanzie si annoverano: la motivazione dei provvedimenti di rifiuto o revoca dello *status* di soggiornante di lungo periodo, la notifica delle decisioni in conformità alle procedure previste dal diritto nazionale con specificazione dei mezzi di impugnazione e dei termini per esperirli.

4. La breve disamina dei contenuti della direttiva 2003/109/CE non può non suscitare alcuni interrogativi. Diritti differenziati per il soggiornante di lungo periodo rispetto all’immigrato *tout court* come effetto di uno speciale radicamento nel Paese ospitante, produttivi di uno *status* euro-nazionale unitario, contrassegnato da un nucleo minimo di diritti soggettivi, vista la possibilità, richiamata nella direttiva, di applicazione delle disposizioni nazionali (art. 13) ed internazionali (art. 3, par. 3) più favorevoli? Diritti uniformi per i residenti di lungo periodo il più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell’Unione europea come primo passo per l’ottenimento della cittadinanza dello Stato membro in cui risiedono?

La risposta ad alcuni di questi dubbi non poteva non essere legata alla verifica della conformità dei mezzi scelti dagli Stati per il recepimento (entro il 23 gennaio 2006) della direttiva che, peraltro, contiene (art. 24) una clausola di revisione a tempo legata all’esercizio del potere di relazione, da parte della Commissione, sull’applicazione da parte degli Stati⁷².

Come testimonia la citata relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, siffatto recepimento non è stato facile e la piena *implementation* della direttiva negli ordinamenti nazionali è ancora *in fieri*⁷³.

Le difficoltà di corretta attuazione della direttiva attengono, a nostro avviso, a due elementi dei quali il secondo costituisce, in senso lato, la conseguenza del

⁷² In Italia, in forza della delega contenuta nella “legge comunitaria 2004” (l. 18 aprile 2005, n. 62), è stata recepita con d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 (*GURI* 24, 30 gennaio 2007). Il decreto ha comportato una modifica dell’art. 9 (relativo al permesso di soggiorno di lungo periodo) e l’inserimento di un art. 9 *bis* nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 e successive modifiche. Il presente lavoro non si occupa in maniera specifica dei caratteri della normativa italiana di recepimento e della parziale dissonanza rispetto ai contenuti ed alla *ratio* della direttiva. Per tali aspetti si rinvia a F. MORRONE, *L’ordinamento giuridico italiano introduce il permesso di soggiorno per i cittadini dei paesi terzi residenti di lungo periodo*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, pp. 783-787; I. AMBROSI, *Status dei cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo e diritto al ricongiungimento familiare (decreti legislativi dell’8.1.2007, n. 3 e n. 5)*, in *Famiglia, persone e successioni*, 2007, www.lerivisteipertestuali.it; A. DI PASCALE, M. PASTORE, *Il recepimento delle direttive sul ricongiungimento familiare e sui soggiornanti di lungo periodo*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2007, pp. 13-40; E. CODINI, *I residenti extracomunitari di lungo periodo*, in P. MOROZZO DELLA ROCCA (a cura di), *Immigrazione e cittadinanza*, Torino, 2008, pp. 79-86; A. FAVALE, *La particolare situazione degli immigrati lungo-soggiornanti: il decreto legislativo italiano di attuazione della direttiva 2003/109/CE*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Fagnano Alto, 2008, p. 281 ss.; L. OLIVETTI, P. BONETTI (scheda a cura di), *Permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo*, 8 giugno 2011, www.asgi.it. Per quanto attiene agli emendamenti introdotti dalla l. 15 luglio 2009, n. 94, si veda, in particolare, E. CODINI, *op. cit.*, pp. 9-11.

⁷³ Nel 2007 la Commissione ha avviato procedure di infrazione, ai sensi dell’attuale art. 258 TFUE, nei confronti di venti Stati membri per non aver attuato la direttiva nei tempi previsti o non aver debitamente informato la Commissione delle disposizioni legislative di attuazione della stessa. Sono state emanate sentenze di condanna nei confronti di tre Stati membri (Portogallo, Spagna e Lussemburgo): sentenze della Corte di giustizia del 27 settembre 2007, causa C-5/07, *Commissione c. Repubblica portoghese*, *Raccolta*, p. I-120; del 15 novembre 2007, C-59/07, *Commissione c. Regno di Spagna*, *ivi*, p. I-161; del 29 novembre 2007, C-34/07, *Commissione c. Granducato del Lussemburgo*, *ivi*, p. I-175. Le altre procedure per mancata comunicazione sono state chiuse.

primo. Da un lato, la generale difficoltà nell'armonizzazione sostanzial-procedurale dei contenuti delle normative nazionali che, come si anticipava, pur riconoscendo la figura del soggiornante di lungo periodo, non risultano omogenee per *ratio* ispiratrice, con la conseguenza di definire, anche dopo la trasposizione della direttiva, non coincidenti situazioni giuridiche soggettive da tutelare⁷⁴. Dall'altro, la struttura di tale atto dell'UE, che non diversamente da buona parte della normativa di diritto derivato in tema di migrazioni legali, configura un regime di solo "parziale" armonizzazione, attribuendo un ampio margine di discrezionalità agli Stati, come testimonia, tra l'altro, il significativo ricorso alle menzionate *may provisions*⁷⁵.

Nella relazione della Commissione sono state evidenziate discrasie relative, in primo luogo, al campo di applicazione della direttiva (art. 3) laddove alcuni Stati membri hanno interpretato in maniera ampia la deroga ivi prevista restringendo il campo di applicazione personale e pregiudicando, pertanto, l'effetto utile della direttiva. Foriera di ulteriori criticità è stata la definizione della nozione di soggiorno legale che, ai sensi dell'art. 4, rientra nella competenza degli Stati membri (così che si potrebbero escludere, in linea di principio, visti ed altre forme di autorizzazione diverse dal permesso di soggiorno) come pure la valutazione del periodo massimo di assenza (art. 4, par. 3) nel cui computo molti Stati membri (come l'Italia) hanno ammesso segmenti di assenza più lunghi (per "specifiche o eccezionali ragioni").

Non agevole è risultata, altresì, la commisurazione del requisito reddituale (art. 5, par. 1), sotto un duplice profilo: da un lato, in ragione del fatto che alcuni Stati stabiliscono delle "soglie" che variano in funzione dei familiari; dall'altro, giacché resta problematica la questione relativa all'inclusione o esclusione delle risorse degli stessi familiari nel reddito del soggiornante di lungo periodo. Il citato richiamo generico alle "condizioni di integrazione" (art. 5, par. 2) o, con formula analoga, alle "misure di integrazione" (art. 15, par. 3) è suscettibile, poi, di consentire una forte geometria variabile nell'applicazione dell'atto in esame

⁷⁴ In Italia, ai sensi del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in *GURI* 191, 18 agosto 1998, come modificato dalla l. n. 94 del 15 luglio 2009, il titolo di soggiorno rilasciato ai soggiornanti di lungo periodo è costituito dal permesso di soggiorno di lungo periodo (art. 9 T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero). Nel testo del decreto, con la sola (scontata) eccezione del titolo, non viene mai utilizzato il termine *status* e il permesso di soggiorno rappresenta atto costitutivo e non già certificativo dello *status* di soggiornante di lungo periodo.

⁷⁵ Si pensi all'incertezza, sul piano procedurale, in relazione agli effetti della mancata decisione, da parte delle autorità nazionali, in merito al conferimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo nel termine di 6 mesi (art. 7, par. 4, co. 2) e 4 mesi (art. 20, par. 2, co. 1) ed al rinvio alla legislazione nazionale dello Stato interessato (art. 7, par. 2, co. 4). E. GUILD, K. GROENENDIJK, S. CARRERA, *Understanding in the Context of Community: Illiberal Practices in the EU?*, in E. GUILD, K. GROENENDIJK, S. CARRERA (eds.), *Illiberal Liberal States. Immigration, Citizenship and Integration in the EU*, Hampshire, 2009, riferendosi alla direttiva 2003/109/CE (ma anche alla direttiva 2003/86/CE) sottolineano come "also constitute a regime of partial harmonisation, leaving certain margin of appreciation to the member states at times of national transposition and implementation".

laddove, in assenza di una definizione aprioristica delle stesse, esse possono essere contrassegnate da estrema variabilità⁷⁶.

Con riferimento al non accoglimento della domanda per motivi di ordine pubblico e di sicurezza (art. 6, par. 1) non risulta facile, caso per caso, la valutazione dei quattro elementi indicati: gravità o tipo di reato contro ordine pubblico o sicurezza pubblica; pericolo costituito dalla persona (sulla falsariga della direttiva sui ricongiungimenti familiari); durata del soggiorno; esistenza di legami con il Paese di soggiorno.

Quanto ai documenti giustificativi, non appaiono conformi richieste, contemplate in alcuni ordinamenti nazionali, ulteriori rispetto a quanto previsto nell'art. 7, par. 1, che annovera, a supporto della domanda, oltre ad un documento di viaggio valido e ad una documentazione comprovante un alloggio adeguato, la produzione di documenti atti a provare il soggiorno protratto per cinque anni, le assenze, la sussistenza di risorse stabili, un'assicurazione di malattia contro tutti i rischi⁷⁷.

È appena il caso di precisare che la parità di trattamento, consacrata nell'art. 11 della direttiva, risulta significativamente compromessa da un deplorabile vuoto informativo e da alcuni limiti rispetto all'accesso alle attività lavorative⁷⁸.

Quanto ai permessi di soggiorno permanenti o di validità illimitata che contemplano condizioni più favorevoli (art. 13) non è privo di rilevanza il caso di Stati membri in cui i cittadini di Stati terzi non sono autorizzati ad essere titolari di due permessi, con la conseguente concorrenza tra i due e obbligo della scelta.

Il corretto recepimento non risulta agevole anche con riferimento alla normativizzazione della possibilità del soggiornante di lungo periodo di spostarsi in altro Paese membro dell'Unione (capo III della direttiva)⁷⁹.

La relazione della Commissione evidenzia l'insorgenza di problemi riguardo a permessi di soggiorno non rilasciati conformemente alle specificazioni della diret-

⁷⁶ Richiedendosi, eventualmente anche in via cumulativa, conoscenze linguistiche, della storia e dell'ordinamento del Paese di soggiorno, ecc., fino al punto – anche in questo caso – di rischiare di compromettere l'effetto utile della direttiva. In Italia è previsto, ai sensi del decreto del Ministro dell'interno e del Ministro dell'Istruzione dell'Università e della ricerca, del 4 giugno 2010, lo svolgimento di un test di conoscenza della lingua. Il decreto “Modalità di svolgimento del test di conoscenza della lingua italiana, previsto dall'art. 9 del d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, introdotto dall'articolo 1, comma 22 lettera i) della legge n. 94/2009” è pubblicato in *GURI* 134, 11 giugno 2010. Se in Italia l'art. 4 *bis* del T.U. in materia di immigrazione definisce l'integrazione quale “processo finalizzato a promuovere la convivenza dei cittadini italiani e di quelli stranieri nel rispetto dei valori sanciti dalla Costituzione italiana con il reciproco impegno a partecipare alla vita economica, sociale e culturale della società”, non è mancata un'animata *querelle* dottrinale in merito al significato da attribuire all'integrazione dei cittadini stranieri e cioè se “obiettivo” o invece “precondizione” rispetto al conferimento di diritti.

⁷⁷ In Italia è richiesto l'estratto del casellario giudiziario.

⁷⁸ Laddove la legislazione di diciassette Paesi, tra cui l'Italia, prevede l'esclusione dei soggiornanti di lungo periodo dalle attività che contemplano l'esercizio di autorità pubblica.

⁷⁹ Esistono, allo stato, molteplici problemi di compatibilità con il diritto italiano vigente con riferimento ai capi I e II della direttiva mentre rispetto al capo III ed alla figura totalmente nuova del soggiornante di lungo periodo che intende muoversi nel territorio dell'Unione la direttiva si pone nel vuoto normativo.

tiva; difficoltà rispetto a Paesi (come l'Italia) nei quali si applicano “quote nazionali” (diverse da quelle previste all'art. 14, par. 4, che giustifica solo quelle esistenti al momento di entrata in vigore della direttiva); ma anche laddove (ai sensi art. 15, par. 2, lett. a) possano essere richiesti requisiti di reddito più rigorosi.

Infine, va segnalata la non applicazione dell'art. 18, par. 3 (non recepito da alcuni Paesi, come l'Italia), con riferimento all'insorgenza di malattie successive al rilascio del primo titolo di soggiorno, che non giustifica né il diniego di rinnovo, né la decisione di allontanamento; come pure dell'art. 19, par. 2, relativo alla mancata notifica al primo Stato, da parte del secondo Stato, del rilascio del titolo di soggiorno rinnovabile.

5. Nel quadro così delineato, non possono essere tralasciati gli sforzi perpetrati dalle istituzioni giudiziarie europee e volti ad imprimere un significativo impulso alla garanzia dell'effettiva parità di trattamento tra i cittadini dell'Unione europea e gli immigrati ai quali è riconosciuto lo statuto di soggiornanti di lungo periodo, specie attraverso la valorizzazione di quel “minimo comune denominatore” rappresentato dalla tutela dei diritti fondamentali.

Come è noto non mancano, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, pronunce nelle quali la legittimità di una decisione di espulsione di un cittadino di un Paese terzo è stata oggetto di scrutinio alla luce dei ‘considerando’ e di alcuni articoli della direttiva 2003/109/CE⁸⁰. Ma qui si intende, in particolare, far riferimento alle recenti decisioni della Corte di giustizia che hanno avuto ad oggetto alcune normative nazionali sostanzialmente contrarie allo scopo ultimo sotteso alla direttiva 2003/109/CE – ossia l’“integrazione” dei cittadini di Paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo – e, pertanto, suscettibili di privare quest'ultima del suo “effetto utile”.

Un primo intervento, in via pregiudiziale, della Corte di giustizia, a livello di Grande sezione, concerne la concessione di sussidi per l'alloggio (c.d. “sussidio casa”)⁸¹: nella specie, la controversia ruotava intorno al meccanismo adottato per la distribuzione dei fondi destinati ai sussidi per l'alloggio in vigore nella

⁸⁰ V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 dicembre 2011, causa C-371/08, *Nural Ziebell c. Land Baden-Württemberg*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, in tema di Accordo di associazione CEE-Turchia, articoli 7, co. 1, secondo trattino, e 14, par. 1, della decisione n. 1/80 del Consiglio di associazione avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'art. 234 TCE, dal Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Germania), con decisione del 22 luglio 2008, pervenuta in cancelleria il 14 agosto 2008.

⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) del 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, Provincia autonoma di Bolzano*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La pronuncia è originata nell'ambito di una controversia insorta tra un soggiornante di lungo periodo (sig. Kamberaj), da un lato, e l'Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES), la Giunta della Provincia autonoma di Bolzano, nonché la Provincia autonoma di Bolzano, dall'altro, a seguito del rigetto opposto dall'IPES alla richiesta di detto interessato diretta ad ottenere un sussidio per l'alloggio per l'anno 2009, motivato con il fatto che lo stanziamento della Provincia autonoma di Bolzano previsto per la concessione di tale sussidio ai cittadini di Paesi terzi era esaurito.

Provincia autonoma di Bolzano⁸². In particolare, la relativa normativa prevedeva per i cittadini sia dell’Unione europea che di Paesi terzi la distribuzione dei fondi in proporzione alla media ponderata tra la consistenza numerica ed il fabbisogno di ciascuna categoria. Ciononostante, data l’applicazione di coefficienti differenti ai due elementi presi in considerazione nel calcolo della media ponderata (in virtù di una delibera provinciale del 2009), ne risultava un metodo di calcolo diverso, nella determinazione della quota di fondi concessi, a titolo di sussidio per l’alloggio, tra i cittadini dell’Unione europea e di Paesi terzi. Effetto ultimo di tale metodo consisteva nel trattamento di sfavore riservato alla categoria composta dai cittadini di Paesi terzi, atteso che lo stanziamento disponibile per soddisfare le loro domande di sussidio per l’alloggio risultava più esiguo e rischiava pertanto di essere esaurito più rapidamente, rispetto a quello attribuito ai cittadini dell’Unione europea.

Orbene, nel dare risposta al secondo quesito posto dal giudice *a quo*, rileva *in primis* l’allineamento della Corte di giustizia alle decisioni “gemelle” (numeri 348 e 349) rese dalla Corte costituzionale italiana nel 2007 (e oggetto di ulteriori conferme) circa l’ipotesi di contrasto tra una normativa nazionale e la CEDU. Infatti, la Corte di giustizia nega l’esistenza di un obbligo in capo al giudice nazionale, scaturente dal richiamo operato dall’art. 6 TUE alla CEDU, di procedere alla disapplicazione della norma di diritto nazionale confliggente con le disposizioni della CEDU (nella fattispecie l’art. 14 della CEDU, nonché l’art. 1 del Protocollo n. 12) e all’applicazione di quest’ultima senza previamente sollevare una questione di costituzionalità dinanzi alla Corte costituzionale⁸³. Come chiarisce la Corte di giustizia, l’art. 6, par. 3, TUE non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell’ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale Convenzione ed una norma di diritto nazionale⁸⁴.

L’acclarata disparità di trattamento tra la categoria dei cittadini dell’Unione europea e quella dei soggiornanti di lungo periodo⁸⁵ è però sottoposta a giudizio di compatibilità da parte della Corte di giustizia rispetto al dettato dell’art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE, il quale accorda a quest’ultima categoria il beneficio della parità di trattamento nei settori della previdenza sociale, dell’assistenza sociale e della protezione sociale⁸⁶. Orbene, nel salvaguardare le

⁸² Risultante dal combinato disposto degli articoli 15, co. 2, del D.P.R. n. 670/1972, 1 e 5 della l. provinciale 17 dicembre 1998 n. 13, nonché della delibera della Giunta provinciale del 20 luglio 2009, n. 1885.

⁸³ Sentenza *Kamberaj*, punto 59 ss.

⁸⁴ Sul punto, si veda più approfonditamente A. RUGGERI, *La Corte di giustizia marca la distanza tra il diritto dell’Unione e la Cedu ed offre un puntello alla giurisprudenza costituzionale in tema di (non) applicazione diretta della Convenzione (a margine di Corte giust. Grande sez., 24.4.2012)*, www.giurcost.org.

⁸⁵ Sentenza *Kamberaj*, punto 73.

⁸⁶ Esso rappresenta l’oggetto della terza questione pregiudiziale. La Corte ha dichiarato, invece, irricevibili cinque questioni (1, 4, 5, 6 e 7). Per un primo commento alla pronuncia si veda J. CAVALLINI, *Égalité de traitement. Aide au logement et discrimination envers les ressortissants*

prerogative nazionali⁸⁷, la disposizione *de qua* rimette la definizione di tali nozioni (previdenza, assistenza e protezione sociale) alle legislazioni degli Stati membri che restano, in sostanza, liberi di decidere quali misure vi rientrano e quali, invece, restano escluse dal novero. Ciononostante, il richiamo al principio dell'“effetto utile” consente alla Corte di giustizia di far emergere i limiti cui va incontro il potere degli Stati membri circa la definizione di tali nozioni: infatti, come essa asserisce, “l'assenza di una definizione autonoma ed uniforme ai sensi del diritto dell'Unione europea non può tradursi in un pregiudizio dell'effetto utile della direttiva 2003/109 al momento dell'applicazione del principio della parità di trattamento previsto da tale disposizione”⁸⁸. In tale contesto, un limite alla discrezionalità degli Stati membri è rappresentato proprio dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, peraltro richiamata dal 3° ‘considerando’ della direttiva 2003/109/CE, le cui disposizioni, come sancito dall'art. 51, par. 1, si rivolgono agli Stati membri allorché essi attuano il diritto dell'Unione europea.

Nella specie, è richiamato l'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali, il cui rispetto deve essere garantito allorché gli Stati membri definiscono le misure di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale soggiate al principio della parità di trattamento sancito dall'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva. In particolare, gli Stati membri, nel dare attuazione a tale ultima disposizione, sono tenuti a rispettare il par. 3 dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali, secondo il quale, al fine di lottare contro l'esclusione sociale e la povertà, l'Unione “riconosce e rispetta il diritto all'assistenza sociale e all'assistenza abitativa volte a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali”.

In conclusione, muovendo dalla considerazione che sia l'art. 11, par. 1, lett. d), della direttiva 2003/109/CE, sia l'art. 34, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali fanno riferimento al diritto nazionale, la Corte di giustizia rimette al giudice del rinvio la valutazione sul se un sussidio per l'alloggio, come quello previsto dalla legge provinciale, rientri in una delle categorie contemplate da detto art. 11, par. 1, lett. d), tenendo presente l'obiettivo di integrazione perse-

d'État tiers, résidents de longue durée, in *La Semaine Juridique – Social*, 2012, n. 25, pp. 55-56, nonché E. CHITI, S. SCREPANTI (a cura di), *Corte di Giustizia e Tribunale dell'Unione europea – Unione europea: Politica sociale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2012, p. 648.

⁸⁷ All'uopo, si osserva che la formulazione adottata dal legislatore europeo è differente rispetto a quella inizialmente proposta dalla Commissione europea. Infatti, la proposta della Commissione conteneva un art. 12, par. 1, lett. d)-f), che sanciva la parità di trattamento tra i cittadini di Paesi terzi soggiornanti di lungo periodo e i cittadini nazionali in materia di “protezione sociale, ivi comprese le prestazioni sociali e l'assistenza medica”, di “assistenza sociale” e di “agevolazioni sociali e fiscali”. La Commissione intendeva, dunque, conferire una portata molto ampia alla parità di trattamento nel settore sociale tra le due categorie di cittadini. Si veda la proposta di direttiva del Consiglio relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano residenti di lungo periodo, COM(2001)127 def.

⁸⁸ Sentenza *Kamberaj*, punto 78.

guito dalla direttiva. Pertanto, non può non sottolinearsi come tale valutazione risulti, di fatto, fortemente condizionata dalle considerazioni della Corte di giustizia, espresse anche in ordine alla possibilità, da parte degli ordinamenti nazionali, di avvalersi – qualora il c.d. “sussidio casa” venga ritenuto rientrante in una delle suddette tre categorie – della deroga normativa alla parità di trattamento di cui all’art. 11, par. 4, che consente l’applicazione di tale principio limitatamente alle “prestazioni essenziali”⁸⁹.

A tal proposito la Corte di giustizia evidenzia che il par. 4 dell’art. 11 introduce un regime derogatorio rispetto alla regola generale che, per tale motivo, è oggetto di interpretazione restrittiva⁹⁰ e può essere invocata da un’autorità pubblica, sia essa di livello nazionale, regionale o locale, “unicamente qualora gli organi competenti nello Stato membro interessato per l’attuazione di tale direttiva abbiano chiaramente espresso l’intenzione di avvalersi della deroga suddetta”. Il che non risulta da parte della Repubblica italiana.

Pertanto, prosegue la Corte, il senso e la portata della nozione di “prestazioni essenziali”, di cui all’art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109/CE, devono essere ricercati tenendo conto del contesto in cui s’inscrive tale articolo e della finalità perseguita da detta direttiva, “ossia l’integrazione dei cittadini di paesi terzi che abbiano soggiornato legalmente e a titolo duraturo negli Stati membri”⁹¹.

Ciò detto, la Corte richiama nuovamente l’art. 34 della Carta dei diritti fondamentali, che sancisce il rispetto del diritto all’assistenza sociale e all’assistenza abitativa volte a garantire un’esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti⁹². Ne consegue, pertanto, che “nei limiti in cui

⁸⁹ Tale deroga è ammissibile solo in materia di assistenza sociale e di protezione sociale, mentre non si applica alle prestazioni rientranti nella previdenza sociale, così come definita dalle legislazioni nazionali.

⁹⁰ La Corte richiama, per analogia, la sentenza del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Chakroun*, *Raccolta*, p. I-1839, punto 43. Dal 13° ‘considerando’ risulta che la nozione di benefici o di prestazioni essenziali comprende “almeno” il sostegno di reddito minimo, l’assistenza in caso di malattia o di gravidanza, l’assistenza parentale e l’assistenza a lungo termine. Le modalità di concessione di tali benefici o prestazioni devono essere determinate, a mente di detto ‘considerando’, dalla legislazione nazionale.

⁹¹ Sentenza *Kamberaj*, punto 92. Si evidenzia che in tale punto la Corte non è del tutto allineata alle conclusioni presentate il 13 dicembre 2011 dall’Avvocato generale Bot, ad avviso del quale l’art. 11, par. 4, della direttiva 2003/109/CE non comporta alcun rinvio al diritto nazionale per la definizione di “prestazioni essenziali” ai sensi di tale disposizione. Infatti: “È vero che il tredicesimo considerando di detta direttiva contiene senz’altro un rinvio al diritto nazionale, ma questo è limitato alle ‘modalità di concessione di queste prestazioni’, ossia alla determinazione delle condizioni di concessione e del livello di siffatte prestazioni, nonché delle procedure ad esse relative, e non si estende dunque alla definizione stessa della nozione di prestazioni essenziali. Ciò premesso, ritengo che si tratti di una nozione di diritto dell’Unione, che spetta alla Corte definire secondo caratteristiche oggettive, riferendosi al sistema e alle finalità della direttiva 2003/109” (punto 91).

⁹² In dottrina si è osservato che la Corte “attribuisce all’art. 34, terzo comma, lo status di un diritto e non lo consideri un mero principio, nonostante le *Spiegazioni* alla Carta affermino – in modo sibillino – che la norma in parte definirebbe un diritto ed in parte un principio, ad ulteriore dimostrazione che la tanto voluta (da parte della Gran Bretagna in sede di seconda Convenzione)

il sussidio di cui trattasi nel procedimento principale risponde alla finalità enunciata nel citato articolo della Carta, esso non può essere considerato, nell'ambito del diritto dell'Unione, come non compreso tra le prestazioni essenziali ai sensi dell'articolo 11, paragrafo 4, della direttiva 2003/109". Anche in questo caso, l'accertamento è rimesso al giudice nazionale, che deve prendere in considerazione la finalità di tale sussidio, il suo ammontare, i requisiti per la sua attribuzione e la posizione da esso occupata nel sistema di assistenza sociale italiano.

In conclusione, nella pronuncia della Corte di giustizia, che sostanzialmente recepisce l'*iter* argomentativo proposto dall'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni, la Carta dei diritti fondamentali, fungendo da parametro interpretativo delle norme di diritto derivato dell'Unione europea, viene ad acquisire una sorta di funzione "integrativa" del contenuto delle disposizioni della direttiva 2003/109 di cui devono tener conto le legislazioni nazionali. Di tal che la Carta dei diritti fondamentali assurge a "meccanismo" giuridico in grado di contribuire a "colmare" gli ampi margini di discrezionalità che alcune disposizioni della direttiva 2003/109 dalla particolare struttura a "maglie larghe" lasciano agli ordinamenti nazionali e che, in sostanza, consentono di riservare trattamenti meno favorevoli ai soggiornanti di lungo periodo rispetto ai cittadini dell'Unione europea. In tal senso, la decisione resa nel caso *Kamberaj* dà concretezza a quell'idea di un'"incidenza virtuosa" della Carta dei diritti fondamentali sul processo di "ravvicinamento" degli *status* di soggiornante di lungo periodo e di cittadino dell'Unione europea, di cui più diffusamente si è detto al paragrafo 2.

6. I già richiamati ampi margini di discrezionalità lasciati agli Stati membri dalla direttiva 2003/109 hanno trovato ulteriore limitazione con riferimento al settore relativo alla riscossione di contributi richiesti ai cittadini di Paesi terzi che presentano domanda intesa al conseguimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo in uno Stato membro e ai cittadini di Paesi terzi che, avendo acquisito detto *status* in uno Stato membro diverso, chiedono di esercitare il loro diritto di soggiorno in tale Stato membro, nonché ai loro familiari che chiedono di essere autorizzati ad accompagnarli o a raggiungerli⁹³.

Trattandosi di un settore che non trova disciplina nell'ambito della direttiva 2003/109 esso è, di conseguenza, rimesso alla competenza degli Stati membri, i quali restano liberi di decidere discrezionalmente in merito sia all'*an* che al *quantum* di tali contributi. Pur essendo tale principio pacifico e non contestato dalla Commissione europea, quest'ultima ha intrapreso una procedura di infrazione *ex art. 258 TFUE* avverso il Regno dei Paesi Bassi. Essa è stata volta a

distinzione tra diritti e principi di cui all'art. 52, quinto comma, della stessa Carta sia rimasta priva di rilievo, non essendo mai stata valorizzata dalla Corte di Giustizia". Cfr. G. BRONZINI, A. ALLAMPRESE, *Cittadini stranieri e discriminazione nell'accesso a prestazioni sociali a carattere essenziale: la Corte di Giustizia valorizza la Carta di Nizza*, maggio 2012, www.europeanrights.eu, in particolare nota 2.

⁹³ Sentenza del 26 aprile 2012, causa C-508/10, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

dimostrare la disparità di trattamento riservata ai soggiornanti di lungo periodo rispetto ai cittadini dell’Unione europea creata dal meccanismo olandese di riscossione di tali contributi, atteso che gli importi versati dai cittadini di Paesi terzi che richiedono lo *status* di soggiornante di lungo periodo o che presentano domanda di soggiorno in detto Stato membro, dopo aver conseguito tale *status* in un altro Stato membro, risultano da 7 a 27 volte superiori rispetto a quelli previsti per dare seguito alle domande dei cittadini dell’Unione europea dirette ad ottenere un titolo di soggiorno.

In particolare, facendo leva sul 10° ‘considerando’ della direttiva 2003/109⁹⁴, la Commissione ha ritenuto che i contributi in parola debbano essere di importo ragionevole ed equo e non debbano scoraggiare i cittadini di Paesi terzi che soddisfano i requisiti stabiliti dalla suddetta direttiva dall’esercitare il diritto di soggiorno conferito loro da quest’ultima⁹⁵. Secondo la Commissione, tali importi elevati, nell’ostacolare l’esercizio dei diritti sanciti dalla direttiva 2003/109, pregiudicherebbero l’effetto utile di quest’ultima.

La pronuncia della Corte giustizia ha accolto l’istanza della Commissione, rigettando *in primis* l’eccezione di irricevibilità sollevata dai Paesi Bassi costruita sulla considerazione che la Commissione europea non avesse provato il contrasto della normativa olandese con una disposizione precisa della direttiva 2003/109/CE. Infatti, la normativa interna di uno Stato membro può essere considerata contraria all’ordinamento europeo anche quando essa, alla luce dei soli ‘considerando’ di una direttiva europea, vada comunque a violare “l’economia generale, lo spirito, l’obiettivo e, pertanto, l’effetto utile” di quest’ultima⁹⁶.

Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha ritenuto che una siffatta violazione risultasse integrata dai contributi richiesti dai Paesi Bassi ai sensi della normativa nazionale che attua la direttiva 2003/109: essi, infatti, sono stati ritenuti lesivi del principio di proporzionalità quale principio generale del diritto dell’Unione europea e inidonei a realizzare gli obiettivi perseguiti dalla normativa europea; essi, piuttosto, rappresentano un vero e proprio ostacolo all’esercizio dei diritti conferiti dalla direttiva stessa.

Avendo affermato la natura di per sé sproporzionata dei contributi richiesti ai soggiornanti di lungo periodo, la Corte di giustizia non ha ritenuto necessario

⁹⁴ Il quale recita: “Occorre stabilire un sistema di regole procedurali per l’esame della domanda intesa al conseguimento dello status di soggiornante di lungo periodo. Tali procedure dovrebbero essere efficaci e gestibili in base al normale carico di lavoro delle amministrazioni degli Stati membri, nonché trasparenti ed eque in modo da garantire agli interessati un livello adeguato di certezza del diritto. Esse non dovrebbero costituire un mezzo per ostacolare l’esercizio del diritto di soggiorno”.

⁹⁵ Sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, punti 47 e 77.

⁹⁶ Pertanto, richiamando quale precedente la sentenza del 29 novembre 2001, causa C-202/99, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. I-9319 ss., punto 23, quando la Commissione sostiene che una disciplina nazionale è contraria al sistema, all’economia o allo spirito di una direttiva, senza che la violazione del diritto dell’Unione che ne deriva possa essere collegata a disposizioni specifiche della suddetta direttiva, il suo ricorso non può, soltanto per questo motivo, essere dichiarato irricevibile. Si veda la sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, punto 39.

esaminare in maniera specifica l'argomento della Commissione volto a censurare l'ordinamento dei Paesi Bassi sulla scorta del raffronto tra i contributi richiesti ai cittadini di Paesi terzi e ai loro familiari con quelli riscossi dai cittadini dell'Unione europea per il rilascio di documenti analoghi ai sensi della direttiva 2004/38.

Ad ogni buon conto, sotto il profilo pratico, la pronuncia potrebbe essere suscettibile di indirizzare gli Stati membri verso l'adozione di misure effettivamente rispettose del principio della parità di trattamento anche in un settore che, deliberatamente, essi avevano escluso da quelli oggetto della normativa europea, riservando a sé la competenza circa, come si è detto, il se ed il come farne applicazione.

7. È possibile formulare, a questo punto della trattazione, qualche breve considerazione sul rapporto di terzietà di tale costituendo "statuto" *alio* o intermedio del soggiornante di lungo periodo tra lo "statuto" del cittadino dell'Unione europea e lo "statuto" del cittadino nazionale anche alla luce della disciplina contenuta nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ed in particolare ai suoi articoli 15, 34 e 45) laddove nel 3° 'considerando' della citata direttiva viene richiamato, con una formula peraltro ricorrente, il rispetto dei diritti e principi della CEDU e della Carta⁹⁷.

È pacificamente riconosciuto che il contenuto dei diritti della cittadinanza dell'Unione europea (ai sensi della richiamata normativa contenuta nel TUE e nel TFUE, nonché alla luce degli articoli da 39 a 46 della Carta dei diritti fondamentali) configuri uno *status civitatis*, per contenuto e *ratio* ispiratrice, assolutamente incomparabile con quello di cittadino nazionale.

Lo *status* di cittadino dell'Unione europea, aggiuntivo rispetto a quello di cittadino nazionale⁹⁸, come è noto, non appare riconducibile all'articolato concetto giuridico di cittadinanza nell'ordinamento interno⁹⁹. Né alla cittadinanza intesa come rapporto giuridico tra individuo in quanto appartenente ad una determinata comunità politica ed ente sovrano alla luce di una nozione dinamica

⁹⁷ Sempre nella stessa Carta, al già menzionato art. 45, par. 2, ricognitivo della possibilità di accordare la libertà di circolazione e soggiorno ai cittadini di Paesi terzi che risiedono legalmente nel territorio, si aggiunge il diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell'Unione (sancito nell'art. 15), unitamente al diritto all'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale ed ai servizi sociali ad ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione (art. 34). Sul significato di tale richiamo, con specifico riferimento al rispetto, nelle normative nazionali di recepimento della direttiva, della Carta (e, nel caso di specie, del suo art. 34), si vedano le conclusioni *Kamberaj*, punti 85 e 95.

⁹⁸ Come è noto l'art. 9 TUE e l'art. 20 TFUE precisano che la cittadinanza dell'Unione (che nel sistema precedente si connotava per il carattere "complementare") "si aggiunge" alla cittadinanza nazionale.

⁹⁹ Se le radici "remote" della cittadinanza, intesa come appartenenza dell'individuo alla comunità statale, possono farsi risalire ad Aristotele – che individuava nella partecipazione attiva alla vita della "città" il mezzo per conseguire le più alte virtù umane – il parziale recupero di tale nozione in epoca medioevale avrebbe aperto la strada ad un'ampia e articolata nozione di cittadinanza, idonea a seguire l'evoluzione della stessa nozione di Stato. Sulla relativizzazione del concetto di cittadinanza v. R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Novissimo digesto italiano*, III, 1959, p. 307 ss.

della stessa che appare, peraltro, parzialmente inidonea a soddisfare le necessità di un ordinamento unionistico in fase di ulteriore completamento della sua identità politica¹⁰⁰. Né, tanto meno, alla cittadinanza intesa come uno *status* variabile di diritti e doveri attribuiti alla persona nell’ordinamento giuridico¹⁰¹.

La nozione di cittadinanza dell’Unione europea può più utilmente essere intesa in termini di trattamento privilegiato, da parte degli Stati membri, degli “stranieri” in quanto cittadini dell’Unione europea con la configurazione di uno *status* produttivo di un *corpus* di diritti speciali¹⁰². Il tutto senza dimenticare, come si diceva, che nello stesso ordinamento europeo, con riferimento all’esercizio di determinati diritti di tipo garantistico-partecipativo, si verifichi una parziale sostituzione del criterio sostanziale della residenza al criterio formale della cittadinanza. Ma anche senza trascurare la circostanza che la titolarità di altri diritti (quali quello di circolazione e soggiorno e la tutela diplomatica) può spettare anche a cittadini non appartenenti all’Unione europea.

Si è già ricordato come la richiamata Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, in ragione di una forte connotazione universalistica, tenda a prescindere, in linea generale, da distinzioni riconducibili alla nazionalità o al luogo di residenza. In essa la titolarità dei diritti “fondamentali” garantiti non risulta collegata, in linea di massima, alla nozione di cittadinanza dell’Unione nel quadro del più generale divieto, previsto nell’art. 21, di ogni forma di discriminazione in tal senso.

Nel perdurante dualismo tra cittadinanza nazionale e cittadinanza dell’Unione, come effetto di un’integrazione ancora mista tra Stati e popoli, si delinea, dunque, con (l’adozione e) l’implementazione della direttiva in esame, un costituendo “statuto” del soggiornante di lungo periodo: esso è parte di un più ampio “statuto” dei cittadini dei Paesi terzi che si inquadra nella grande tradizione dei trattati di emigrazione e di lavoro degli inizi del XX secolo, ripresa nella più generale politica migratoria. Il *corpus* dei diritti dei cittadini di Paesi terzi, oggetto tradizionalmente di tutela internazional-nazionale, acquisisce un *surplus* di garanzie nell’Unione europea allorché il possesso di determinate condizioni assurga a fattore “compensativo” dell’inesistenza di un connotato di tipo soggettivo quale la cittadinanza: il tutto a beneficio di un elemento di tipo oggettivo quale la residenza (o, *rectius*, la residenza abituale)¹⁰³.

¹⁰⁰ Sugli elementi di “atipicità” della cittadinanza europea “se parametrata ai connotati ‘tipici’ legati al concetto di cittadinanza modellato sull’esperienza degli ordinamenti statali” v. R. PALLADINO, *Il diritto di soggiorno nel “proprio” Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 331 ss., partic. p. 333.

¹⁰¹ Sulla difficile inquadrabilità della cittadinanza sia nella categoria dei rapporti giuridici che in quella relativa agli *status* v. R. CLERICI, *Cittadinanza*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, 1989, p. 112 ss.

¹⁰² La sua istituzione presenta una chiara finalizzazione a rafforzare la tutela dei diritti e degli interessi dei cittadini dei suoi Stati membri. Il tutto non soltanto come titolarità di posizioni soggettive previste nell’ordinamento europeo ma anche come elemento significativo di qualificazione in senso democratico di quest’ultimo.

¹⁰³ Esempio emblematico della non uniformità delle posizioni delle istituzioni europee rispetto

Purtuttavia, è indiscutibile che la direttiva abbia delineato uno “statuto” per il soggiornante di lungo periodo perseguendo un obiettivo relativamente ambizioso¹⁰⁴ soggetto, peraltro, al frequente rischio di compromissione da parte di alcune normative nazionali di recepimento che “sfruttano” gli ampi margini di discrezionalità ad esse lasciate in alcuni settori. Ve ne è riprova negli analizzati meccanismi di riscossione di contributi richiesti ai cittadini di Paesi terzi che presentano domanda intesa al conseguimento dello *status* di soggiornante di lungo periodo in uno Stato membro e ai cittadini di Paesi terzi che, avendo acquisito detto *status* in uno Stato membro diverso, chiedono di esercitare il loro diritto di soggiorno in tale Stato membro, nonché ai loro familiari che chiedono di essere autorizzati ad accompagnarli o a raggiungerli e che, solo in tempi recenti, hanno trovato censura, in via di infrazione, nella giurisprudenza europea.

In sostanza, si intende dire che, in ragione dell’inevitabile intersecazione di normative nazionali ed internazionali (*rectius*: europee), della citata esclusione dell’ambito di applicazione *ratione personarum* ad alcune categorie di immigrati, della sua limitazione *ratione loci* con la scontata esclusione di Danimarca, Irlanda, Regno Unito (n. 25-26 del preambolo, ove viene esercitato il diritto di *opting out*) e, soprattutto, del carattere concessorio che connota lo stesso non possono non nascere perplessità sulla reale sussistenza di un vero e proprio *corpus* differenziato di diritti di fonte prettamente europea.

Il ravvicinamento tra lo “statuto” del cittadino dell’Unione europea e quello dello straniero, non privi nell’ordinamento unionistico di punti di contatto – alcuni dei quali evidenziabili per contrapposizione rispetto allo “statuto” del cittadino nazionale –, richiede la concorrenza di un insieme di elementi: giuridici e meta-giuridici¹⁰⁵.

Progettare, in senso normativo, un compiuto “statuto” del c.d. immigrato di lungo periodo significa, invero, uscire da una logica di emergenzialità o di attenzione “difensiva” al problema dell’immigrazione attraverso il rafforzamento di quella reciproca fiducia fra Stati membri, presupposto per la conservazione e lo

alla configurazione di forme di “cittadinanza civica” è rappresentato dalla non approvazione, da parte del Parlamento europeo, della proposta di risoluzione (A6-0411/2005 del 15 dicembre 2005) del 1° settembre 2005, sulla quarta relazione della Commissione sulla cittadinanza dell’Unione (1° maggio 2001-30 aprile 2004), COM(2005)389 def., nella quale si indicava il possesso della residenza quale criterio per la concessione agli stranieri del diritto di elettorato attivo e passivo alle elezioni comunali.

¹⁰⁴ Essa ha determinato deboli *follow up* negli ordinamenti degli Stati UE se si tiene conto che nel 2009 i 4/5 dei cittadini aventi lo *status* di SLP vivevano in quattro Paesi tra cui l’Italia.

¹⁰⁵ È noto che, sul piano metodologico, la “dimensione dinamica” della cittadinanza rappresenti “il punto di convergenza degli studi giuridici, sociologici, politologici, economici”, come viene sottolineato, fra gli altri, in C. AMIRANTE, *Cittadinanza (teoria generale)*, in *Enciclopedia giuridica*, XI agg., VI, 2003, p. 3. Benché questi aspetti esulino evidentemente dalla presente indagine non possiamo non accennare alla classica costruzione marshalliana che individua “tre parti o elementi” della cittadinanza e cioè il civile, il politico e il sociale. T. H. MARSHALL, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, 1950, trad. it. a cura di S. MEAZZA, *Cittadinanza e classe sociale*, Roma-Bari, 2002.

sviluppo di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia e per la ricerca di una maggiore coerenza sistematica nella consacrazione di nuovi diritti di mobilità¹⁰⁶.

Significa “denazionalizzazione”¹⁰⁷ del tema dell’immigrazione, con la progressiva riduzione della giurisdizione domestica alla luce della maggiore residualità possibile delle competenze nazionali che si pongano in un rapporto di compatibilità con un diritto dell’Unione europea destinato ad essere meno cedevole.

Significa, altresì, un’applicazione “estensiva” del principio di non discriminazione come garantito dall’art. 19 TFUE e dal citato art. 21 della Carta anche a favore degli immigrati regolari (qualora contrassegnati dal possesso di determinati requisiti che comprovino il “carattere non episodico e di non breve durata” del soggiorno)¹⁰⁸, nonché di quello della parità di trattamento che significativa-

¹⁰⁶ In chiave piuttosto critica sulla libertà di movimento dei cittadini di Stati terzi nell’Unione europea cfr. S. IGLESIAS SÁNCHEZ, *Free Movement of Third Country Nationals in the European Union? Main Features, Deficiencies and Challenges of the New Mobility Rights in the Area of Freedom, Security and Justice*, in *European Law Journal*, 2009, pp. 791-805.

¹⁰⁷ Con riferimento ad una cittadinanza cosmopolita priva di nazionalità v. L. S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione europea*, I, Torino, 2006, II ed., p. 116.

¹⁰⁸ Come attesta costantemente la nostra Corte costituzionale, che ha sottolineato come “al legislatore italiano sia senz’altro consentito di dettare norme, non palesemente irragionevoli e non in contrasto con gli obblighi internazionali, intese a regolare l’ingresso e la permanenza degli stranieri extracomunitari in Italia”. Ed ha altresì soggiunto che “è possibile, inoltre, subordinare, non irragionevolmente, l’erogazione di determinate prestazioni – non inerenti a rimediare a gravi situazioni di urgenza – alla circostanza che il titolo di legittimazione dello straniero al soggiorno nel territorio dello Stato ne dimostri il carattere non episodico e di non breve durata”; una volta, però – ha aggiunto la Consulta – “che il diritto a soggiornare alle condizioni predette non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini” (sentenza n. 306 del 2008, sentenza n. 187 del 2010, sentenza n. 61 del 2011). Sulla base di questo ragionamento – che ha implicato anche il richiamo agli effetti determinati nel nostro ordinamento dal già citato d.lgs. 8 gennaio 2007, n. 3 (di attuazione della direttiva 2003/109/CE) – la Corte ha dichiarato, tra l’altro, l’illegittimità costituzionale dell’art. 80, co. 19, della l. 23 dicembre 2000, n. 388 (disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – legge finanziaria 2001), e dell’art. 9, co. 1, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (T.U. delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) – come modificato dall’art. 9, co. 1, della l. 30 luglio 2002, n. 189, e poi sostituito dall’art. 1, co. 1, del d.lgs. n. 3 del 2007 – nella parte in cui escludono che la pensione di inabilità, di cui all’art. 12 della l. 30 marzo 1971, n. 118 (conversione in legge del d.l. 30 gennaio 1971, n. 5, Nuove norme in favore dei mutilati ed invalidi civili), possa essere attribuita agli stranieri extracomunitari soltanto perché essi non risultano in possesso dei requisiti di reddito già stabiliti per la carta di soggiorno ed ora previsti, per effetto del d.lgs. n. 3 del 2007, per il permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo. La Corte costituzionale ha anche dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 80, co. 19, della l. n. 388 del 2000, nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione agli stranieri legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato dell’assegno mensile di invalidità di cui all’art. 13 della l. 30 marzo 1971, n. 118 (conversione in legge del d.l. n. 5 del 1971). Sull’applicazione del principio di non discriminazione ai cittadini dei Paesi terzi v. C. HUBLET, *The Scope of Article 12 of the Treaty of the European Communities vis-à-vis Third Country Nationals: Evolution at Last?*, in *European Law Journal*, 2009, pp. 757-774; F. IPPOLITO, *Principio di non discriminazione e cittadini extracomunitari*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, pp. 279-299, partic. p. 290 ss. Sulla “émancipation” del principio di non discrimi-

mente informa la disciplina internazionale, europea e nazionale. Il tutto in attuazione non già della procedura *ex art. 25, co. 2, TFUE*¹⁰⁹, ma di quella prevista dall'art. 79, par. 2, lett. a) e b), TFUE, relativo all'adozione, da parte del Parlamento europeo e del Consiglio, delle "misure" relative alle condizioni di ingresso e soggiorno e norme sul rilascio da parte degli Stati membri di visti e titoli di soggiorno di lunga durata, nonché alla definizione dei diritti dei cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro, ivi comprese le condizioni che disciplinano la libertà di circolazione e di soggiorno negli altri Stati membri.

Questo scritto aveva preso le mosse da un interrogativo: la compiuta definizione di uno "statuto" euro-nazionale del soggiornante di lungo periodo, nel più ampio quadro dell'eventuale passaggio, all'interno delle legislazioni nazionali, dallo *ius sanguinis* allo *ius soli* e allo *ius electionis*, come criterio attributivo della cittadinanza¹¹⁰, possono rinvenire un fattore propulsivo nella progressiva realizzazione di uno spazio europeo dei diritti fondamentali?

Il Trattato di Lisbona, nell'effettuare un "cambio di paradigma (...) dal mercato alla cittadinanza"¹¹¹, attraverso la configurazione – peraltro più simbolica che effettiva – di una c.d. "doppia cittadinanza"¹¹², tende ad amplificare la portata semantica e la *vis* giuridica della stessa nozione di cittadinanza europea. Declinandola alla luce di una connotazione "dinamica" le attribuisce un valore intrinseco, strettamente legato all'essenza del soggetto-persona¹¹³.

La progressiva "emancipazione", realizzata sia nel diritto derivato che nella giurisprudenza della Corte di giustizia, della cittadinanza europea rispetto al suo essere funzionale alla libertà di mercato¹¹⁴ appare suscettibile di produrre effetti

nazione per effetto di "convergences parallèles" tra le giurisprudenze della Corte europea dei diritti umani e la Corte di giustizia v. L. POTVIN-SOLIS, *La liason entre le principe de non-discrimination et les libertés et droits fondamentaux des personnes dans le jurisprudences européennes*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 967 ss.

¹⁰⁹ Essa prevede il ricorso alla procedura legislativa "rafforzata" che contempera delibera del Consiglio all'unanimità, previa approvazione del PE, successiva approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali al fine di integrare i diritti di cittadinanza (contenuti nell'art. 17 TFUE).

¹¹⁰ "Scopo ultimo del processo dinamico che farà (o farebbe) dell'UE un'autentica comunità politica", come recitava un progetto di risoluzione del 2005 mai approvato.

¹¹¹ L. MOCCIA, *Cittadinanza europea e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in *La cittadinanza europea*, 2010, p. 115 ss.

¹¹² La "novella" apportata dal Trattato di Lisbona non sembrerebbe conferire un reale valore aggiunto nell'evoluzione dell'istituto con riferimento alla "codificazione" di una "doppia cittadinanza" come era stato avanzato nella prima fase dei lavori della *Convention*. Tra coloro che hanno sottolineato tali aspetti v. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 97.

¹¹³ Sul dinamismo della "figura giuridica" di cittadinanza v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea*, cit., p. 475, che richiama D. O'KEEFFE, *Union Citizenship*, in D. O'KEEFFE, P. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, 1994, p. 106.

¹¹⁴ In tal senso S. GIUBBONI, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, pp. 13-28, partic. p. 13 dove si sottolinea come se "libertà di mercato e cittadinanza sociale formano, almeno all'apparenza, una coppia ossimorica (...) i contenuti sociali della cittadinanza europea sono stati in effetti costruiti a partire da una libertà di mercato".

riflessi anche rispetto ai diritti degli stranieri provenienti da Stati terzi alla luce di una sintesi tra “inclusionary and exclusionary dimensions of citizenship”¹¹⁵: in definitiva, da una cittadinanza europea che rappresenta, da tempo, lo “*status* fondamentale” dei cittadini degli Stati membri a *status* intermedi “with real significance for everyone”¹¹⁶ che assurgano ad “autentico strumento di integrazione sociale”¹¹⁷.

Si può dire che l’avvio di tale processo trovi un primo esempio nell’analizzata pronuncia *Kamberaj*: attraverso il richiamo al rispetto della Carta dei diritti fondamentali nella sua nuova veste di strumento vincolante per le legislazioni interne di recepimento delle direttive europee, la Corte di giustizia è in grado di imprimere un più intenso impulso all’effettivo ravvicinamento tra lo *status* di soggiornante di lungo periodo e quello di cittadino europeo anche in quei settori (quali la previdenza sociale, l’assistenza sociale e la protezione sociale) la cui definizione, in virtù di espressa previsione della normativa europea, sarebbe rimessa agli ordinamenti nazionali.

L’auspicio è che, pur senza “svuotare” la categoria concettuale della cittadinanza¹¹⁸, la corretta applicazione giurisprudenziale della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea¹¹⁹ e la progressiva realizzazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia che, ai sensi dell’art. 67 TFUE, deve

Sulla “forza pervasiva” del rispetto dei diritti fondamentali nel sistema comunitario con conseguenze sulla stessa interpretazione delle pur fondamentali “libertà” del mercato unico v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea*, cit., p. 444.

¹¹⁵ Sulle due dimensioni in un più ampio contributo (che assume come *focus* la protezione dei cittadini dei Paesi terzi dall’espulsione) v. S. MORANO-FOADO, S. ANDREADAKIS, *The Convergence of the European Legal System in the Treatment of Third Country Nationals in Europe: The ECJ and ECtHR Jurisprudence*, in *European Journal of International Law*, 2011, pp. 1071-1088, partic. p. 1074. Sull’affermazione del principio di progressiva inclusione nel diritto europeo delle migrazioni v. A. FARAHAT, *op. cit.*, p. 701 ss.

¹¹⁶ V. EDITORIAL COMMENT, *Two-Speed*, cit., p. 4. Sulla cittadinanza come “status fondamentale” dei cittadini degli Stati membri v. la Corte di giustizia a partire dalla sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, *Raccolta*, p. I-6193.

¹¹⁷ Così il 6° ‘considerando’ della citata direttiva 2011/51/UE.

¹¹⁸ È noto come, nella scienza sociologica, al fine di dare sistemazione teorica ai fenomeni di espansione, sia pur limitata, dei diritti inerenti alla cittadinanza, si siano utilizzati la figura di *denizen* (semicittadino) e il concetto, coniato nel XIV secolo, di *denizenship* (semi-cittadinanza).

¹¹⁹ V., per tutti, A. ROSAS, H. KAILA, *L’application de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2011, p. 1 ss., nonché sulla efficacia giuridica “anticipata” sia consentito il richiamo ad A. DI STASI, *Diritti umani*, cit., partic. pp. 253-257. Non mancano, peraltro, nella giurisprudenza italiana di legittimità, casi in cui l’applicazione diretta dell’art. 34, par. 2, della Carta (prima dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona) si è tradotta nella disapplicazione della normativa interna in ragione della “irragionevolezza della disparità di trattamento, lesiva quindi dell’art. 3 della Costituzione (introdotta dalla disposizione oggetto di scrutinio e cioè l’art. 80, co. 19, l. 23 dicembre 2000, n. 388), tra cittadini ed extra-comunitari regolarmente soggiornanti sul territorio nazionale, sulla base del possesso di documenti differenti” (così Corte di Appello di Firenze, sentenza del 9 giugno 2007, sez. Lavoro) mentre, “con riferimento alla prestazione dell’assegno di invalidità, pur in mancanza del possesso della Carta di soggiorno”, v. Tribunale di Ravenna, sentenza del 16 gennaio 2008.

avvenire “nel rispetto dei diritti fondamentali”, possano costituire un *humus* particolarmente favorevole all’effettiva consacrazione di altri *status* personali complementari rispetto a quello di cittadino dell’Unione europea¹²⁰.

Abstract

The on-going Fragmentation of the European “statute” of Long-term Residents between Market Integration and Socio-political Integration

Within the European Union the change of the structure of national communities because of migrations *lato sensu* (and in particular because of the so-called stabilized migrants) has caused the partial erosion of the traditional dichotomy between the *status* of citizen and that of non citizen (alien) and the increasing marginalization of the principle of reciprocity between States. Such process has been originated by the need of foreigners to be guaranteed in their human rights and their fundamental freedoms, so much referred to in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, of the Court of Justice but also of the Italian Constitutional Court. The respect for such needs, apart from the *status civitatis*, has caused a gradual extension, in favour of non citizens (*rectius*: citizens of Third-Countries), of some rights traditionally reserved for citizens. Such rights are based on a kind of “stabilization” of the migrant in the host State, which causes the gradual weakening of the otherness characteristics compared with itself and the underlying community; they receive a different “gradualization” according to the degree of stability characterizing the link between the migrant and the host State, even if the solutions adopted within the systems of the European States cannot be assimilated.

This article explores the substantive and procedural contents of the “Council Directive 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term resident” as one of the legal steps towards a EU approach on regular immigration. Because of its difficult implementation (witnessed by the Report to the European Parliament and to the Council on the application of this Directive in the Member States of 28 September 2011) we underline the provisional nature of the “statute” of the long-term resident between national citizenship and European citizenship.

At the same time, we consider the most recent developments in European case-law (judgments of the Court in the cases *Kamberaj* and *Commission v. The Netherlands*).

¹²⁰ Il tutto anche attraverso un uso limitato della discrezionalità degli Stati membri e, magari, fino al punto di prefigurare forme di attribuzione della cittadinanza europea agli stranieri residenti di lungo periodo direttamente da parte dell’Unione, come sostiene da tempo parte della dottrina. In questo senso ci sembra si indirizzino le riflessioni di B. NASCIBENE, *La condizione giuridica degli immigrati extra-comunitari: nuove prospettive per la cittadinanza europea*, in *Situazione e destino della doppia cittadinanza*, Treviso, 2001, p. 44 ss., E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea*, cit., p. 437 ss. Secondo quest’ultimo a. l’attribuzione della cittadinanza europea ai cittadini di Paesi terzi, a prescindere delle cittadinanze nazionali, assolve alla funzione di “completare” il riconoscimento dei diritti di cittadinanza che la Carta estende già ai non cittadini in determinate materie oltre alla garanzia dei diritti fondamentali in essa consacrati.

They certainly contribute to implementing the principle of equal treatment especially in sensitive areas such as social security, social assistance and social protection.

We hope that the gradual “emancipation” – carried out both in the derived law and in the jurisprudence of the Court of Justice – of the European citizenship, as regards its being functional to free market, is liable to produce effects also as regards the rights of foreigners coming from Third Countries. In the light of a synthesis between “inclusionary and exclusionary” dimensions of citizenship the passage could be from a European citizenship which has been for a long time the “fundamental status” of the citizens of member States, to an intermediate *status* “with real significance for everyone”, becoming a real instrument of social integration.

Giovanni Moro*, Lucia Mazzuca**, Roberto Ranucci***

The Single Currency and European Citizenship

SUMMARY: 1. The Euro and European Citizenship: Facing the Paradox. – 2. The Other Side of the Euro in Scientific and Policy Literature. – 3. Towards an Empirical Definition of the Dimensions of the Other Side of the Coin. – 4. Conclusions.

1. Generally speaking, social sciences have devoted a considerable attention to money as a non-purely financial object, highlighting its relations with the building blocks of cultures, societies and political communities¹. When talking about money, we deal with a phenomenon with multiple meanings and functions. In being used as the “natural” means of exchange for the purchase of good and services, money absolves other relevant functions, more or less evident², arising from the intrinsic tie bounding it to the community in which it is utilized. Such intrinsic relationship could be simply discovered thinking that money is a *social construction*³, and so that, as other social constructions (e.g. the language), it is connected with being citizen of a certain community.

In light of this premise, we could expect that the introduction of the single currency had been accompanied by a significant share of studies and researches about the implications and impacts of such a watershed event on European citizenship. On the contrary, we soon discover to be facing a paradox, which could be phrased as follows: while the purpose of building European citizenship is the very rationale for the project of the single currency, the Scholars – but also the policy community – have mostly underestimated if not neglected this relation, both in terms of public policy making and discourse and of interpretation and forecasting.

Actually, the considerable attention paid to the euro is related to the evidence (or the failure) of the European project on the single currency, but essentially

* Presidente FONDACA; docente di Sociologia politica nell'Università degli studi di Roma Tre.

** Ricercatore FONDACA.

*** Ricercatore FONDACA.

¹ See for example SIMMEL 1900; KNAPP 1924; DURKHEIM 1939; WEBER 1958; BENDIX 1964; MAUSS 1970; MARX 1972; FRANKEL 1977; ZELIZER 1989; DODD 1994; BEILHARZ 1996; INGHAM 1996, 1998, 2000; WEATHERFORD 1997; HELLEINER 2003; MAURER 2006.

² See VISSOL, forthcoming.

³ I.e. “money exists because we believe it to exist. (...) money comes into existence because human beings assign the function of money to certain entities” (KAELBERER, forthcoming).

considered from a macro-economic perspective: the lion's share in the public and scientific debates is played, indeed, by the sizeable amount of analysis, studies, statements about the economic and financial implications of the adoption of the euro. Conversely, a similar level of attention is found with greater difficulty observing the single currency from a political, cultural and social standpoint, in its multiple connections with the European citizenship-building process.

Moreover, in the case of the euro the lack of a specific focus on what could be named "the other side of the coin" is due to the fact that the single currency, as a citizenship-related topic, is trans-disciplinary. That is, it does not clearly belong to the realm of a specific social science discipline, but is rather a shared field of research. Since no one is its owner, it is easy for it to be forgotten or not considered.

As a natural consequence of all of that, relevant features of the single currency happened to remain hidden, poorly considered and almost not thematized.

In order to fill this gap, the first part of this article will present the main findings emerged from a documentary research conducted by FONDACA between 2010 and 2011, aimed at mapping the existing academic and policy thematizations about the hidden dimensions of the euro. The second part will be devoted to define "the other side of the coin" as an empirical phenomenon.

2. a) *The Research Design and Development*⁴. The research presented in these pages aimed at investigating the level of knowledge about the features characterizing the relationship linking the euro to the building of European citizenship, as considered and thematized in the existing literature, both theoretical and empirical, and in the policy statements and programs. Operationally, such relationship has been investigated through the identification of 4 dimensions⁵, which together compose what we have called "the other side of the coin". They have been defined as follows:

- Cultural Dimension: *the set of values, representations and cultural patterns that are referred to by the currency as a repository of symbols.*
- Social Dimension: *the set of interactions, representations, institutions and communication and exchange relations that give place to a social environment which people using the single currency live in and belong to.*
- Everyday life economy Dimension: *the place in which the single currency acts as a unit of measurement, exchange tool and stock value giving rise to a market.*
- Political Dimension: *the place where the single currency acts as a vector for the political community-building process.*

⁴ For more detailed information on the research's features see MAZZUCA, RANUCCI, 2012.

⁵ The research operations led to add a further category focused on the general aspects concerning the *context and developments of the euro project* (mainly referred to the EMU and euro history and legal framework, to the changeover and to the design of the coins and banknotes), since they have been quite often taken into account in dealing with the other side of the coin's dimensions.

Two main steps were followed to carry out the survey:

1. Gathering of various kinds of web-based documents in English (books, research papers, newspaper articles, communication materials, official acts, etc.) produced from different sources (see later), and of that detected through the survey on Google search engine;
2. Analysis and categorization of the collected documents.

As for the first step, the sources selected for the gathering of the documentation refer to various subjects involved in the broad process of introducing the single currency, playing different roles:

- a. *Institutions* (specifically national governments and EU institutions);
- b. *Banks* (in detail: European Central Bank, national central banks and private banks);
- c. *Consumers' organizations*;
- d. *Media*;
- e. *The scientific community*;
- f. *Think tanks*.

Concerning the second step, the operations aimed at verifying the presence of at least one or more references to “other side of the coin” dimensions, operationally conceived as specified above, into the documents and materials (hereinafter items) gathered through the research activities. Specifically, the presence, or rather, the *diffusion of the attention* towards each dimension in the policy and academic discourse involving the subjects considered in the research was realized by counting the number of *occurrences*⁶ found in the documentation composing the study’s universe.

Since such counting did not take into account the “weight” of the different types of items found through the research, finally an *Index of the Depth for the Other Side of the Coin’s Dimensions*⁷ was calculated in order to measure the extent to which each dimension was handled in an in-depth and detailed way, by the subjects considered in the research.

b) *The Universe of the Identified Items*. The research operations led to a universe of 302 items⁸, referring to the bibliographical categories illustrated in Table 1.

⁶ In the framework of the research, the term occurrence was adopted meaning the presence, in the required item, of a more or less specific reference to one or more dimensions, among those explored by the present survey.

⁷ The components chosen for elaborating the Index were in this order: *books, journal articles, scientific papers* and *research reports*, assuming that these categories are associated with a broader and more in-depth thematization on the dimension or dimensions treated. The Index score has been calculated by assigning different coefficients depending on the component considered, and taking into account the related number of items produced for each dimension.

⁸ Almost a third of the total items identified (102 out of 302) have been produced by institutions, 79 by the scientific community, 52 by the media, 36 by banks, 20 by European think tanks and 10 by consumers’ organisations. 3 items have been produced by other subjects.

Table 1 – The Universe of the Identified Items

Bibliographical categories	No. of items	%
Books	15	4.96
Book's Chapter	2	0.66
Online (Newspaper) Articles	33	10.92
Scientific Papers	70	23.17
Research Reports	16	5.29
Eurobarometer's Reports	47	15.56
Commentaries	3	0.99
Policy Documents	4	1.32
Speeches	24	7.94
Interviews	4	1.32
Press Releases	4	1.32
Booklets	15	4.96
Periodical Articles	21	6.95
Official Acts	17	5.62
Scientific Journal Articles	22	7.28
Conference Workshop's Reports	2	0.66
Other (ppt presentations and newsletter)	3	0.99
Total	302	100,00

Looking at the composition of this universe, what first catches the eye is that it is made up of much more “grey literature” – mainly constituted by the 70 scientific papers and the 22 scientific journal articles – than of books (15 in total). Such data could be interpreted as a predictable indicator showing that the “other dimensions” of the European single currency do not already lie on consolidated knowledge, this still being “under construction”.

Moreover, official acts cover a small share of the total number of items (just 17, little over 5%), suggesting that the strategy of the public institutions was definitely not focused on the euro's hidden dimensions. Nevertheless, the significant share of Eurobarometer reports focused on the issues covered by the present survey (47 in total, more than the 15% of the universe) sheds light on the European Commission's interest in investigating the citizens' opinions about the non-economic aspects related to the introduction and use of the new currency.

Furthermore, a fairly significant share of items is seen to be related to media documentation (online and periodical articles), covering around 18% of the universe.

c) *The Diffusion of Attention and the Level of Depth towards the Hidden Dimensions of the Single Currency.* As previously mentioned, the items that make up the universe were those containing a more or less explicit reference to the political, social, everyday life economy and cultural aspects connected to the introduction and use of the euro. Given that each item could make reference to

one or more dimensions, Table 2 displays the total number of occurrences (and the value in percentage) recorded for each of them, which could be interpreted as an *Index of the Diffusion of the Attention* paid to the dimensions.

Table 2 – Index of the Diffusion of the Attention to the Other Side of the Coin’s Dimensions

Dimension	No. of occurrences in the universe	Share of diffusion (% of occurrences out of the total)
Cultural	74	16.7
Social	87	19.6
Everyday life economy	114	25.7
Political	125	28.1
Context and development of the Euro project	44	9.9
Total	444	100

Leaving out the context and development of the euro project category, it appears clear that the political dimension results the most recurring, covering 28.1% of the total occurrences, while the cultural one is the least present, in the extent of 16.7%. The everyday life economy and the social dimensions cover, respectively, 25.7% and 19.6% of the total occurrences.

An interesting datum is given by the ratio between the total number of the occurrences and the number of items which make up the universe, equal to 1.47. This result highlights the tendency found in the policy and academic literature to focus on one single dimension, thus linking the discourse on the non-economic aspects of the euro to the analysis of the political, *or* cultural, *or* social *or* everyday life economy aspects, considered separately.

In Table 3 the occurrences of dimensions are shown considering the subjects taken into account in the research.

Specifically, the data presented above have been treated focusing on *the level of diffusion of the attention* paid to each of the 4 dimensions (also including the context and development of the euro project’s category). They are presented together with some general considerations arising from the results emerged from the *Index of Depth for the Other Side of the Coin’s Dimensions* (see Table 4).

The level of diffusion of the attention towards the **political dimension** registered relevant data considering institutions, which produced 30.4% of the total occurrences found for the dimension in question, as well as the scientific community and the media, which produced 24% and 22.4% of them respectively. Conversely, consumers’ organizations come out as not being focused on the political issues implied in the process of introduction of the single currency, while think tanks and central banks considered these aspects in significant percentages (in both cases the 11.2% of the total occurrences), even if they are not so high.

Table 3 – Level of diffusion of the attention paid to the dimensions

Subject/ Dimension	Institutions	Banks	Media	Scientific Comm.	Think Tanks	Consumers Org.	Other	Total
Cultural	28 <i>37.8</i>	6 <i>8.1</i>	8 <i>10.8</i>	30 <i>40.5</i>	2 <i>2.7</i>	0	0	74 <i>100</i>
Social	48 <i>55.2</i>	4 <i>4.6</i>	10 <i>11.5</i>	19 <i>21.8</i>	5 <i>5.7</i>	0	1 <i>1.2</i>	87 <i>100</i>
Everyday life economy	46 <i>40.4</i>	17 <i>14.9</i>	17 <i>14.9</i>	18 <i>15.8</i>	5 <i>4.4</i>	10 <i>8.8</i>	1 <i>0.8</i>	114 <i>100</i>
Political	38 <i>30.4</i>	14 <i>11.2</i>	28 <i>22.4</i>	30 <i>24.0</i>	14 <i>11.2</i>	0	1 <i>0.8</i>	125 <i>100</i>
Context and development	25 <i>56.8</i>	7 <i>15.9</i>	2 <i>4.5</i>	9 <i>20.5</i>	0	0	1 <i>2.3</i>	44 <i>100</i>
Total	185	48	65	106	26	10	4	444

Percentages values are in italics

Table 4 – Index of Diffusion and Index of Depth towards the euro’s dimensions

Dimension	Index of Diffusion	Index of Depth
Political	28.1	38.8
Cultural	16.7	18.2
Everyday life economy	25.7	17.5
Social	19.6	9.1
Context and development	9.9	7.9

Moreover, the high score calculated through the Index of Depth (38.8) not only reflects the broad presence of such a dimension found in the bibliographical material covered by the research, but it could further testify to a significant level of knowledge about the political factors implied in the introduction of the single currency, which is so much higher compared to the other dimensions. In general, it could be assumed that the creation of the new currency as the result of a political plan, as well as a major step in the EU institution-building process, have been the clearest and most deeply discussed factors in the public and academic debate since the formalization of the Maastricht Treaty in 1992, thus implying the fairly large interest shown by institutions, the scientific community and the media.

Concerning the **everyday life economy dimension**, institutions show a remarkably high interest in analysing the impact of the introduction of the single currency on consumers, covering 40.4% of the total occurrences detected for such a dimension. It could even be added that given the direct (and quite evident) correlation between the birth of the euro and the dimension in question, a higher level of thematization of the latter would have been expected by the media and consumers organizations⁹, but in particular by banks¹⁰. Moreover, it seems appropriate to note that the very significant attention paid to the everyday life economy dimension by institutions, did not completely avoid the gap between perceived and real inflation, registered after the introduction of the single currency¹¹.

Furthermore, a divergence between the general and specific level of attention (114 total occurrences compared to the 17.5 Index of Depth’s score) to the dimension in question, is apparent. In general, the research findings suggest that the impact of the introduction of the euro on consumers’ pockets constituted one of the most tangible aspects towards which it was possible to direct multiple studies, recommendations and comments (thus explaining the large interest in such an issue detected for institutions, especially the European Commission),

⁹ It should be mentioned, however, that the data on consumers’ organizations is also connected to the disparity of the number of items found for this subject with respect to the others.

¹⁰ It is useful to notice that the research’s operations carried out on the private banks’ websites included in the sample did not produce any relevant results concerning the 4 dimensions. Only one item produced by a private bank, resulting from the survey carried out on Google search engine, was included in the universe, being therefore the “banks” subject predominantly constituted by national central banks and the ECB.

¹¹ See MORO, 2011.

even though such knowledge has not been translated into a more comprehensive understanding of the dimension, it being confined to *ad-hoc* studies mainly produced by central banks.

Considering the **social aspects** related to the introduction of the euro, if the 87 occurrences counted could be in line with the not clearly evident topics related to it, a less non-obvious datum concerns the high level of attention paid by institutions, which produced more than half of the total occurrences found for the dimension in question, if compared with the quantity produced by the scientific community (21.8%), which could be considered below the expected.

In general, the not very large percentage of diffusion (19.6% of occurrences out of the total) is accompanied by the lowest score (9.1) related to the level of depth towards the 4 dimensions, as simply highlighted by the score concerning the books (1.4), the lowest compared also to that pertaining to the context and development's category. What has emerged could imply a rather "short-sighted" knowledge about the social aspects implied in the creation and use of the single currency, which have mostly been dealt with in the European Commission's Eurobarometer reports on public attitudes towards the euro. As already observed, the low level of attention registered by the Index could be, in part, associated with the absence of a more comprehensive discussion developed by the scientific community.

Regarding the **cultural dimension**, it can be easily noted that the scientific community and institutions are the subjects that focused the most on the cultural aspects related to the introduction of the euro, having produced, respectively, 40.5% and 37.8% of the total occurrences found for the dimension in question. On the other hand, consumers' organizations and think tanks seem to ascribe none or very few meanings referring to the cultural sphere to the euro's discourse.

Despite the lowest percentage of diffusion (16.7%) compared to that pertaining to the other dimensions, the dimension in question registered a significant level of going into depth (18.2), being the matter second most profoundly dealt, according to the Index of Depth. This divergence is, in some respects, opposite if compared to that found for the everyday life economy dimension: the emphasis and relevance attributed to the euro as vector of identity and symbolic meanings have been not associated with a large share of bibliographical material, even though we could assume that they have been object of a more in-depth and structured analysis focused on the cultural issues implied in the use of the single currency.

Finally, concerning the **general aspects related to the context and development of the euro's project**, it could be found that institutions paid great attention to such topics, covering 56.8% of the occurrences found for this category. Specifically considering European institutions this data could be read, to a certain extent, as an indicator of the presence of a European policy mainly addressing issues related to the euro changeover. In this case, think tanks and consumers' organizations prove not to be concerned with these aspects, while central banks and the scientific community show a significant interest towards them, covering respectively 15.9% and 20.5% of the total occurrences.

The results coming from the Index of depth could testify a balance between the general and specific level of attention towards this category.

d) *The Need for a Further Step*. The findings presented in these pages arise some questions, which should confirm the paradoxical boundaries in which the relationship between the euro and European citizenship have been placed at the beginning of the article.

Firstly, the results show that the level of attention towards the other side of the coin's dimensions appears to be not completely consistent with the relevance of the issue itself. From this point of view, the prominence of "grey literature" testifies, also, the lack of a defined and consolidate knowledge on the topic.

The same remark arises considering the level of depth of the analysis of the dimensions, beyond the single absolute values calculated through the related Index. The unbalance between the relevance of the other side of the coin issue and the level of depth of its thematization is simply testified by the low number of books dealing with one or more dimensions.

Finally, the research's findings highlight the difficulties found both by the scientific and policy community in identifying the dimensions as being all components of "another side" of the euro. The tendency which emerged is, instead, to treat them as single factors, not belonging to a common cognitive framework within which analyzes them.

In order to overcome these limits, a further effort to define "the other side of the coin" as an empirical phenomenon has to be done. This effort is the object of the next paragraph.

3. As it was seen before, four dimensions linking the single currency to European citizenship can be identified as autonomous though closely related components of the phenomenon:

- A cultural dimension;
- A social dimension;
- An everyday life economy dimension;
- A political dimension.

Each of these dimensions can be better identified focusing on certain elements, that could be considered as observables of it. They are summarized in Table 5.

Table 5 can be considered as the table of content of what follows.

Cultural dimension

The cultural dimension of the single currency has been defined as the set of values, representations and cultural patterns that are referred to by the currency as a repository of symbols. It is the context in which the European identity of individuals using the euro is built¹². The single currency as a medium

¹² BEREZIN, 2003; DELANTY, RUMFORD, 2005; RISSE, 2010.

Table 5 – Dimensions of “The Other Side of the Coin” and their observables

Dimension	Observables
Cultural	<ul style="list-style-type: none"> – Currency as a symbol – Symbols of coins – Symbols of banknotes
Social	<ul style="list-style-type: none"> – Euro as language – Eurozone territory – System of communication relations
Everyday life economy	<ul style="list-style-type: none"> – Euro as calculation benchmark – As a tool of exchange – As a repository of value
Political	<ul style="list-style-type: none"> – Institution-building – Public sphere – Citizenship practices

for the raising of a collective identity can be observed, considering it both as a symbol in itself, and in the sets of symbols represented in coins and banknotes.

As a symbol in itself, the meaning of the single currency is related to the traditional link between currency and state sovereignty. In this sense, the euro can be considered as referring to a new political community. This community, however, is detached from the national one: not *One Nation, One Money*, but rather *One Money, Many Nations*¹³.

As for euro coins and banknotes, it is well known that they have been conceived as a repository of symbols¹⁴, both general (as the 12-star flag) and specific for the new currency. The choice was to put both European and national symbols on the coins, with the aim of representing the EU identity as a mix of national and Community elements, while at the same time it was decided to put images coming from the main architectural traditions shared by Europeans on the banknotes, but with no reference to any real object or place¹⁵.

So, coins show images and symbols related to national traditions on one face, while on the other they display various representations of Europe: as part of the global world; as a set of countries with their own boundaries; as a continent without frontiers.

As for the banknotes, the images portrayed are gates, arches, windows and, more importantly, bridges. It could be stated that these imaginary objects represent the EU well as an example of imagined community¹⁶. In any case, it has been correctly said that the euro allows people to carry Europe in their pocket.

¹³ Kaelberer, 2004.

¹⁴ Shore, 2000, 87-122; Kaelberer, 2004; Delanty, Rumford, 2005, 100; Vissol, n.d.

¹⁵ See also Hyman, 2004.

¹⁶ McNamara, forthcoming; Risse, forthcoming.

What is the set of meanings represented by the euro as a repository of symbols? As could be expected due to the nature of European identity, a plurality of them does emerge. They can be grouped into six categories with Europe as:

- Union of national States;
- Set of national traditions;
- Common cultural heritage;
- System of democratic institutions;
- Continent without borders;
- Bridge towards space and time.

Using a Michael Bruter’s conceptualization (2005, 11-17; 85-87), these meanings can be classified as referring to a civic or cultural and to a cooperative or integrative dimension. According to these conceptual pairs, the sets of meanings represented in coins and banknotes of the single currency can be structured as follows.

Table 6 – References of euro coin and banknote symbols to Civic / Cultural and Cooperative / Integrative Dimensions

<i>Dimensions / Symbols</i>	<i>Civic / Cultural Dimensions</i>	<i>Cooperative / Integrative Dimensions</i>
Union of National States	Civic	Cooperative
Set of National Traditions	Cultural	Cooperative
Common Cultural Heritage	Cultural	Integrative
System of Democratic Institutions	Civic	Integrative
Continent Without Borders	Cultural	Integrative
Bridge Towards Space and Time	Civic / Cultural	Integrative / Cooperative

Source: MORO, 2011, 42.

It is worth noting that the impact of euro symbols on the European identity of individuals takes place also in the case – widespread nowadays – in which the single currency is considered with anger, due to its real or supposed responsibility for the current problems affecting the Eurozone citizens. In other words, the money does not need to be loved in order to reach its identity effects¹⁷.

Social dimension

The social dimension of the single currency can be defined as the set of interactions, representations, institutions and communication and exchange rela-

¹⁷ Kaelberer, 2007.

tions that gives place to a social environment which people using the single currency live in and belong to. From this perspective, the euro can be considered as a communication tool linking people together.

This dimension of the euro can be observed in various elements, three of which seem to have a relevant standing.

The first one is the single currency as a language. In a Union characterized by the “polygamy of languages”¹⁸, the euro is the only existent common language. Like other non-natural languages, it is a system of signs associated with meanings which works as a communication tool. From this point of view, it could be said that those belonging to the Eurozone are “Euro-speaking” countries.

The second element is that the euro has given place to a new territory. Observing the map of the Eurozone, some features can be noticed. Firstly, the Eurozone does not coincide with the territory of the European Union. Before the introduction of the single currency this territory simply did not exist. Secondly, the borders are not clean: there are countries that use the single currency, countries that have opted out though participating in the EMU, countries that are supposed to be going to adopt the single currency, countries that use the euro without being members of the European Union (such as Montenegro or Kosovo). Thirdly, there are countries belonging to this territory that are not adjoining (e.g. Finland and Estonia), so that is not easy to consider the Eurozone as similar to a national territory; but at the same time it is difficult not to recognize it as a specific one.

A third element to be mentioned is the system of relations of communication and exchange the euro has favoured¹⁹. “Communication” and “exchange” in this case would not be considered in an abstract or metaphoric sense, but rather in a fairly material way. This matter has been observed in studying the phenomenon of the migration of coins from one country to another²⁰. Generally speaking, in the long run it is expected that in each Eurozone country half of the coins used will come from abroad²¹.

Linked to the social dimension is the most distinguishing character of European citizenship, namely, freedom of movement. According to recent data, in 2010 almost half (49%) of Eurozone citizens travelled at least once in another Eurozone country; 64% of them maintained that the euro had made it easier to compare prices, 48% that it made it easier and cheaper to travel.²²

¹⁸ BECK,GRANDE 2007, 103; see also BEREZIN, 2003, 16.

¹⁹ See BEREZIN, 2000; HELLEINER 2001.

²⁰ For example, a study on the “Euro Invasion of France” by German, Spanish and Belgian coins (JACOBS, 2007) showed that between June and September 2002 the number of foreign euro in France almost doubled (from 4.7% to 9.2%). In June 20% of Frenchmen had at least one foreign coin in their pocket, while in September there was 48% of them, with relevant differences related to regions and areas (e.g. borders or holiday places).

²¹ MORO, 2011, 58.

²² EUROPEAN COMMISSION, 2010a.

Also from the point of view of “feeling” European, in 2010 45% of Eurozone citizens identified freedom of movement as the most important meaning of the EU for them²³. It was second only to the euro itself, which resulted as the main meaning associated with the EU for 49% of them. In general, freedom of movement and the single currency result as being the two main meanings of what it is to be European (respectively for 45% and 40% of all Europeans).

As for the relation between “being” and “feeling” European, it is worth mentioning that, according to the same 2010 poll, the rate of individuals declaring to feel European citizens was of 66% in the Eurozone and of 54% in the non-euro EU countries²⁴

Everyday life economy dimension

The third dimension has been defined as the one in which the single currency operates as an agent giving rise to a market, which is one of the founding elements of the EU and Community citizenship. This dimension is in fact strictly related to consumption. The link between consumption and citizenship is, among those we are focusing on here, the only actually contested, both by the scientific community (the “market citizenship” argument²⁵), and by social and political actors (“We are citizens, not consumers”).

However, information coming from anthropological²⁶ and historical²⁷ research shows a dense mesh of relations among consumption – and, in general, material culture – and citizenship²⁸. In sum, the citizenship profile alters from time to time also due to changes in consumer patterns and dynamics.

In this framework, it could be said that the concept of the everyday life economy dimension of the single currency could be grasped considering the euro with regard to three roles.

The first one concerns the euro as a unit of measurement or tool of calculation. A simple but very relevant example of this is the data on the extent to which the single currency has become a consumers’ reference point for calculating the value of goods and services. This is evident observing both exceptional purchases, such as buying a house, and ordinary ones, as shown by the following pair of graphs.

²³ EUROPEAN COMMISSION, 2010b.

²⁴ *Ibidem*.

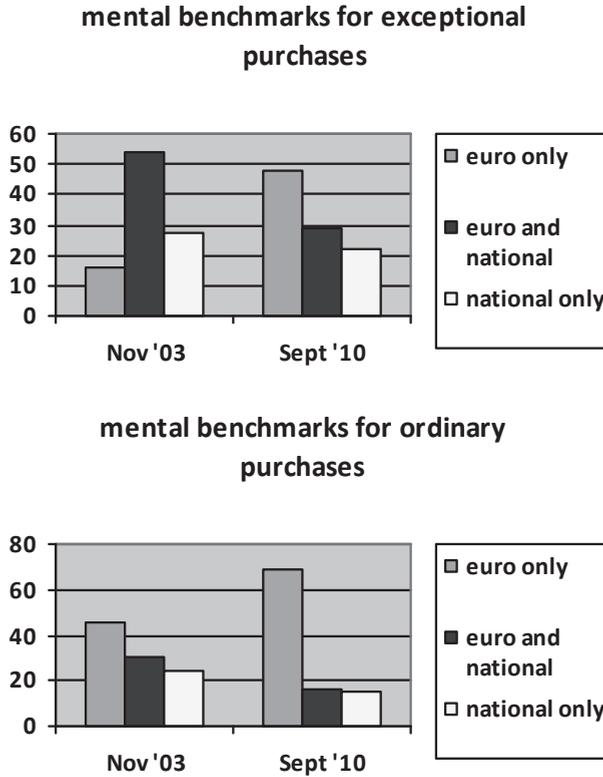
²⁵ See DOWNES, 2001.

²⁶ DOUGLAS, ISHERWOOD, 2001.

²⁷ DAUNTON, HILTON, 2001.

²⁸ Five factors do emerge of special importance: the definition of relevant moralities (the boundary between necessity and luxury); the establishment of a consumers’ constituency in the interplay between active consumers, commercial and political interests and discourses based on consumer-related knowledge and expertise; the definition of the economic system by which goods are brought to consumers; the relationship between the consumer, citizenship and the state (that is, the relation between state intervention in consumption issues and consumers’ participation in the political process) (HILTON, DAUNTON, 2001, 3-5).

Figure 1 – The euro and national currencies as mental benchmarks for exceptional and ordinary purchases, 2003-2010



Source: Adapted from European Commission 2010a.

This data should not be underestimated, not only in itself, but also because of its less intuitive meaning. That is, the euro as unit of measurement works not only to evaluate what is expensive and what is cheap, but also what is right and what is wrong, what is fair and what is unfair, and so on. In other words, the role of the single currency as a unit of measurement goes well beyond the mere evaluation of the price of goods and services; it is rather a general benchmark tool shared by the Eurozone citizens, enabling them to assess, for example, the real accessibility of welfare services, or the value of salaries and then of jobs. The single currency as an everyday life economy dimension is therefore a unit of measurement for several social facts and relations; or, in other words, is “a medium of meaning”²⁹.

Another role that can be identified focusing on everyday life economy dimension of the single currency is that of exchange tool. The empirical aspect of this is self-evident: it lies in commerce, jobs, and enterprises, which have

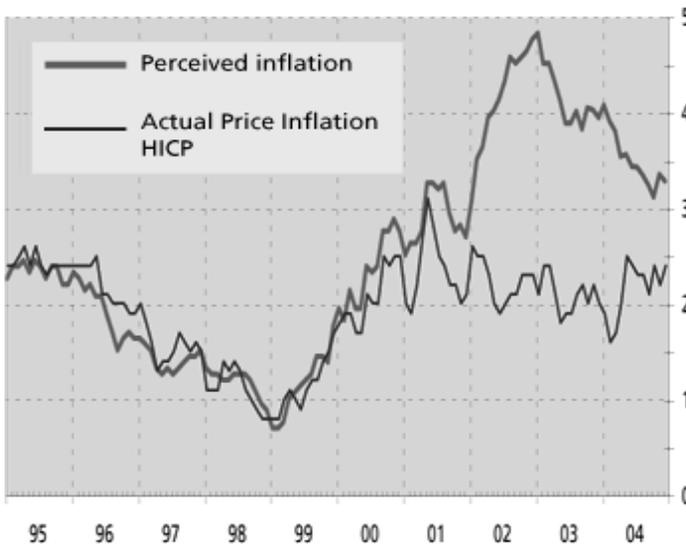
²⁹ BEREZIN, 2000.

risen in the Eurozone intended as a market. It is relevant, from this point of view, that the single currency has eliminated exchange costs, has lowered the costs of bank transfers and has leveled the burden of accessing credit for individuals and enterprises, also acting as an enabling factor.

To sum up, as an exchange tool, the single currency has connected people living or operating in 17 countries, putting them in the position of being actors of a common market. It is noteworthy that, until the changeover, the common market was a matter of fact for financial institutions, big companies, central banks and national governments, though not for common citizens. With the changeover, Europe as a common market became real for the first time for everyone living in a Eurozone country.

A third role of the single currency that can be identified in the dimension of everyday life economy is the one of repository of value of goods and services. In this framework, the well known phenomenon of perceived inflation took place, especially in the first two years after the changeover. It is shown in the Figure 2.

Figure 2 – Actual and perceived inflation in the Euro area, 1995-2004



Source: European Commission 2006

In the first years after the changeover, then, people felt that the value of their money dramatically decreased, due to the increasing prices of goods and services. No matter that this phenomenon regarded mostly proximity and everyday life purchases; nor that it was related to global trends (e.g. the increase of oil or house prices due to 9/11); nor that, while prices of some goods increased, in other cases they decreased³⁰ (e.g. electronics). The way in which the changeover

³⁰ MORO, 2011, 68-97; see also ECB, 2007.

was designed and implemented gave rise to an attribution of value to the currency by the citizens themselves. As a direct effect of that (the euro being, in this case, the moon and not the finger) there was a self-reduction of consumption acts that has been one of the factors of the scant economic growth of the Eurozone. All that means that, independently of the value that institutions (and the market) attach to the single currency, citizens do it by themselves.

Political dimension

The political dimension of the single currency has been defined as the one in which the euro acts as a vector for the construction of European polity and political community. Three observable elements can be noticed here: institution-building; European public sphere; citizenship practices.

As for the institution-building process, the euro can be observed as an agent – perhaps the most important one – of European integration. Borrowing one of Kenneth Dyson’s thematizations regarding EMU³¹, it can be said that the single currency has shaped the integration process since it has prescribed a new policy paradigm: one of a “sound” money and finance. In reference to this paradigm priorities have been defined, policies have been designed, institutions and procedures have been established, public discourse and agenda have been shaped. This paradigm has also given rise to an institutional model, the Eurozone centered on the European Central Bank. Technical-oriented leaderships (or technocrats) have then prevailed over political leaderships, both at Community and national levels, though with concerns for non-financial issues such as economic growth, social rights and fiscal policy (as shown by the case of the Europe 2020 strategy).

Related to the European integration process, the single currency has been the main reference point for the Europeanization of national polities and arenas, where political leaderships have lined up in different ways towards the paradigm of sound money and finance. This happened both on the side of public discourse, with different motivations and thematizations for the introduction of the single currency and on the side of public policies aimed at addressing the new constraints and challenges coming from the euro³².

A second component of the political dimension of the single currency is the European public sphere that in the last ten years – and in particular starting from the 2008 global financial crisis affecting the Eurozone – has clearly been shaped by the single currency itself³³. There is no doubt that the single currency is by far the most debated topic at national and Community levels. Not only political leaderships, public opinion and media, but also citizens and social forces have centered their attention, discourse, and mobilization around the single currency. In other words, the single currency has caused a dramatic growth of the European public sphere, in the sense of a common space where citizens have taken the

³¹ DYSON, 2002.

³² DYSON, 2002, 1 ff.; see also RISSE, 2010, 177-203

³³ See RISSE, 2010, 122-123; 173-174.

floor dealing with their common fate depending on the single currency, in a deliberative-like way.

A third component of the political dimension of the single currency can be noted looking at citizenship practices, intended as the dynamic relations of citizens with the polity³⁴, one of the building blocks of citizenship in general. Of course, citizenship practices do not regard the political dimension alone. As we have already noticed, freedom of movement is undoubtedly such a practice. Nevertheless, in the political dimension specific practices take place and their value should not be underestimated. The most visible, nowadays, are the various forms of public and political participation in the Eurozone turmoil. They range from the efforts of civic organizations to represent constituencies that are the targets of public spending reduction policies but have no voice in decision-making, such as young unemployed, immigrants, deprived communities; to social movements such as the Spanish *Indignados*. But voting is probably the most important citizenship practice related to the single currency. In this regard, it could be said that a relevant connection between institution-building, public sphere and citizenship practices with reference to the single currency can be observed focusing on citizens' participation in elections that took place in the first half of 2012 in France, Germany, Greece and Italy. In all these cases the euro – which was strongly (though not necessarily in depth) debated in the European public sphere as a matter of common, though conflicting, interests – has become the real stake of elections and the citizens' choices have pushed for a change in the euro institutional paradigm, which is currently on the table of European leaders.

The euro citizenship-effect, and vice versa

Having defined the dimensions linking the single currency to European citizenship through their observables, an attempt to formulate some hypotheses on the ways in which this link operates can be done. In addition, some reflections on the reverse relation, that is, the citizenship euro-effect, will be reported as well.

What can be said, then, on the ways in which the single currency shapes European citizenship? Multiple answers can be put on the table.

One kind of answer to this question is that the single currency operates as a citizenship agent in three ways. It acts as a constraint, in the sense that it sets the perimeter and limits into which citizenship is built and can be practiced. Then, it acts as a paradigm, since it establishes the ways in which citizenship can work. Finally, it acts as a cognitive and operational space, where individuals are socialized as European citizens and relate each other and with their polity.

A second kind of answer is that the single currency has an impact on the fundamental components of citizenship. From the point of view of rights, it prioritizes citizens' rights and establishes the material conditions for their exercise.

³⁴ WIENER, 1998.

From that of identity, it builds and reinforces the sense of belonging to the European community, both in terms of “feeling” and “being” European. And from the point of view of participation, it is the stake on which the debate in the European public sphere and both conventional and unconventional political struggle take place.

A third kind of answer is that the single currency shapes the content of European citizenship itself. As a cultural agent, the single currency has defined European identity as a multiple phenomenon, including national and Community as well as civic and cultural elements. As a social agent, the single currency has reinforced the European citizens’ common environment, based on freedom of movement. As an everyday life economy agent, it has materialized the EU as a common market, where citizen consumers exchange not only goods and services, but also interact to build material and non-material value. As a political agent, it has catalyzed the Eurozone as a political community and a common – though in trouble – polity.

With regard to the reverse relation, from citizenship to currency, the most important point to be considered is that European citizenship is a trust agent in favor of the single currency. It means that citizenship has produced the link of common culture and interdependence among individuals that is necessary to make the single currency work³⁵. Without trust among their users no currency could function; and this is of crucial importance in the case of the euro: it could be indeed said that, even if the single currency is a money without a state, it is not without citizens.

Recent polls³⁶ confirm that, while citizens (especially those living in the countries that are at the centre of the storm) do not love the single currency, they do not want going back to their national currencies. A currency – and especially the euro – does not need to be popular to function as a citizenship-building agent.

4. This article aimed at looking at the single currency from a non-conventional perspective, focused on its relations with the European citizenship-building process. These relations regard the cultural, social, political and everyday life economy dimensions of citizenship. In the first part of the article they have been detected in scientific literature and policy documents, trying to check the diffusion and depth of their occurrences in the available material. In the second part an attempt to empirically define these dimensions has been carried out, identifying some observables for each dimension.

Bearing in mind the paradox that has been the starting point of this article – the poor attention devoted to these dimensions vis-à-vis the citizenship-building mission of the euro project – it can be said that the results of the analysis here developed somehow confirm and reinforce this paradox. On one side, indeed, the

³⁵ Kaelberer, forthcoming; see also Servet, 1999; Delanty, Rumford, 2005, 80-81.

³⁶ Pew Research Centre, 2012.

relatively low number of items identified shows a fragmented and non-structured thematization of the citizenship-related dimension of the single currency. On the other side, an empirical approach to the issue makes visible a fabric of strong relations between the euro and Community citizenship, that would be further observed, analyzed and interpreted.

In conclusion, the approach to the single currency that we have tried to outline, would be of the utmost importance, both with reference to the general topic of the relation between money and citizenship in contemporary societies, and with reference to the European integration process and the progress of Community citizenship-building. Scientific community, therefore, would deserve much more attention to this topic, designing and implementing a systematic research agenda. This task could be really helpful for the policy community as well, especially in the present euro turmoil.

Bibliographical References

- T. AMICO, n.d., “*Has the Euro Moved the EU closer towards a Political Federation?*”, www.theothersideofthecoin.eu.
- U. BECK, E. GRANDE, 2007, *Cosmopolitan Europe*, Cambridge: Polity Press.
- P. BEILHARZ, 1996, “*Negation and Ambivalence: Marx, Simmel and Bolshevism on Money*”, *Thesis Eleven* 47 (November): 21-32.
- R. BELLAMY, A. WARLEIGH, 2001, “*Introduction: The Puzzle of EU Citizenship*”, in R. BELLAMY, A. WARLEIGH (eds.), *Citizenship and Governance in the European Union*, 3-18, London, New York: Continuum.
- R. BENDIX, 1964, *Nation-Building and Citizenship: Studies of Our Changing Social Order*, New Brunswick, NJ: Transaction.
- M. BEREZIN, 2000, “*The Euro is more than Money: Converting Currency, Exchanging Identity, and Selling Citizenship in the Post-Maastricht Europe*”, *Center for Society and Economy of University of Michigan Business School Policy Newsletter*, Volume 1, Issue 1, Spring.
- ID., 2003, “*Territory, Emotion, and Identity: Spatial Recalibration in New Europe*”, in M. BEREZIN, M. SCHAIN (eds.), *Europe without Borders. Remapping Territory, Citizenship, and Identity in a Transnational Age*, 1-30, Baltimore, London: The Johns Hopkins University Press.
- M. BEREZIN, M. SCHAIN (eds.), 2003, *Europe without Borders. Remapping Territory, Citizenship, and Identity in a Transnational Age*, Baltimore, London: The Johns Hopkins University Press.
- M. BRUTER, 2005, *Citizens of Europe? The Emergence of a Mass European Identity*, New York: Palgrave Mcmillan.
- M. DAUNTON, M. HILTON (eds.), 2001, *The Politics of Consumption. Material Culture and Citizenship in Europe and America*, Oxford: Berg.
- G. DELANTY, 2000, *Citizenship in a Global Age. Society, Culture, Politics*, Buckingham: Open University Press.
- G. DELANTY, C. RUMFORD, 2005, *Rethinking Europe. Social Theory and the Implications of Europeanization*, London, New York: Routledge.
- N. DODD, 1994, *The Sociology of Money: Economics, Reason and Contemporary Society*, New York: Continuum.

- M. DOUGLAS, B. ISHERWOOD, 2001, *The World of Goods. Towards and Anthropology of Consumption*, London, New York: Routledge.
- T. DOWNES, 2001, "Market Citizenship: Functionalism and Fig-Leaves", in R. BELLAMY, A. WARLEIGH (eds.), *Citizenship and Governance in the European Union*, 93-106, London, New York: Continuum
- E. DURKHEIM, 1939, *The Rules of Sociological Method*, New York: Free Press. First published 1895.
- K. DYSON (ed.), 2002, *European States and the Euro. Europeanization, Variation, and Convergence*, Oxford: Oxford University Press.
- EUROPEAN CENTRAL BANK (ECB), 2007, "Inflazione misurata e percepita nell'area dell'euro", in *BCE Bollettino mensile*, 65-116, May.
- EUROPEAN COMMISSION, 2006, "Adopting the Euro: Economic Communication and Challenge", in *European Economy News*, Issue 2.
- EUROPEAN COMMISSION, 2010a, *Flash Eurobarometer 306. The euro area. Public attitudes and perceptions*, Brussels: European Commission.
- EUROPEAN COMMISSION, 2010b, *Standard Eurobarometer 73. Public Opinion in the European Union*, volumes 1 and 2, Brussels: European Commission.
- S. H. FRANKEL, 1977, *Money: Two Philosophies: The Conflict of Trust and Authority*, Oxford: Basil Blackwell.
- E. HELLEINER, E. GILBERT (eds.), 1999, *Nation-State and Money: the Past, Present and Future of National Currencies*. New York: Routledge.
- E. HELLEINER, 2001, "One Money, One People? Political Identity and the Euro", *Trentu International Political Economy Centre Working Paper 01*
- ID., 2003, *The Making of National Money: Territorial Currencies in Historical Perspective*, Ithaca: Cornell University Press.
- M. HILTON, M. DAUNTON, 2001, "Material Politics: An Introduction", in M. DAUNTON, M. HILTON (eds.), 2001, 1-32.
- J. E. C. HYMANS, 2004, "The Changing Color of Money: European Currency Iconography and Collective Identity", in *European Journal of International Relations*, 10(1): 5-31.
- G. INGHAM, 1996, "Money is a Social Relation", in *Review of Social Economy*, 56(4): 507-529.
- G. INGHAM, 1998, "On the Underdevelopment of the 'Sociology of Money'", *Acta Sociologica*, 41(1): 3-18.
- ID., 2000, "Babylonian Madness: On the Historical and Sociological Origins of Money", in J. SMITHIN (ed.), *What is Money?*, 16-41. London: Routledge.
- E. F. ISIN (ed.), 2000, *Democracy, Citizenship and the Global City*, London, New York: Routledge.
- F. JACOBS, 2007, "The Euro Invasion of France (2002)", bigthink.com.
- M. KAELBERER, 2004, "The Euro and European Identity: Symbols, Power and the Politics of European Monetary Union", in *Review of International Studies*, 30(2): 161-178.
- ID., 2007, "Trust in the Euro: Exploring the Governance of a Supra-National Currency", in *European Societies*, 9(4): 823-842.
- ID., "Trust in the Euro. The Single Currency as Social Construction of an Institutional Fact", in G. MORO (ed.), forthcoming.
- G. F. KNAPP, 1924, *The State Theory of Money*, London: Macmillan.
- K. MARX, 1972, *Manoscritti economico filosofici del 1844*, in K. MARX, F. ENGELS (eds.), *Opere*, III, Roma: Editori Riuniti.

- B. MAURER, 2006, “*The Anthropology of Money*”, in *Annual Review of Anthropology*, 35: 15-36.
- M. MAUSS, 1970, *The Gift*, London: Routledge & Kegan Paul.
- L. MAZZUCA, R. RANUCCI, 2012, “*The Other Side of the Coin: a framework research*”, FONDACA working paper no. 13, www.fondaca.org.
- K. R. MCNAMARA, “*Imaginary Europe: the Euro as Symbol and Practice*”, in G. MORO (ed.), forthcoming.
- G. MORO, 2011, *La moneta della discordia*, (in collaboration with L. Mazzuca and R. Ranucci), Roma: Cooper Editore.
- G. MORO, 2012, *Citizens in Europe. Civic Activism and the Community Democratic Experiment*, New York: Springer.
- G. MORO (ed.), *The Single Currency and European Citizenship. Unveiling the Other Side of the Coin*, London, New York: Continuum, forthcoming publication.
- PEW RESEARCH CENTER, 2012, “*Global Attitudes Project: European Unity on the Rocks*”, pewglobal.org.
- T. RISSE, 2010, *A Community of Europeans? Transnational Identities and Public Spheres*, Ithaca: Cornell University Press.
- ID., “*Two Sides of the Same Coin? The Euro and Europeanization of Collective Identities*”, in G. MORO (ed.), forthcoming.
- V. A. SCHMIDT, 2006, *Democracy in Europe: The EU and National Politics*, Oxford: Oxford University Press.
- ID., “*In the Light and Shadow of the Single Currency: European Identity and Citizenship*”, in G. MORO (ed.), forthcoming.
- J.-M. SERVET, 1999, “*How can European users and Consumers have Confidence in the Euro? Six Socio-Economic Hypotheses*”, in T. VISSOL (ed.), *The Euro: Consequences for the Consumer and the Citizen*, 7-49, Dordrecht: Kluwer Academic Publisher.
- C. SHORE, 2000, *Building Europe: the cultural politics of European integration*, London, New York: Routledge.
- G. SIMMEL, (1900) 1978, *The Philosophy of Money*, London, New York: Routledge.
- G. TAYLOR, 2010, *The New Political Sociology. Power, Ideology and Identity in an Age of Complexity*, London, New York: Palgrave Macmillan.
- T. VISSOL, n.d., *The Euro: Outcome and Element of the European Identity*, Yale Center for International and Area Studies.
- ID., “*The Only Wealth are Human Beings. Currency between Economy and Citizenship*”, in G. MORO (ed.), forthcoming.
- J. WEATHERFORD, 1997, *The History of Money: From Sandstone to Cyberspace*, New York: Three Rivers Press.
- M. WEBER, 1958, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism*, New York: Scribner. First published 1905.
- A. WIENER, 1998, “*European*” *Citizenship Practice. Building Institutions of a Non-State*, Boulder: Westview Press.
- V. A. ZELIZER, 1989, “*The Social Meaning of Money: Special Monies*”, in *The American Journal of Sociology*, 95(2): 342-377.

Abstract

The Single Currency and European Citizenship

Even before it became legal tender, the euro has been and is, today more than ever, the focus of an intense debate in which different voices and positions are interwoven. The considerable attention paid to the single currency is related to the evidence of the success (or the failure) of the European project on the single currency, essentially seen in a macroeconomic perspective: the lion's share in the debate is played, in this sense, by the amount of analysis, studies, statements about the economic changes and financial implications that the adoption of the euro has led and will lead for the economy at the Member States, the European Union and the wider international context levels. There is, however, another side of the euro, which is strongly linked to the citizenship-building process and, paradoxically, results as a less and/or properly thematized matter both by the scientific community and policy makers. In particular, four dimensions of this "hidden side" of the euro can be detected:

- the cultural one, identifying the currency as an instrument to foster a common identity;
- the social one, identifying the euro as a communication and exchange means that ties people in a community based on trust;
- the one of the economy of everyday life, as currencies allow citizens to access to goods and services, to sell and purchase, to measure the value of their own work;
- the political one, as currencies represent the political system that, by emitting them, exercises powers on the behalf of citizens that chose it.

This article attempts to analyse these hidden dimensions by firstly presenting the results of a survey carried out by FONDACA between 2010 and 2011, aimed at investigating the extent to which they have been dealt in the scientific and policy debate. Then, a more analytical reflection on the "other side of the euro" is provided, by analyzing the dimensions as an empirical phenomenon.

Gianpaolo Maria Ruotolo*

La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale

SOMMARIO: 1. La crisi finanziaria ed economica e il diritto dell'Unione europea: regole di disciplina della situazione fisiologica, norme generali di intervento in situazioni patologiche e strumenti *ad hoc* per la gestione della crisi in atto. – 2. Gli obiettivi dell'Unione europea nel settore economico e monetario e la disciplina del quadro economico-finanziario in condizioni fisiologiche. – 3. Le norme generali di gestione delle situazioni economico-finanziarie patologiche: la procedura per eccesso di disavanzo. – 4. *Segue*: i divieti di *bail out*. – 5. Strumenti che aggiornano istituti preesistenti alle esigenze di *management* della crisi in atto: il semestre europeo, il Patto Euro Plus e il *Six Pack*. – 6. Strumenti *ad hoc* per la gestione della crisi: il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria e il Fondo europeo di stabilità finanziaria. – 7. *Segue*: il Trattato sulla stabilità il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria. – 8. *Segue*: il Meccanismo europeo di stabilità. – 9. Conclusioni: le conseguenze delle misure anticrisi sul sistema UE nel suo complesso.

1. La crisi finanziaria ed economica in atto ormai quanto meno dall'estate del 2007, a causa delle sue dimensioni e della sua rilevanza universale, ha imposto praticamente a tutti i membri della Comunità internazionale la ricerca di strumenti idonei a tentare di “governarla”, cioè di impedirne l'aggravarsi e di arginarne le drammatiche conseguenze sull'economia reale. Si è così assistito alla proliferazione di studi esplicativi della crisi commissionati da parte di Stati, organizzazioni internazionali e non governative a studiosi delle più varie branche, studi che si sono andati ad aggiungere alla già sterminata mole di letteratura per così dire puramente accademica¹: sono così emersi essenzialmente quattro “schemi” di spiegazione del fenomeno, che, come vedremo, hanno condizionato, a seconda di quale di essi è stato ritenuto maggiormente condivisibile dal regolatore di turno, le misure adottate per affrontare la crisi medesima.

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Foggia.

¹ In generale sulle situazioni di insostenibilità del debito pubblico cfr. M. C. MALAGUTI, *Se a fallire sono gli Stati*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 213 ss. Cfr. anche A. PETTIFOR (ed.), *The Real World Economic Outlook*, London-Basingstoke, 2003; ID., *The Coming First World Debt Crisis*, London-Basingstoke, 2006; C. WALTER, *Debt Crisis*, in R. WOLFRUM (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2008, www.mpepil.com.

Secondo un primo modello, detto della *debtonation* – espressione che nasce dalla fusione delle parole *debt*, debito, e *detonation*, esplosione – la crisi troverebbe la propria causa originaria nell'eccesso di credito concesso dal sistema bancario statunitense per l'acquisto della casa a privati cittadini che, in realtà, non erano in grado di sostenere il debito assunto (i c.d. mutui *sub-standard* o *sub-prime*); l'insolvenza di questi ultimi avrebbe messo in difficoltà le banche e, per il loro tramite, le società che le avevano assicurate dal rischio di insolvenza dei debitori; le difficoltà si sarebbero poi trasferite sul sistema finanziario nel suo complesso².

Stando ad un'altra ricostruzione, la causa della crisi sarebbe invece individuabile nella sostanziale ipertrofia della finanza mondiale che, in particolare negli ultimi vent'anni, avrebbe assunto dimensioni eccessive rispetto all'economia reale con la creazione di innumerevoli prodotti "sintetici", cioè senza alcuna corrispondente ricchezza sottostante³; la crisi, insomma, non sarebbe stata "un incidente di percorso" ma "una conseguenza inevitabile" della struttura dell'economia e della finanza contemporanee⁴ e in quanto tale, quindi, non sarebbe neppure una crisi in senso stretto, intendendosi con questa espressione la perdita di equilibrio del sistema, quanto il suo approdo per così dire naturale, sebbene perverso.

Un terzo modello esplicativo attribuisce poi la responsabilità della situazione attuale alla crescita delle disuguaglianze economiche, sia tra Nord e Sud del mondo – legata in particolare all'aumento dei prezzi di alcuni prodotti di base, in particolare delle c.d. *commodities*⁵, verificatosi negli ultimi dieci anni – sia all'interno dei Paesi industrializzati, dove si è assistito alla riduzione della percentuale dei salari sul valore complessivo del prodotto interno lordo, contemporaneamente all'aumento di redditi da profitto: ciò avrebbe comportato una stasi della domanda interna che, assieme alla ridotta propensione dei percettori di profitti e rendite agli investimenti produttivi, avrebbe avviato un ciclo di stagnazione dell'economia che sarebbe poi sfociato nella crisi⁶.

Venendo ad argomenti più vicini a quelli di nostro diretto interesse, l'ultimo modello esplicativo invece imputa la responsabilità della crisi alla sostanziale

² Sulle cause della crisi originaria negli Stati Uniti è illuminante il film documentario, premio Oscar 2010, di C. FERGUSON, *Inside Job*, non distribuito in Italia nelle sale, ma pubblicato nella collana *Real Cinema* di Feltrinelli nel 2012.

³ In tal senso è altamente esplicativo, sin dal titolo, il lavoro di J. CROTTY, *If Financial Market Competition is So Intense, Why are Financial Firm Profits so High? Reflections on the Current "Golden Age" of Finance*, University of Massachusetts Working Paper Series n. 134, 2008, reperibile *on line*.

⁴ Cfr. L. GALLINO, *Finanzcapitalismo*, Torino, 2011, p. 45 ss., anche per le espressioni citate tra virgolette; Gallino procede anche ad una classificazione dei vari modelli; sebbene tale classificazione non sia del tutto coincidente con quella da noi effettuata, si fa rinvio all'opera appena citata per un'analisi approfondita dei detti modelli.

⁵ Con l'espressione "*commodity*", come noto, si fa riferimento a quei beni offerti su un mercato, senza differenze qualitative, da diversi operatori; prodotti siffatti, in pratica, hanno caratteristiche identiche indipendentemente da chi li produce; si pensi, ad esempio, a petrolio, latte, metalli.

⁶ J. B. TAYLOR, *The Financial Crisis and the Policy Responses: An Empirical Analysis of What Went Wrong*, National Bureau of Economic Research Working Paper No. 14631, 2009, www.nber.org.

inefficacia della regolamentazione giuridica dei mercati e dei loro operatori, specie finanziari, ma anche a un eccesso di *domestic jurisdiction* degli Stati e alla correlata assenza di vere forme di coordinamento multilaterale delle politiche economiche nazionali, ormai, invece, strettamente interconnesse. Peraltro, mentre secondo alcuni autori tale inefficacia sarebbe stata cagionata, assieme all'incapacità dei legislatori (sia nazionali sia, per così dire, globali) di far fronte alle innovazioni tecnologiche e strutturali della finanza mondiale, dal difetto di regole, secondo altri a creare l'inefficienza del sistema di controllo, e quindi la crisi, sarebbe stato un eccesso delle medesime⁷. Ad ogni modo sarebbero stati i problemi di regolamentazione a consentire la creazione di amplissime zone d'ombra nelle quali gli operatori finanziari avrebbero posto in essere comportamenti eccessivamente spregiudicati tali da condurre al collasso del sistema finanziario globale e, per il tramite di questo, del sistema economico nel suo complesso.

In particolare sulla base di quest'ultimo modello praticamente tutti gli Stati coinvolti hanno adottato *ex post* misure "anticrisi" dal contenuto più disparato ma che, in generale, mirano ad un duplice obiettivo: per un verso esse infatti sono volte alla regolamentazione *materiale* dei comportamenti degli operatori istituzionali e privati, essenzialmente nella speranza di evitare *pro futuro* il ripetersi delle condizioni che hanno rappresentato i meccanismi di attivazione della crisi⁸ e, per l'altro, a intervenire sui mercati, reali o finanziari, per disinnescare le situazioni effetto della crisi stessa.

Provvedimenti siffatti, che sotto il profilo formale hanno assunto quasi sempre la forma di norme di diritto interno, nel caso dei Paesi membri dell'Unione europea (UE), hanno dovuto tener conto del riparto di competenze con l'Unione, di una serie di parametri stabiliti nei Trattati istitutivi nonché, ancora, delle misure poste in essere, per così dire *autonomamente*, dall'Unione stessa.

Il presente contributo mira proprio a chiarire attraverso quali meccanismi *giuridici* le Istituzioni dell'Unione europea sono intervenute per cercare di aiutare gli Stati membri, e soprattutto quelli dell'area euro, ad affrontare la crisi; tali meccanismi sono disciplinati da norme di diritto primario, contenute nel Trattato sull'Unione europea (TUE) e nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), da norme di diritto derivato e finanche da norme formalmente esterne all'ordinamento dell'Unione, contenute in accordi internazionali conclusi tra alcuni Paesi membri⁹.

⁷ In una prospettiva ultraliberista v. P. VAN DOREN, J. GOKHALE, *Would a Stricter Fed Policy and Financial Regulation Have Averted the Financial Crisis?*, Cato Institute Policy Analysis n. 648, 2009, www.cato.org, nonché i numerosi studi dell'*American Enterprise Institute for Public Policy Research*, www.aei.org.

⁸ Sull'importanza delle regole al fine di gestire la crisi in atto ed impedirne di analoghe in futuro, cfr., da ultimo, F. VELLA, *Capitalismo e finanza*, Bologna, 2011, *passim*.

⁹ Per un esame delle conseguenze della crisi economica sulle maggiori organizzazioni internazionali v. invece M. FRIGESSI DI RATTALMA, *La riforma della governance mondiale nel tempo della crisi*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, p. 211 ss.

Volendo poi prescindere dal loro grado gerarchico e con riguardo alla loro funzione, le disposizioni in questione, che riguardano essenzialmente la politica economica e monetaria di Unione e Stati membri, ci pare possano essere suddivise in tre categorie: nella prima si possono raggruppare le norme volte a disciplinare le politiche in questione in condizioni fisiologiche: tra queste, in particolare, si segnalano quelle che istituiscono il Sistema europeo di banche centrali (SEBC) nonché quelle che dettano a Paesi membri ed Istituzioni UE determinati criteri di comportamento volti essenzialmente a garantire la compatibilità tra gli obiettivi UE e quelli dei singoli Stati; in un secondo gruppo faremo rientrare invece tutte le norme volte ad istituire meccanismi di gestione di eventuali situazioni patologiche in ambito economico e monetario, ma che non sono state specificamente adottate con riguardo alla crisi; nel terzo gruppo, infine, riteniamo di poter inserire tutti gli strumenti creati *ad hoc* per la gestione della crisi finanziaria ed economica in atto. All'interno di questo ultimo gruppo, poi, ci pare opportuno procedere all'ulteriore distinzione di due sottocategorie di misure, quelle che hanno inteso "aggiornare" alle nuove esigenze di gestione della crisi istituti e meccanismi giuridici preesistenti (tra le quali si segnalano in particolare il c.d. Patto Euro Plus, il *Six Pack* e il c.d. semestre europeo) e quelle che hanno invece creato nuovi meccanismi, concepiti *ad hoc* (come il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, il Fondo europeo di stabilità finanziaria, il Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria e il Meccanismo europeo di stabilità)¹⁰.

2. Ricordiamo che l'Unione europea si prefigge obiettivi economici improntati ad un approccio che, con una qualche approssimazione, potremmo definire di capitalismo sociale; infatti, ai sensi dell'art. 3, par. 3, TUE, essa persegue lo sviluppo sostenibile attraverso una crescita economica equilibrata e la stabilità dei prezzi, mediante un'economia sociale di mercato che miri alla piena occupazione e al progresso sociale. Come noto, in questo contesto, a partire dal 2002 una parte dei Paesi membri ha istituito un'unione monetaria che attualmente conta 17 membri e la cui moneta è l'euro (cfr. art. 3, par. 4, TUE); tale unione ha comportato per un verso, almeno per quanto riguarda gli Stati che hanno adottato l'euro, il completo trasferimento all'Unione delle competenze in materia di politica monetaria (art. 3, par. 3, lett. c, TUE) e per l'altro la necessità che gli Stati membri procedessero ad un più stretto coordinamento delle proprie politiche economiche, comunque rimaste autonome¹¹.

¹⁰ Il presente lavoro intende analizzare i meccanismi anticrisi esistenti, senza esaminare e valutare le proposte *de jure condendo*, come quella dei c.d. Eurobonds, su cui cfr. A. Q. CURZIO, *On the Different Types of Eurobonds*, in *Economia politica*, 2001, n. 3, p. 279 ss.; G. PERONI, *Il Trattato di Lisbona e la crisi dell'Euro: considerazioni critiche*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 971 ss.

¹¹ In generale cfr. M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, *La politica economica e monetaria*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Milano, 2010. Sull'unione monetaria cfr. S. CAFARO, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche eco-*

Dal primo gennaio 1999, quindi, l'Unione europea, essenzialmente per il tramite della Banca centrale europea (BCE) e del Sistema europeo di banche centrali¹², è competente in via esclusiva ad adottare tutti gli strumenti di disciplina di moneta, credito e finanza e, in particolare, a fissare i tassi di interesse, nonché a regolare la quantità di moneta in circolazione¹³, residuando agli Stati membri il solo compito di dare applicazione alle decisioni dell'Unione. Va chiarito che il SEBC, ai sensi dell'art. 127 TFUE, condivide con l'UE nel suo complesso l'obiettivo generale del "mantenimento della stabilità dei prezzi" nel rispetto dei principi di economia di mercato e della libera concorrenza e deve favorire una più efficace allocazione delle risorse oltre a sostenere le politiche economiche generali dell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi definiti nell'art. 3 TUE, di cui si è già detto.

Tutte le disposizioni finora citate ritengono priorità assoluta il mantenimento della stabilità dei prezzi e ciò rispecchia l'opinione largamente condivisa secondo cui tale stabilità rappresenta lo strumento più efficace mediante il quale la politica monetaria può favorire la crescita economica, la creazione di occupazione e, così, una maggiore coesione sociale. Peraltro è previsto che detto obiettivo vada perseguito nel rispetto di una serie di principi, fissati nell'art. 119 TFUE; vedremo più avanti quali essi siano, limitandoci, per il momento, a sottolineare come i medesimi vincolino le attività di Unione e Stati membri con riguardo non solo alla politica monetaria, ma anche alla politica economica.

Con quest'ultima espressione, come noto, si fa riferimento all'insieme di misure, ivi comprese quelle di natura fiscale, adottate dai poteri pubblici al fine di influenzare l'andamento del sistema economico per raggiungere determinati obiettivi prestabiliti: in materia, allo stato attuale del riparto di competenze sancito nei Trattati istitutivi, l'Unione europea detiene solo il potere di procedere al coordinamento delle politiche, comunque autonome, dei Paesi membri (art. 2,

nomiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea, Milano, 2001; R. BASSO, *L'interazione tra la disciplina dell'unione economica e monetaria e quella delle cooperazioni rafforzate*, in *Comunicazioni e studi*, 2002, p. 468 ss. e, più di recente, V. MICHELET, *La Constitution économique de l'Union européenne: approfondissement de la Constitution économique de l'Union européenne: l'Union Économique et Monétaire*, in O. DEBARGE (dir.), *La Constitution économique de l'Union européenne*, Bruxelles, 2008, p. 201 ss. Sui limiti dell'integrazione monetaria cfr. da ultimo S. CAFARO, *The Missing voice of the Euro. Legal, technical and political obstacles to the external representation of the Euro area*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 895 ss.; C. TOMUSCHAT, *The Euro – A Fortress Threatened from Within*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *op. cit.*, p. 275 ss.

¹² A. MALATESTA, *Unione Monetaria, Banca Centrale Europea e allargamento dell'Unione Europea*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *Il futuro dell'Unione Europea: sviluppi nelle sue politiche*, Padova, 2004; C. ZILIOI, *La Banca centrale europea*, Milano, 2007; L. LAURENTI, *La Banca centrale europea e l'euro: storia, analisi, prospettive*, Roma, 2009; F. PAPADIA, C. SANTINI, *La Banca centrale europea*, Bologna, 2011. È il caso di sottolineare come il SEBC esisterà solo finché vi saranno Paesi membri dell'UE che non hanno adottato l'euro.

¹³ Cfr. la pubblicazione ufficiale della BANCA CENTRALE EUROPEA, *La politica monetaria della BCE*, Frankfurt am Main-Roma, 2005.

par. 3, e art. 5 TFUE); peraltro è il caso di sottolineare da subito come proprio la necessità di una gestione “collettiva” della crisi abbia impresso, da ultimo, una forte accelerazione all’integrazione in questi settori.

Per raggiungere gli obiettivi di cui all’art. 3 del TUE, quindi, l’art. 119 TFUE prevede che l’Unione si doti di una politica economica definita alla luce di obiettivi comuni all’Unione europea e ai Paesi membri la quale sia basata sullo stretto coordinamento tra loro delle politiche economiche di questi ultimi¹⁴.

Il par. 3 del medesimo articolo, che, come abbiamo appena detto, è applicabile sia alla politica monetaria che a quella economica, provvede poi a fissare i parametri direttivi delle azioni di Unione e Stati: in primo luogo la disposizione fa nuovamente riferimento al principio della stabilità dei prezzi, della cui centralità si è detto, e quindi impone a Unione e Stati membri di avere condizioni monetarie e finanze pubbliche sane (e, come vedremo, proprio la definizione normativa delle condizioni in presenza delle quali le finanze pubbliche possono dirsi “in buona salute” costituisce uno dei principali risultati raggiunti dagli Stati membri col c.d. *Fiscal Compact* del 2012; cfr. *infra*, par. 7) nonché una bilancia dei pagamenti sostenibile. Quella in esame è una disposizione che, stante la sua natura programmatica, è certamente priva dei requisiti per produrre effetti diretti, ma che dovrebbe costituire il parametro di valutazione della legittimità del comportamento di Istituzioni e Stati membri nei settori indicati, quanto meno nel senso di delimitarne la discrezionalità normativa e amministrativa.

Il successivo art. 120 TFUE impone poi agli Stati membri di attuare le loro politiche economiche autonome in modo da contribuire al raggiungimento degli obiettivi dell’Unione rispettando altresì gli indirizzi di massima adottati dal Consiglio ai sensi dell’art. 121 TFUE; quest’ultimo contempla un meccanismo di controllo multilaterale delle politiche economiche dei Paesi membri fondato sul presupposto che le medesime siano “una questione di interesse comune” e vadano quindi coordinate in seno al Consiglio UE.

A tal fine il Consiglio medesimo, facendo seguito a una raccomandazione della Commissione, provvede a elaborare un pacchetto di criteri generali per indirizzare le politiche economiche di Stati membri e Unione e lo trasmette al Consiglio europeo che, sulla base di tali criteri, adotta un atto che formalizza le sue conclusioni in merito agli indirizzi di politica economica da suggerire a Stati e Unione; è sulla base di tali conclusioni che il Consiglio adotta, quindi, una raccomandazione che definisce i suddetti indirizzi di massima e ne informa il Parlamento europeo.

Già nell’architettura dei Trattati istitutivi, quindi, il Consiglio europeo, massima istanza politica dell’Unione, detiene un ruolo di primo piano nella definizione degli obiettivi di politica economica di Stati e UE; peraltro, come vedremo, le misure adottate per fronteggiare la crisi addirittura accrescono questa centralità, con conseguenze di non poco conto sugli equilibri del sistema UE e dei rapporti interistituzionali.

¹⁴ Art. 119, par. 1, TFUE.

Ad ogni modo, alla natura giuridica della raccomandazione adottata dal Consiglio UE, caratterizzato quale atto tipico non vincolante, corrisponde l'assenza di ogni potere sanzionatorio delle Istituzioni nei confronti degli Stati che non vi si dovessero uniformare: infatti, il successivo par. 4 del medesimo articolo consente alla Commissione – qualora dovesse constatare l'esistenza di politiche economiche statali non coerenti con gli indirizzi di massima adottati dall'UE o idonee a compromettere il buon funzionamento dell'unione economica e monetaria – esclusivamente di rivolgere allo Stato in questione un mero avvertimento. Successivamente il Consiglio, su richiesta della Commissione, potrà indirizzare al medesimo Stato membro le necessarie raccomandazioni, che in questa fase dalla procedura saranno tenute riservate e, solo in caso di perdurante incoerenza e ancora su proposta della Commissione, potranno essere rese pubbliche, con probabili ripercussioni negative sulla credibilità dello Stato in questione.

È il caso di sottolineare sin d'ora, però, come al Consiglio europeo del 9 dicembre 2011, i capi di Stato e di governo dell'area euro (il c.d. Eurosummit) si fossero impegnati ad adoperarsi “a favore di una politica economica comune” nonché a definire una “procedura volta ad assicurare che tutte le importanti riforme di politica economica programmate dagli Stati membri della zona euro” fossero discusse e coordinate. Nella medesima occasione, peraltro, il Consiglio europeo aveva dichiarato di voler esaminare in tempi ristretti le proposte della Commissione relative al monitoraggio e alla valutazione dei documenti programmatici di bilancio e degli strumenti di correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro, e al rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri che si trovino o rischino di trovarsi in gravi difficoltà per quanto riguarda la loro stabilità finanziaria nella zona euro¹⁵. Gli Stati membri si impegnavano altresì a cercare forme di approfondimento dell'integrazione fiscale: ciò ha portato alla pubblicazione, il 10 gennaio 2012, di una bozza di accordo sulla “stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria”, che è poi stato firmato il 31 gennaio 2012 e di cui daremo dettagliatamente conto nel prosieguo, al par. 7.

Alla luce di quanto appena detto, quindi, appare evidente l'intento del Consiglio europeo di indirizzare l'intervento complessivo dell'UE per la gestione della crisi, essenzialmente verso l'imposizione di limiti alla sovranità dei Membri su tre punti nevralgici: le politiche economiche in generale, quelle di bilancio in

¹⁵ Le due proposte legislative presentate dalla Commissione, unitamente all'indagine annuale sulla crescita 2012 e al libro verde sugli *stability bonds*, il 23 novembre 2011, mirano a completare e rafforzare il c.d. *Six Pack* dell'8 novembre 2011 (su cui cfr. *infra*, par. 5), e sono rappresentate da una proposta di regolamento sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri che affrontano o sono minacciati da serie difficoltà per la propria stabilità finanziaria nell'eurozona (COM(2011)819 def.) e da una proposta di regolamento recante disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei progetti di bilancio e per assicurare la correzione dei disavanzi eccessivi degli Stati membri nell'eurozona (COM(2011)821 def.). Entrambe le proposte sono, al momento in cui scriviamo, nel corso dell'*iter* di approvazione.

maniera più specifica e, quindi, le politiche fiscali; tali punti, in effetti, sono quelli poi interessati dalla norme *ad hoc* di cui diremo.

3. L'ordinamento dell'Unione europea prevede poi alcune disposizioni generali – cioè non pensate *specificamente* per la gestione della crisi in atto – volte alla regolamentazione delle situazioni economico-finanziarie, per così dire, patologiche: tali disposizioni da un lato consentono all'Unione di imporre agli Stati membri determinati comportamenti virtuosi, soprattutto in materia di bilanci pubblici, e dall'altro le permettono di intervenire direttamente per soccorrere quei Paesi che, malgrado i tentativi pur effettuati in tal senso, non siano riusciti unilateralmente ad uscire da situazioni di difficoltà.

Nel novero del primo gruppo di disposizioni è certamente possibile ascrivere l'unica eccezione contenuta originariamente nel sistema dei Trattati al difetto di potere sanzionatorio dell'UE rispetto alle condotte dei Paesi membri in materia economica, costituita dalla c.d. procedura dei disavanzi eccessivi dei bilanci pubblici: come noto il c.d. Patto di stabilità e crescita intercorso tra i Paesi dell'Area Euro¹⁶ prevedeva che questi dovessero mantenere il rapporto tra disavanzo e prodotto interno lordo entro il 3%¹⁷ e quello tra debito pubblico e prodotto interno lordo entro il 60%¹⁸.

¹⁶ Con l'espressione PSC si fa complessivamente riferimento alle norme per la *governance* economica dell'Area Euro preesistenti rispetto al Trattato del 2012 e, in particolare, alle condizioni imposte ai Paesi membri per accedervi e restarvi: al riguardo rilevano, oltre all'art. 126 TFUE, di cui si dirà appresso, il Protocollo n. 12 sulla procedura dei disavanzi eccessivi allegato ai Trattati, il regolamento (CE) n. 1466/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per il rafforzamento della sorveglianza delle posizioni di bilancio nonché della sorveglianza e del coordinamento delle politiche economiche, *GUCE* L 209, 2 agosto 1997, p. 1 ss., come da ultimo modificato dal regolamento (UE) n. 1175/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, *GUUE* L 306, 23 novembre 2011, p. 12 ss. e il regolamento (CE) n. 1467/97 del Consiglio, del 7 luglio 1997, per l'accelerazione e il chiarimento delle modalità di attuazione della procedura per i disavanzi eccessivi, *GUCE* L 209, 2 agosto 1997, p. 6 ss., modificato dal regolamento (UE) n. 1177/2011 del Consiglio, dell'8 novembre 2011, *GUUE* L 306, 23 novembre 2011, p. 33 ss. Nel novembre 2011, peraltro, le Istituzioni UE avevano già provveduto ad aggiornare le disposizioni in questione alle nuove esigenze dettate dalla crisi e ad aggiungervi il regolamento (UE) n. 1174/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro, *ivi*, p. 8 ss., e la direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, *ivi*, p. 41 ss. In seguito alle modifiche apportate alla fine del 2011 si è parlato di "patto di stabilità rivisto"; per quest'ultima definizione cfr., da ultimo, il Preambolo del Trattato sulla *governance*, su cui v. *infra*, par. 7.

¹⁷ Come noto il disavanzo, o *deficit*, è la differenza esistente in un bilancio pubblico tra entrate e uscite nel corso di un anno finanziario, mentre il debito pubblico è la somma di tutti i disavanzi accumulatisi negli anni.

¹⁸ I valori in questione sono contenuti nel Protocollo n. 12 citato alla nota 16, il quale, peraltro, ne consente un'applicazione flessibile in presenza di elementi idonei ad indicare che lo "sfioramento" da parte di un Paese membro sia solo temporaneo e comunque in via di soluzione. In particolare è prevista la possibilità di consentire temporaneamente la violazione dei parametri del patto se: 1) il superamento della soglia prevista del 3% abbia natura del tutto eccezionale, sia stato determinato da eventi completamente estranei al controllo dello Stato in questione ed abbia rilevanti ripercussioni sulla situazione finanziaria della pubblica amministrazione o, ancora, sia stato causato da una grave

Ai sensi dell'art. 126 TFUE, in caso di sfioramento dei limiti imposti, la Commissione è competente ad avviare dapprima una procedura cautelare di preavviso (c.d. *early warning*) e, quindi, successivamente, una fase di merito, concretamente sanzionatoria. È anche il caso di chiarire come tali norme vadano opportunamente coordinate con quelle contenute nel Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria del 2012 e, come vedremo, si tratterà di un'operazione piuttosto complessa.

Stando ai Trattati, comunque, nella fase di *early warning*, qualora la Commissione ravvisi l'esistenza di un *deficit* eccessivo da parte di un Paese membro o tema che vi sia un rischio siffatto¹⁹, provvede a trasmettere al Comitato economico e finanziario²⁰ una sua relazione per la formulazione di un parere e quindi comunica direttamente allo Stato interessato – che è titolare di un diritto di replica – un parere motivato, di cui informa il Consiglio. Quest'ultimo, deliberando a maggioranza qualificata e tenute nel debito conto le osservazioni eventualmente formulate dallo Stato interessato, adotta una decisione con la quale statuisce in merito all'esistenza del rischio di disavanzo o alla sua effettiva sussistenza e, nel caso, indirizza senza ritardo allo Stato in questione raccomandazioni riservate – cioè non pubbliche – al fine di indurlo bonariamente ad adottare misure idonee a far cessare la situazione contestata entro un determinato periodo. Qualora lo Stato membro non dovesse dare seguito alle indicazioni ricevute entro i termini stabiliti dal Consiglio, quest'ultimo potrà legittimamente decidere di rendere pubbliche le sue determinazioni (cfr. art. 126, par. 8, TFUE).

Se poi il medesimo Stato dovesse perseverare nella mancata ottemperanza agli indirizzi ricevuti, il Consiglio, passando alla fase concretamente correttiva, potrà dapprima intimargli l'adozione di misure idonee alla riduzione del disavanzo e, al contempo, pretendere il deposito di relazioni periodiche di monitoraggio; successivamente, in caso di perdurante inerzia del Paese indagato, il Consiglio potrà decidere di comminare in suo danno sanzioni che, nell'elencazione contenuta nel par. 11 dell'art. 126 TFUE, potranno sostanziarsi in un invito indirizzato alla Banca europea per gli investimenti (BEI) a riconsiderare

recessione economica; 2) il rapporto tra debito e PIL stia diminuendo in modo sostanziale e continuo e si stia così avvicinando al valore desiderato; 3) il rapporto tra disavanzo e PIL si stia riducendo in modo sufficiente, avvicinandosi con ritmo adeguato al valore di riferimento. I valori in questione, ed in particolare quello relativo al rapporto disavanzo/PIL, ad oggi, vanno coordinati con quelli contenuti nel Trattato sulla *governance*: quest'ultimo, infatti, pur non modificando espressamente i valori del PSC prevede, per il rapporto disavanzo/PIL, la soglia più rigida dello 0,5%.

¹⁹ Ricordiamo che il regolamento (CE) n. 479/2009 del Consiglio, del 25 maggio 2009, relativo all'applicazione del protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi, allegato al Trattato che istituisce la Comunità europea, *GUUE* L 145, 10 giugno 2009, p. 1, impone agli Stati membri di comunicare alla Commissione ogni 1° aprile e 1° ottobre il disavanzo pubblico eventualmente previsto e quello effettivo.

²⁰ Il Comitato economico e finanziario, che ha sostituito a partire dal 1° gennaio 1999 il Comitato monetario, è competente a formulare pareri su richiesta del Consiglio e della Commissione nelle materie di sua competenza; esso è composto da un massimo di sei membri, designati per un terzo dagli Stati membri, un terzo dalla Commissione ed un terzo dalla BCE.

la sua politica di prestiti verso lo Stato sanzionato, nel pretendere che quest'ultimo proceda ad un deposito infruttifero di importo adeguato presso l'Unione fino a quando, a parere del Consiglio, il disavanzo eccessivo non sia stato corretto, in ammende commisurate al livello dell'infrazione, nonché nell'imporre allo Stato in questione di pubblicare informazioni supplementari prima di procedere all'emissione di obbligazioni o altri titoli. Si tratta di una delle disposizioni che, quanto meno per i Paesi firmatari del Trattato sulla *governance* del 2012, perde di rilevanza, dal momento che quest'ultimo, al fine di coordinare meglio la pianificazione delle emissioni di debito nazionale, all'art. 6 impone loro, indipendentemente da ogni procedura sanzionatoria a loro carico, di produrre alla Commissione e al Consiglio europeo un rapporto *ex ante* dei loro piani di emissione di titoli di debito.

Peraltro il processo di controllo in esame, scandito secondo uno schema distinto in due fasi, se considerato unitamente ad altre procedure, anch'esse suddivise in *two steps*, come ad esempio la procedura di infrazione di cui agli art. 258 e ss. TFUE²¹, quella prevista dall'art. 7 TUE per sanzionare la violazione dei diritti fondamentali da parte dei Paesi membri²², nonché la procedura valutativa della violazione di norme di diritto *antitrust*, ci induce ad ipotizzare l'emersione di una sorta di *modello normativo bifasico*, che le Istituzioni dell'UE tendono ad utilizzare ogni qual volta intendano disciplinare, sotto il profilo procedurale, l'esame di comportamenti degli Stati membri che potrebbero aver violato disposizioni di diritto UE.

Mette conto rilevare, poi, come in occasione del Consiglio europeo del 9 dicembre 2011 i Capi di Stato e di governo dei Paesi che hanno adottato l'euro avessero dichiarato l'intenzione di irrigidire la procedura in parola, prevedendo una sorta di automaticità delle sanzioni proposte dalla Commissione, che sarebbero state evitate solo con il consenso di tutti i Paesi della zona euro: a causa del mancato raggiungimento dell'unanimità, però, non è stato possibile procedere alla modifica in tal senso del TFUE, e quindi la previsione di un meccanismo siffatto è stata inserita nel Trattato sulla *governance* del 2012. Come vedremo meglio più avanti, si tratta di un'altra disposizione che, proprio a causa del suo mancato coordinamento con le previsioni del TFUE, sia sotto il profilo dell'am-

²¹ Si riferisce alla procedura in questione come ad un "modello" anche G. GUIDO, *Il modello comunitario della procedura di infrazione e il deficit di sindacato di legittimità dell'azione amministrativa in Italia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 705 ss.

²² Sulla procedura di cui all'art. 7 TUE ci permettiamo di rinviare ai nostri scritti *Sulla tutela dei diritti fondamentali del nuovo assetto dell'Unione europea: le sanzioni agli Stati membri*, in *Filosofia dei diritti umani – Philosophy of the Human Rights*, 1999, p. 76 ss., e *Le sanzioni dell'Unione europea contro la violazione dei principi fondamentali alla luce del trattato di Nizza*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Foggia*, Milano, 2005, p. 1023 ss. Adde, più di recente, U. VILLANI, *Osservazioni sulla tutela dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e stato di diritto nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 27 ss., e in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo dell'Olio*, Torino, 2008, II, p. 1851 ss. La medesima procedura è evocata anche da A. LIGUSTRO, *La democrazia in Italia è in pericolo! Può salvarci l'Europa?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2011, p. XV ss.

bito di applicazione soggettivo, sia sotto quello oggettivo del contenuto materiale delle norme, rischia di creare qualche incertezza in sede applicativa, incertezza che, tuttavia, a nostro avviso potrebbe essere aggirata considerando le norme del Trattato sulla *governance* – le quali, come vedremo, esplicitamente dichiarano di poter essere applicate solo nel rispetto del diritto dei Trattati istitutivi – come *lex specialis*. Forse una procedura siffatta avrebbe dovuto essere introdotta nell'ordinamento UE mediante una modifica ordinaria dei Trattati o, come è già avvenuto di recente per la modifica dell'art. 136 TFUE, utilizzando la procedura semplificata di cui all'art. 48, par. 6, TUE²³, ciò che però è stato reso impossibile, come dicevamo, dall'opposizione di due Membri (Regno Unito e Repubblica Ceca).

4. Continuando con l'esame delle disposizioni generalmente applicabili ai momenti di difficoltà economico-finanziaria dei Paesi membri, ricordiamo come l'art. 122, par. 2, TFUE attribuisca all'UE la facoltà di concedere assistenza finanziaria a uno Stato membro che sia seriamente minacciato da gravi difficoltà, o sia concretamente in difficoltà, a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo: la competenza a disporre il finanziamento è attribuita al Consiglio, il cui Presidente è tenuto ad informarne il Parlamento europeo. Si tratta di una previsione che, come quelle di cui parleremo subito appresso, fu inserita nel Trattato CEE in occasione delle modifiche apportatevi nel 1992 dal Trattato di Maastricht²⁴ e che – in una risoluzione “sul meccanismo d'aggiustamento in caso di *choc* asimmetrici” approvata a dicembre 1998, quasi un decennio prima dell'apertura della crisi in atto – il Parlamento europeo aveva pensato di utilizzare come base giuridica per un istituendo fondo di stabilizzazione destinato ad aiutare gli Stati membri che avessero incontrato difficoltà economiche.

A noi pare, però, che la norma in esame, facendo riferimento ad eventuali strumenti di ausilio per un Paese membro in difficoltà esclusivamente per cause “al di fuori del suo controllo”, fosse concepita, quanto meno in origine, per consentire all'Unione di intervenire solo in soccorso di Paesi membri che siano, per così dire, incolpevoli delle difficoltà economiche che stanno incontrando e che quindi la medesima non sia applicabile alle situazioni di difficoltà di bilancio cagionate da improvvise scelte di politica finanziaria pubblica. Questo, peraltro, rappresentava uno dei principali punti di impugnazione di un ricorso presentato dinanzi alla Corte costituzionale tedesca il 7 settembre 2011 con una sentenza che ha poi indotto la Germania a spingere per la modalità “semplificata” di modifica dell'art. 136 TFUE di cui si dirà in seguito, al par. 8²⁵.

²³ Sulle procedure di modifica dei Trattati v., per tutti, U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 49 ss.

²⁴ Segnatamente l'art. G.25 del TUE 1992 inserì nel Trattato CE un nuovo Titolo VI, rubricato “Politica economica e monetaria”.

²⁵ Cfr. 2 BvR 987/10 – 2 BvR 1485/10 – 2 BvR 1099/10, www.bundesverfassungsgericht.de. Sul punto cfr. G. L. TOSATO, *La Corte costituzionale tedesca e il futuro dell'euro*, in *AffarInternazionali*, 2011, www.iai.it.

Ad ogni modo, l'art. 122, par. 2, TFUE va coordinato con le norme che lo seguono, le quali impongono all'Unione un generale divieto di *bail out*²⁶; con l'espressione in parola – che in inglese viene utilizzata per fare riferimento sia al lancio col paracadute sia al rilascio su cauzione, insomma a situazioni di uscita da una situazione di difficoltà grazie ad un supporto esterno – si fa generale riferimento al principio secondo il quale l'Unione europea non può accollarsi debiti contratti dall'Amministrazione pubblica dei Paesi membri.

In particolare l'art. 123 TFUE vieta alla BCE, nonché alle Banche centrali nazionali, di concedere scoperti di conto o qualsiasi altra forma di facilitazione creditizia alle amministrazioni statali, agli enti regionali e locali o ad altri enti pubblici, agli organismi di diritto pubblico comunque denominati e alle imprese pubbliche degli Stati membri, nonché l'acquisto *diretto presso di essi* di titoli del debito pubblico; il successivo art. 125, par. 1, vieta poi esplicitamente all'Unione e agli altri Stati membri di farsi carico degli impegni finanziari assunti da uno di essi. Quest'ultima disposizione²⁷, caratterizzata da grande chiarezza e precisione, ci pare in possesso dei requisiti per la produzione di effetti diretti anche se, a quanto ci consta, ad oggi non ci pare essere mai stata applicata in una decisione della Corte di giustizia.

Resta ora da chiarire l'ampiezza dei divieti in parola; in particolare, l'art. 123 TFUE pare vietare alla Banca centrale europea esclusivamente l'acquisto di titoli direttamente presso gli Stati emittenti, consentendole invece l'acquisto dei medesimi presso soggetti diversi: in pratica la disposizione pare consentire alla medesima BCE di operare sul mercato secondario²⁸, ciò che è stato confermato dalle operazioni poste in essere dalla stessa Banca in occasione della crisi greca.

È però il caso di sottolineare come le operazioni effettuate dalla BCE sul mercato secondario, intervenendo a supporto di titoli deboli, siano operazioni quasi certamente “in perdita” e dunque suscettibili del rischio di ricapitalizzazione della Banca stessa da parte degli Stati membri, circostanza che comporte-

²⁶ In dottrina cfr. M. L. TUFANO, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 505 ss.; A. VITERBO, R. CISOTTA, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea*, *ivi*, 2010, p. 961 ss, in part. p. 967 ss.; nonché, anche se per un profilo più specifico, K. HENTSCHELMANN, *Finanzhilfen im Lichte der No Bailout-Klausel: Eigenverantwortung und Solidarität in der Währungsunion*, in *Europarecht*, 2011, p. 282 ss.

²⁷ “L'Unione non risponde né si fa carico degli impegni assunti dalle amministrazioni statali, dagli enti regionali, locali, o altri enti pubblici, da altri organismi di diritto pubblico o da imprese pubbliche di qualsiasi Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto economico specifico. Gli Stati membri non sono responsabili né subentrano agli impegni dell'amministrazione statale, degli enti regionali, locali o degli altri enti pubblici, di altri organismi di diritto pubblico o di imprese pubbliche di un altro Stato membro, fatte salve le garanzie finanziarie reciproche per la realizzazione in comune di un progetto specifico”.

²⁸ Al momento dell'emissione un titolo trova la sua prima collocazione grazie al mercato c.d. primario; tutte le operazioni dalla seconda in poi si svolgono sul mercato c.d. secondario, in cui vengono (ri)negoziati i titoli già collocati, fino alla loro scadenza.

rebbe il trasferimento sostanziale di una parte del debito di un Paese membro – l'emittente il titolo di debito in crisi – sugli altri, con la conseguente violazione dell'art. 125 TFUE.

È opportuno concludere l'esame delle disposizioni non pensate “specificamente” per la gestione della crisi in atto ricordando che il regolamento (CE) n. 332/2002 del Consiglio, del 18 febbraio 2002²⁹, ha istituito un meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri applicabile esclusivamente a favore degli Stati membri dell'Unione europea non facenti parte dell'area euro.

5. La Commissione, fin dal 26 novembre 2008, aveva presentato uno schema complessivo degli interventi specifici a suo giudizio necessari per affrontare la crisi, il c.d. *European Economic Recovery Plan for Growth and Jobs*³⁰, fondato su due “pilastri”: da un lato l'adozione di norme idonee ad indurre gli Stati membri ad introdurre misure volte a perseguire una forte riduzione del debito pubblico e dall'altro, in un periodo più lungo, il rafforzamento della convergenza delle politiche economiche nazionali³¹, il tutto, almeno originariamente, nell'ambito della c.d. Strategia di Lisbona³².

In vista del perseguimento di questi obiettivi generali le Istituzioni dell'Unione hanno quindi provveduto a modificare – formalmente, mediante l'adozione di atti normativi, o sostanzialmente, attraverso la prassi applicativa – taluni istituti già previsti dal diritto dell'Unione europea al fine di adattarli al mutato quadro fattuale, mentre i Paesi membri, in particolare con atti sottoscritti *a margine* del Consiglio europeo, hanno provveduto a creare nuovi strumenti giuridici *ad hoc* per il *management* della crisi. Alcune di queste misure rientrano compiutamente all'interno dell'ordinamento giuridico dell'Unione e sono quindi state adottate mediante atti delle Istituzioni, mentre altre si situano, come vedremo, all'esterno di tale ordinamento e per questo sono state concordate per il tramite di norme di diritto internazionale.

Tra le misure volte ad aggiornare alle nuove esigenze gli istituti e i meccanismi preesistenti ci paiono di particolare interesse l'istituzione del c.d. semestre europeo, il Patto Euro Plus e il c.d. *Six Pack* dell'ottobre 2011, nonché una serie di misure minori relative all'utilizzazione dei fondi strutturali e alla disciplina degli aiuti di Stato³³.

²⁹ GUCE L 53, 23 febbraio 2002, p. 1 ss.

³⁰ Cfr. la comunicazione della Commissione al Consiglio europeo, Un piano europeo di ripresa economica, COM(2008)800 def.

³¹ Sulla necessità di procedere velocemente ad un approfondimento dell'integrazione economica v. da ultimo, l'*interim report* del Presidente del Consiglio europeo H. VAN ROMPUY, *Towards a Stronger Economic Union*, 6 dicembre 2011, reperibile *online*.

³² Con l'espressione “Strategia di Lisbona” si fa riferimento al programma di riforme economiche approvato nel Consiglio europeo straordinario tenutosi a Lisbona nel marzo 2000; tale strategia è ormai superata dal piano Europa 2020, su cui v. *infra* la nota 35.

³³ In dettaglio si veda G. CONTALDI, *Aiuti di Stato e crisi economica internazionale*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *op. cit.*, p. 710 ss.

L'introduzione, decisa dal Consiglio ECOFIN del 7 settembre 2010 con decorrenza a partire dal gennaio 2011, del "semestre europeo" rappresenta un primo tentativo di approfondire il coordinamento delle politiche fiscali dei Paesi membri, e si sostanzia in una sorta di meccanismo di sorveglianza multilaterale *preventiva* dei bilanci statali rispetto alla loro adozione da parte dei parlamenti nazionali che, è bene chiarirlo, restano gli unici comunque competenti alla relativa approvazione.

La procedura in parola – che deve la sua definizione al fatto di dover necessariamente completarsi entro la prima metà dell'anno per lasciare il tempo, nella seconda, ai parlamenti nazionali di svolgere le operazioni di loro competenza – impone una sequenza ordinata di atti che si inaugura con la presentazione, da parte della Commissione, di una indagine annuale sulla crescita³⁴ cui fa seguito l'elaborazione delle linee guida generali di politica economica e di bilancio, indirizzate sia all'UE sia agli Stati membri, da parte del Consiglio europeo.

Sulla scorta di tali linee guida i singoli Paesi membri sono tenuti a predisporre e comunicare alla Commissione i c.d. Piani nazionali di riforma (PNR), elaborati nell'ambito della nuova Strategia UE 2020³⁵, nonché i Piani di stabilità e convergenza (PSC)³⁶ stilati tenendo conto del Patto di stabilità e crescita, sulla base dei quali la Commissione elabora le proprie raccomandazioni di politica economica e di bilancio, rivolte stavolta, a differenza di quanto avveniva con le linee guida del Consiglio europeo, ai singoli Stati membri.

Tali raccomandazioni vengono quindi sottoposte al Consiglio ECOFIN e, per quanto di sua competenza, al Consiglio occupazione e affari sociali, per l'approvazione, che è comunque subordinata alla verifica della rispettiva congruità con le linee guida del Consiglio europeo.

È con l'approvazione delle raccomandazioni da parte del Consiglio che si chiude il "semestre europeo" e si apre quello, per così dire, nazionale, in cui gli Stati membri, singolarmente, approvano le proprie leggi di bilancio tenendo conto delle raccomandazioni ricevute. Nell'indagine annuale sulla crescita

³⁴ È del 12 gennaio 2011 la presentazione della prima indagine annuale della Commissione; la successiva, relativa al 2012, è del 23 novembre 2011: cfr. COM(2011)815 def.

³⁵ Il piano Europa 2020 rappresenta la strategia decennale proposta dalla Commissione europea il 3 marzo 2010 per rilanciare l'economia dell'Unione europea e fa seguito alla Strategia di Lisbona, prevista per il periodo 2000-2010, e che è stata ampiamente giudicata un fallimento. Essa fissa i cinque obiettivi che l'UE si è data da raggiungere entro il 2020 al fine di incrementare la crescita e l'occupazione: a) innalzamento al 75% del tasso di occupazione per la fascia di età compresa tra i 20 e i 64 anni; b) aumento degli investimenti in ricerca e sviluppo ed innovazione al 3% del PIL dell'UE; c) riduzione delle emissioni di gas serra di almeno il 20% rispetto al 1990, raggiungimento della soglia minima del 20% del fabbisogno di energia ricavato da fonti rinnovabili, aumento del 20% dell'efficienza energetica; d) riduzione degli abbandoni scolastici al di sotto del 10% e aumento al 40% dei 30-34enni con un'istruzione universitaria; e) riduzione di almeno 20 milioni del numero di individui a rischio o in situazione di povertà ed emarginazione. Cfr. ec.europa.eu/europe2020/index_it.htm. Gli obiettivi sono stati da ultimo confermati in occasione del Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012; cfr. doc. EUCO 4/12.

³⁶ Cfr. al riguardo il citato regolamento 1467/97 come successivamente modificato dal regolamento 1177/2011.

dell'anno successivo, la Commissione sottoporrà a valutazione l'attuazione delle raccomandazioni da parte dei singoli Membri.

La procedura appena descritta si inserisce nel *trend* che, già da qualche tempo, segna il progressivo aumento del livello di coordinamento delle politiche economiche nazionali in seno all'Unione, *trend* che è confermato dal c.d. Patto Euro Plus, deliberato dal Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2011³⁷, in cui i Paesi dall'area Euro, assieme a Lituania, Lettonia, Polonia, Bulgaria, Danimarca e Romania, si sono impegnati ad adottare tutte le misure necessarie per stimolare la competitività e l'occupazione, concorrere ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche e rafforzare la stabilità finanziaria dell'Eurozona.

Il Patto in questione, a nostro giudizio, non rappresenta però una fonte di obblighi internazionali tra i Paesi firmatari quanto piuttosto un'intesa meramente politica, che quindi non è idonea a radicare ipotesi di responsabilità internazionale in caso di mancato raggiungimento degli obiettivi in esso fissati né, tanto meno, a modificare il riparto di competenze Stati/UE. In questo senso ci pare condurre già il dato testuale, dal momento che il Patto dichiara esplicitamente che “ciascun Paese conserverà la competenza di scegliere gli interventi *politici* specifici che si riveleranno necessari per conseguire gli obiettivi comuni” e sarà responsabile del “controllo *politico* sui progressi verso la realizzazione degli obiettivi comuni”.

A completamento delle misure sin qui illustrate, nell'ottobre 2011, il Consiglio ha poi approvato un pacchetto di cinque regolamenti e una direttiva successivamente definito *Six Pack* – con evidente intento ironico, dal momento che l'espressione può fare riferimento ai muscoli addominali in stato di definizione, la c.d. “tartaruga”, ma anche, più prosaicamente, alla confezione da sei lattine di birra –. Tale pacchetto, nel complesso, da un lato mira al rafforzamento dell'azione *preventiva* dell'Unione europea in materia di sorveglianza sui bilanci pubblici e di sorveglianza e coordinamento delle politiche economiche³⁸, e dall'altro tende a migliorare l'azione *correttiva* dell'Unione mediante una velocizzazione della procedura sui disavanzi eccessivi³⁹, la riduzione e la correzione degli squilibri macroeconomici⁴⁰. Esso, ancora, introduce standard minimi per le finanze pubbliche⁴¹ oltre a modificare, come si è già detto, la procedura di eccessivo disavanzo⁴².

³⁷ Cfr. doc. EUCO 10/1/11 REV 1.

³⁸ Questi obiettivi sono perseguiti dal già citato regolamento 1175/2011, nonché dal regolamento (UE) n. 1173/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio nella zona euro, *GUUE* L 306, 23 novembre 2011, p. 1 ss.

³⁹ Al riguardo rileva ancora una volta il già più volte citato regolamento 1177/2011.

⁴⁰ Cfr. i regolamenti 1174/2011, e n. 1176/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 novembre 2011, *GUUE* L 306, 23 novembre 2011, p. 22 ss. rispettivamente dedicati al potenziamento della procedura di riduzione degli squilibri macroeconomici e di competitività e alla prevenzione degli stessi.

⁴¹ Cfr. la direttiva 2011/85/UE del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri, *GUUE* L 306, 23 novembre 2011, p. 41 ss.

⁴² Cfr. *supra*, par. 3, *sub* nota 13.

Dovendo per ora tralasciare l'analisi dettagliata delle norme contenute nelle sei misure in parola, ci limitiamo a sottolineare come esse, in buona sostanza, rappresentino una sorta di "preparazione", quando non addirittura una vera e propria anticipazione, delle misure *ad hoc* che illustreremo più avanti e, in particolare, di alcune norme contenute nel Trattato sulla *governance* economica, col quale andranno quindi coordinate.

Alle misure maggiori sin qui esposte, vanno poi aggiunte una serie di previsioni volte alla "mobilitazione" del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione (FEG)⁴³ allo scopo di fornire ai Paesi membri ulteriori mezzi di ammortizzazione sociale in favore dei lavoratori in esubero⁴⁴ nonché, ancora, ben 155 decisioni con le quali la Commissione ha autorizzato i Paesi membri ad adottare misure anticrisi che, in assenza delle medesime, sarebbero state incompatibili con il regime degli aiuti di Stato⁴⁵.

Le misure descritte rappresentano certamente un ulteriore indice della tendenza al rafforzamento del controllo multilaterale delle politiche economiche nazionali in seno all'UE e, assieme a tutti gli atti già esaminati e che si esamineranno, risulteranno forse idonei a modificare la costituzione economica dell'Unione europea.

Ricordiamo come con l'espressione "costituzione economica" si faccia riferimento "all'insieme dei principi e delle norme di rango superiore (di rango, appunto, costituzionale) che disciplinano in un ordinamento l'attività economica dei soggetti"⁴⁶ e come la dottrina sia già da tempo concorde nel ritenere l'Unione europea dotata di una costituzione economica⁴⁷.

6. Passiamo ora ad esaminare i meccanismi concepiti appositamente per fronteggiare la crisi: tra questi di particolare interesse appaiono il Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria – *European Financial Stability Mechanism* (EFSM), il Fondo europeo di stabilità finanziaria – *European Financial Stability*

⁴³ Il FEG può finanziare misure come l'assistenza nella ricerca di un impiego, l'orientamento professionale, la formazione e riqualificazione su misura, il tutoraggio e la promozione dello spirito imprenditoriale, ma anche fornire sostegni individuali come l'indennità per la ricerca di un lavoro, l'indennità di mobilità, l'indennità per partecipare ad attività di formazione e apprendimento permanente, ma non può finanziare misure di protezione sociale, come le pensioni o l'indennità di disoccupazione, le quali restano di competenza esclusiva degli Stati membri.

⁴⁴ Cfr. le decisioni del Parlamento europeo e del Consiglio n. da 770 a 774 del 2011, *GUUE* L 317, 30 novembre 2011.

⁴⁵ Cfr. la tabella di cui all'*Overview of National measures adopted as a response to the crisis*, MEMO/10/13 del 26 gennaio 2010; in dottrina v. F. FERRARO, *L'evoluzione della politica sugli aiuti di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi economica e finanziaria*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 335 ss.

⁴⁶ Cfr. P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in *Comunicazioni e studi*, 1982, p. 138 ss., in part. p. 162.

⁴⁷ Cfr., da ultimo, A. HATJE, *The Economic Constitution within the Internal Market*, in A. VON BOGDANDY, J. BAST (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford-München-Portland, 2010, p. 589 ss., il quale, a p. 593, ne parla come del motore del processo di integrazione; v. anche V. MICHELET, *op. loc. cit.*

Facility (EFSF)⁴⁸, nonché il Meccanismo europeo di stabilità – *European Stability Mechanism* (ESM).

Con il regolamento (UE) n. 407/2010⁴⁹ l'Unione, in dichiarata applicazione dell'art. 122 TFUE, ha deciso di istituire un Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria che, lungi dall'essere uno strumento per così dire solidaristico, muove dal condivisibile presupposto dell'esistenza di un interesse proprio dell'UE a soccorrere i Membri in difficoltà finanziarie, anche se non appartenenti all'Eurogruppo⁵⁰, nel timore che tali difficoltà possano “infettare” tutta l'Unione e quindi costituire una grave minaccia per la sua stabilità finanziaria complessivamente intesa.

Il meccanismo in questione, gestito dalla Commissione sulla base delle risorse proprie dell'UE, cioè a carico del bilancio dell'Unione, per un valore complessivo di 60 miliardi di euro, consente di offrire assistenza a tutti quegli Stati membri che subiscano o rischino seriamente di subire gravi perturbazioni finanziarie causate da circostanze che sfuggono al loro controllo; l'aiuto offerto può assumere la forma di un prestito o di una linea di credito, intendendosi con quest'ultima espressione l'autorizzazione concessa a uno Stato membro di ottenere fondi, a richiesta, entro un limite massimale e per un determinato periodo.

La competenza a concedere il supporto è attribuita al Consiglio, con una votazione a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, senza però che in materia sia previsto alcun intervento del Parlamento europeo; lo Stato membro supportato e la Commissione concludono quindi un *memorandum* di intesa che, a nostro avviso sembra essere un vero e proprio accordo produttivo di obblighi internazionali, mediante il quale il primo si impegna a rispettare una serie di condizionalità, specie con riferimento alle scelte di politica economica, la cui violazione può implicare la revoca o la modifica delle concessioni già disposte.

È il caso di chiarire, poi, come il ricorso al meccanismo in questione non escluda eventuali finanziamenti esterni all'UE, ad esempio da parte del FMI – nel qual caso, però, sarà compito della Commissione esaminare la compatibilità del meccanismo europeo di stabilizzazione con il suddetto finanziamento esterno – e come il medesimo non si sostituisca al più generale meccanismo di sostegno finanziario a medio termine delle bilance dei pagamenti degli Stati membri che non fanno parte della zona euro, istituito dal regolamento 332/2002 cui abbiamo già accennato, al quale permane la possibilità di far ricorso.

⁴⁸ *EFSF Framework Agreement*, www.efsf.europa.eu.

⁴⁹ Regolamento (UE) n. 407/2010 del Consiglio, dell'11 maggio 2010, che istituisce un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, *GUUE* L 118, 12 maggio 2010, p. 1 ss.

⁵⁰ La risoluzione sul coordinamento delle politiche economiche nella terza fase dell'Unione economica e monetaria, approvata dal Consiglio europeo di Lussemburgo del 12 e 13 dicembre 1997, chiarisce che “i ministri degli Stati aderenti all'area dell'euro possono riunirsi in modo informale per discutere di questioni connesse alle responsabilità specifiche che condividono in materia di moneta unica”; queste riunioni sono state denominate dapprima Euro-11 e successivamente Eurogruppo. Cfr. R. BASSO, *op. cit.*, p. 502.

Mette conto rilevare come ad oggi abbiano beneficiato dell'EFSM l'Irlanda⁵¹ e il Portogallo⁵² per complessivi, rispettivamente, 22,5 e 26 miliardi di euro.

Al meccanismo in questione è stato poi affiancato, dal giugno 2010, l'*European Financial Stability Facility* (EFSF), il Fondo europeo di stabilità finanziaria⁵³, giornalmisticamente definito “fondo salva Stati”, basato su un accordo quadro sottoscritto tra i Paesi dell'area euro⁵⁴ e giuridicamente autonomo dai Trattati istitutivi, il quale a noi pare essere un istituto del tutto peculiare, quasi *extra-ordinem*, per l'ordinamento dell'Unione anche dal momento che, come vedremo, presuppone il ricorso a strumenti di diritto privato al fine di perseguire obiettivi di *public policy*.

Ricordiamo che i rappresentanti dei Governi degli Stati membri che hanno adottato l'euro, nel corso dell'ECOFIN del 9 maggio 2010, in occasione dell'istituzione dell'EFSM, avevano esplicitato l'intenzione di dar vita ad uno strumento di supporto finanziario specificamente a loro riservato, e di volerne attribuire la gestione alla Commissione; successivamente, durante l'Eurogruppo del 7 giugno 2010, i medesimi Paesi provvedevano a sottoscrivere l'accordo quadro istitutivo dell'EFSF.

È proprio in esecuzione di tale accordo quadro che l'EFSF ha assunto la forma giuridica di una società a responsabilità limitata di diritto lussemburghese di durata triennale, alla quale potranno ricorrere, a differenza dell'EFSM, esclusivamente i Paesi che hanno adottato la moneta comune, e che rappresenta, quindi, una forma di solidarietà per così dire rafforzata dell'Eurozona. La società in questione rappresenta, sotto il profilo tecnico, uno *special purpose vehicle* (letteralmente: mezzo per uno scopo speciale, in Italia però più spesso reso con l'espressione “società di progetto”, dalla dizione contenuta nella c.d. legge Merloni⁵⁵) il cui uso si è di recente diffuso nel settore bancario ed immobiliare per lo più per costituire società finalizzate alla cartolarizzazione di mutui ipotecari e realizzazioni immobiliari.

⁵¹ Il 12 gennaio 2011 è stata erogata la prima rata di 5 miliardi di euro all'Irlanda. Fino a giugno 2011 sono stati erogati 11,4 miliardi di euro. Cfr. relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 9 agosto 2011, Operazioni di assunzione ed erogazione di prestiti dell'Unione europea nel 2010, COM(2011)485 def., p. 8.

⁵² Il 31 maggio 2011 è stata erogata la prima rata di 1,75 miliardi di euro al Portogallo. Fino a giugno 2011 sono stati erogati 6,5 miliardi di euro; cfr. ancora la relazione COM(2011)485, p. 9.

⁵³ www.efsf.europa.eu.

⁵⁴ Per quanto riguarda l'ordinamento italiano l'accordo quadro in esame, a differenza del meccanismo europeo di stabilità di cui diremo nel par. 8, dovrebbe rientrare nella categoria degli accordi in forma semplificata, ed infatti non v'è traccia alcuna di una sua ratifica esplicita da parte dell'Italia.

⁵⁵ Legge quadro in materia di lavori pubblici dell'11 febbraio 1994 n. 109. Ricordiamo che dal 12 aprile 2006 la legge Merloni è stata abrogata e sostituita dal d.lgs. 163/2006 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), *GURI* 100, 2 maggio 2006.

L'EFSF, le cui attività, a differenza dell'EFSM, non sono in alcun modo finanziate o garantite dal bilancio UE, provvede a raccogliere i capitali necessari ai suoi interventi mediante l'emissione di *bonds* garantiti dagli Stati membri dell'area dell'euro⁵⁶ per un ammontare che non può superare il valore di 440 miliardi di euro; la concessione del sussidio è subordinata a condizioni negoziate dalla Commissione in collaborazione con la Banca centrale europea e il Fondo monetario internazionale e soggetta all'approvazione dell'Eurogruppo.

In considerazione della modalità di raccolta dei capitali da "girare" ai Paesi in difficoltà, costituita dall'emissione di obbligazioni garantite dagli altri Paesi dell'Eurozona, modalità che, lo ribadiamo, è del tutto differente rispetto a quanto avviene per l'EFSM, in cui è la stessa UE ad intervenire con fondi del proprio bilancio, ci pare di poter affermare che, nel caso in esame, si sia in presenza di una pluralità di prestiti bilaterali concessi dai singoli Paesi a quello in difficoltà e ricordati in un unico pacchetto dalla Commissione, per il tramite della struttura dell'EFSF.

A differenza di quanto espresso da altri orientamenti della dottrina⁵⁷, peraltro, a nostro giudizio, la concessione di un prestito da parte dell'EFSF – che si sostanzia nell'accollo, da parte degli altri Paesi membri, che si fanno garanti dei *bond* emessi per finanziare il prestito, del debito del Paese in difficoltà – a stretto rigore, non ci pare compatibile con la lettera dell'art. 125 TFUE di cui abbiamo già detto.

Ora, dal momento che non si può certamente sostenere che l'avvenuta modifica della costituzione economica dell'UE a cui abbiamo fatto cenno possa essersi addirittura spinta fino alla modifica tacita di una norma del TFUE, l'unico modo per "salvare" l'EFSF, quindi, è considerarlo per quello che è: un meccanismo esterno al sistema dei Trattati, con i quali si pone in una sorta di "parallelismo", mirando ai medesimi obiettivi di questi, ma senza incrociarli mai. E la situazione descritta, che comporta il sacrificio della coerenza del quadro normativo complessivamente creato dall'integrazione dei Paesi membri, non ci pare si ricomporrà neppure al momento dell'estinzione dell'EFSF, quando questo sarà sostituito dal Meccanismo europeo di stabilità di cui diremo *infra*, al par. 8, essendo anch'esso uno strumento *sui generis* rispetto al sistema normativo dell'UE nel suo complesso.

7. Nel corso del Consiglio europeo tenutosi il 31 gennaio 2012 i Capi di Stato e di governo di venticinque dei ventisette Paesi membri, con l'esclusione di Regno Unito e Repubblica Ceca, hanno poi portato a compimento un lungo e complesso negoziato che aveva per oggetto la stesura di un pacchetto di norme volte a rinforzare il pilastro economico dell'UE e la disciplina di bilancio dei Paesi membri, imponendo loro vincoli che implicassero finanze pubbliche sane

⁵⁶ Da ultimo, in occasione dell'asta del 31 luglio 2012, sono stati collocati *bond* EFSF a sei mesi per 1,484 miliardi di euro ad un rendimento medio 0,540%.

⁵⁷ Si pronunciano nel senso della compatibilità tra l'EFSF e l'art. 125 TFUE A. VITERBO, R. CISOTTA, *op. cit.*, p. 961 ss.

e sostenibili e impedissero disavanzi pubblici eccessivi, al fine di potenziare il coordinamento delle loro politiche economiche, salvaguardare la stabilità e migliorare la *governance* di tutta la zona euro.

Tali norme sono contenute nel Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'Unione economica e monetaria⁵⁸ (d'ora innanzi solo Trattato sulla *governance*), che è stato firmato in occasione del Consiglio europeo dell'1 e 2 marzo 2012; il Trattato, che dovrebbe entrare in vigore il 1° gennaio 2013 a condizione che venga ratificato da almeno dodici dei Paesi firmatari⁵⁹, si compone di sedici articoli, suddivisi in sei Titoli (Oggetto e ambito di applicazione, Coerenza e rapporto con il diritto dell'Unione, Patto di bilancio, Coordinamento delle politiche economiche e convergenza, *Governance* della zona Euro, Disposizioni generali e finali).

Ricordiamo che già l'art. 136 TFUE, che è peraltro esplicitamente citato nel Preambolo del Trattato in questione, consente al Consiglio di adottare misure concernenti i Paesi che hanno adottato l'euro al fine di "rafforzare il coordinamento e la sorveglianza della disciplina di bilancio (...)". Secondo un'interpretazione fortemente evolutiva emersa in occasione dei negoziati per il Trattato di Lisbona⁶⁰ già tale disposizione imporrebbe la reciproca approvazione dei progetti dei bilanci nazionali da parte dei ministri finanziari dell'Eurozona riuniti in seno al Consiglio ECOFIN, prima che questi vengano sottoposti ai parlamenti nazionali; un'interpretazione siffatta, però, non ci pare condivisibile, sia perché si spinge eccessivamente al di là del lato testuale della disposizione sia, e forse soprattutto per il fatto di non trovare in alcun modo riscontri nella prassi.

Ad ogni modo, pur senza giungere all'approvazione reciproca dei bilanci, il Trattato sulla *governance*, al Titolo III (rubricato "Patto di bilancio" o, per usare la titolazione anglofona che ha ottenuto più fortuna giornalistica, "Fiscal Compact") impone agli Stati membri una serie di rilevanti vincoli di bilancio: in particolare l'art. 3 contiene la *golden rule* secondo la quale i bilanci delle amministrazioni pubbliche dovranno essere in *surplus* o al massimo in pareggio⁶¹; ai sensi del medesimo articolo tale regola si intenderà rispettata qualora il *deficit* strutturale annuo della pubblica amministrazione non superi dello 0,5% il valore del prodotto interno lordo nominale.

L'effettività della *golden rule* è garantita dall'apposizione di una esplicita clausola di esecuzione (art. 3, par. 2) che impone agli Stati membri di provvedere,

⁵⁸ Il testo del Trattato è reperibile in italiano all'indirizzo european-council.europa.eu. In argomento v. G. L. TOSATO, *I vincoli europei sulle politiche di bilancio*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 257 ss.

⁵⁹ Il Consiglio dei ministri italiano, nella seduta del 23 febbraio 2012, ha approvato il disegno di legge recante la "Ratifica ed esecuzione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, con Allegati, fatto a Bruxelles il 2 marzo 2012". Il disegno di legge è stato definitivamente approvato con la l. 23 luglio 2012 n. 114, contenente, come di prassi, sia l'autorizzazione alla ratifica, sia l'ordine di esecuzione del Trattato, *GURI* 175, 28 luglio 2012.

⁶⁰ Si veda al riguardo l'articolo di T. BARBER pubblicato sul *Financial Times* del 23 aprile 2010.

⁶¹ A mero titolo di curiosità si segnala che nella storia d'Italia si ha notizia di un solo bilancio in pareggio, quello del Regno d'Italia del 1876, di cui fu fautore l'allora Presidente del Consiglio Marco Minghetti.

entro un anno dall'entrata in vigore del Trattato, ad eseguirla *in foro interno* con disposizioni vincolanti, preferibilmente di natura costituzionale, e comunque idonee ad imporsi in tutti i procedimenti relativi al bilancio nazionale. Ricordiamo che la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio negli ordinamenti interni era già contemplata, anche se nella forma di un impegno giuridicamente non vincolante, nell'ambito del Patto Euro Plus di cui abbiamo già detto, ed è stata adottata, o è in via di adozione in numerosi Stati membri, tra cui l'Italia⁶²; si tratta di una clausola di particolare rilevanza nel contesto degli obblighi assunti dai Paesi firmatari del Trattato sulla *governance*, dal momento che, come noto, il diritto internazionale generale non disciplina le modalità di adattamento del diritto interno agli obblighi pattizi, ed è anche in dubbio l'esistenza di norme di diritto internazionale che sanciscano in genere l'obbligo, per gli Stati che abbiano concluso un trattato, di eseguirlo *in foro interno*. Obblighi siffatti devono perciò essere concordati con riferimento a specifici sistemi convenzionali: in tal caso l'esecuzione dello specifico strumento convenzionale costituisce oggetto di un obbligo pattizio assunto dalle parti, come avviene nel caso in esame.

Un ulteriore presidio a garanzia del rispetto della *golden rule* è poi rappresentato da quella che è a tutti gli effetti una clausola compromissoria ai sensi dell'art. 273 TFUE⁶³: l'art. 8 del Trattato sulla *governance*, infatti, attribuisce alla Corte di giustizia, nell'ambito di una procedura giurisdizionale *ad hoc*, la competenza a verificare il rispetto della stessa clausola di esecuzione⁶⁴.

⁶² Il 17 aprile 2012 il Senato della Repubblica ha definitivamente approvato il disegno di legge costituzionale (A.S. 3047) volto a introdurre in Costituzione l'obbligo del rispetto dei vincoli sul pareggio di bilancio derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea, il quale ha modificato gli articoli 81, 97, 117 e 119 della Costituzione e ha così inciso sulla disciplina di bilancio di tutte le amministrazioni pubbliche, ivi compresi gli enti territoriali (regioni, province, comuni e città metropolitane); cfr. legge costituzionale 20 aprile 2012 n. 1, *GURI* 95, 23 aprile 2012. In seguito alle modifiche, l'art. 81 Cost. prevede che "lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale". L'art. 97 Cost. ha oggi un nuovo primo comma, premesso a quello originale, secondo il quale "le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico".

⁶³ "La Corte di giustizia è competente a conoscere di qualsiasi controversia tra Stati membri in connessione con l'oggetto dei trattati, quando tale controversia le venga sottoposta in virtù di un compromesso".

⁶⁴ Una prima bozza del testo prevedeva che l'introduzione della norma recante l'obbligo di pareggio di bilancio con norma costituzionale o equivalente fosse soggetta all'esame delle Corti costituzionali nazionali.

Il meccanismo giurisdizionale in questione contiene qualche differenza rispetto al ricorso per infrazione per così dire ordinario previsto dai Trattati istitutivi sia per quanto concerne gli Stati legittimati a ricorrere alla Corte di giustizia, sia rispetto alla quantificazione delle sanzioni in caso di mancato rispetto di una sentenza della Corte stessa.

Per quanto riguarda il primo profilo, come è noto, ai sensi dell'art. 259 TFUE ogni Stato membro, prima di adire la Corte di giustizia dell'Unione europea nei confronti di altri Membri che ritiene abbiano violato obblighi imposti dal diritto UE, è tenuto a richiedere alla Commissione l'adozione di un parere motivato che segue l'instaurarsi del contraddittorio tra gli Stati in controversia, e solo successivamente all'adozione del parere – o in caso di sua mancata emanazione entro 3 mesi dalla relativa richiesta – potrà ricorrere direttamente alla Corte. Il Trattato sulla *governance*, invece, per accelerare e rafforzare il relativo meccanismo di controllo diffuso, non prevede alcuna procedura precontenziosa, e anzi afferma esplicitamente che ogni parte contraente può adire la Corte di giustizia per contestare la violazione della clausola di esecuzione “indipendentemente dalla relazione della Commissione”; è anche il caso di chiarire come, con ogni probabilità, il Trattato, che però sul punto non brilla per chiarezza redazionale, faccia riferimento non già ad una relazione specificamente stilata dalla Commissione in seguito all'istanza di uno Stato membro, ma all'atto per così dire “generale” previsto dall'art. 8 del medesimo Trattato, che attribuisce alla Commissione il compito di redigere tempestivamente e comunicare alle parti contraenti una relazione sulle disposizioni adottate da ciascuna di loro proprio per eseguire la *golden rule*.

Per quanto concerne poi le sanzioni adottabili, il Trattato sulla *governance*, all'art. 8, par. 2, prevede un meccanismo specifico per l'esecuzione delle decisioni adottate dalla Corte in seguito al ricorso di cui si è appena detto: ben potrebbe verificarsi che uno Stato, pur condannato dalla Corte ad adottare determinate misure per adempiere correttamente alla clausola di esecuzione, non lo faccia; in questo caso il Trattato consente ad ogni (altro) Stato contraente di adire nuovamente la Corte per chiedere di imporre allo Stato in questione il versamento di una somma forfettaria o di una pena⁶⁵ da determinarsi secondo i criteri stabiliti dalla Commissione europea nel quadro dell'art. 260 TFUE⁶⁶, in una misura non superiore allo 0.1% del suo prodotto interno. La differenza

⁶⁵ Mentre la somma forfettaria “consiste in una somma determinata quale sanzione della continuazione dell'inadempimento tra la prima sentenza di accertamento della violazione” e quella pronunciata dalla Corte in seguito al ricorso in esecuzione, la pena “invece, consiste in una somma da pagare per ogni giorno (o diverso periodo) di ritardo a partire dalla seconda sentenza”; cfr. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 309-310.

⁶⁶ Ricordiamo che i criteri per la determinazione dell'entità della somma forfettaria o della pena sono definiti nella comunicazione della Commissione europea del luglio 2005 (SEC(2005)1658) come modificata dalla comunicazione del 1° settembre 2011 (SEC(2011)1024) che stabilisce che l'importo della sanzione deve essere fissato in funzione dell'obiettivo che la sanzione stessa persegue, e quantificato in base alla gravità e alla durata dell'infrazione, nonché in modo tale da garantire l'efficacia dissuasiva della sanzione, al fine di evitare recidive.

rispetto al meccanismo “generale” previsto dal Trattato è che tale somma, se versata da una parte contraente la cui moneta è l'euro, confluisce nel Meccanismo europeo di stabilità di cui diremo al paragrafo appresso; in caso contrario essa è versata a favore del bilancio dell'Unione europea.

Procedendo oltre nell'esame delle principali norme sostanziali del *fiscal compact*, l'art. 4 impone, poi, ai Paesi firmatari di mantenere il rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo entro la soglia del 60% e, in caso di sforamento, di ridurre l'eccesso ad un ritmo *medio* di un ventesimo, cioè del 3%, l'anno, pena l'attivazione della procedura sui disavanzi eccessivi di cui si è già detto; in questo caso, peraltro, lo Stato che dovesse aver sforato rispetto ai parametri sarà tenuto, ai sensi dell'art. 5, a predisporre un programma di partenariato economico e di bilancio da sottoporre, per l'approvazione, a Commissione e Consiglio UE.

È interessante sottolineare come il Trattato consenta di tener conto, al fine del calcolo della percentuale annua di rientro dal debito *in concreto* applicabile ad ogni singolo Stato, non solo dei debiti dello Stato e delle amministrazioni pubbliche, ma anche di quelli del settore privato (imprese e famiglie): ciò è reso possibile dal richiamo, contenuto nell'art. 4 del Trattato sulla *governance*, dell'art. 2 del regolamento 1467/97, come modificato dal già citato regolamento 1177/2011, il quale, al par. 3, lett. a), prevede che la Commissione, nel preparare la relazione di cui all'art. 126, par. 3, TFUE sia tenuta a considerare un gran numero di fattori idonei a consentire la valutazione dell'osservanza dei criteri relativi al disavanzo e al debito da parte di uno Stato membro, tra cui, in particolare per quello che ci occupa, “l'evoluzione congiunturale e la posizione in termini di risparmi netti del settore privato”⁶⁷.

Ancora, il sistema illustrato è reso maggiormente incisivo dalla previsione della “automaticità” delle misure proposte dalla Commissione europea per indurre uno Stato membro la cui moneta è l'euro e che abbia violato il criterio del disavanzo, a rientrare nelle soglie impostegli: ai sensi dell'art. 7 del Trattato, infatti, tali misure entreranno automaticamente in vigore senza il bisogno di una loro esplicita approvazione in Consiglio, tranne il caso di un loro “blocco”, che potrà essere disposto col voto favorevole della maggioranza qualificata degli Stati della zona euro, maggioranza che verrà calcolata – ovviamente – senza computare il voto del Paese in disavanzo, in analogia con le pertinenti disposizioni dei Trattati UE e FUE. Evidentemente il Trattato in esame, attraverso una sorta di silenzio-assenso, intende velocizzare l'entrata in vigore delle misure della Commissione e, al contempo, attraverso la maggioranza qualificata, indurre gli Stati membri ad una seria considerazione della situazione prima di adottare una posizione configgente con quella della Commissione.

⁶⁷ Il richiamo in questione è stato fortemente voluto dall'Italia, il cui alto debito pubblico è parzialmente compensato dallo scarso indebitamento privato, a differenza di quanto avviene in altri Paesi, come la Francia, la Spagna, il Regno Unito.

Infine ricordiamo che l'art. 6 del Trattato, al fine di coordinare meglio la pianificazione delle emissioni di titoli del debito nazionale, impone agli Stati contraenti di presentare a Commissione e Consiglio europeo un rapporto che deve precedere l'adozione dei loro piani di emissione e collocazione di titoli siffatti.

Sotto il profilo istituzionale, poi, il Trattato sulla *governance* procede finalmente alla formalizzazione dell'Eurosummit, il Consiglio europeo dell'Area Euro, le cui riunioni sono oggi previste dal Titolo V, all'art. 12, con una scadenza quanto meno semestrale, di cui almeno una in composizione allargata ai Paesi non euro.

Il Trattato in commento non è certamente andato esente da critiche, anche aspre, sia sotto il profilo politico, sia sotto quello più strettamente tecnico-giuridico: il Parlamento europeo, ad esempio, ha tacciato l'accordo in questione sia di scarsa democraticità, sia di incompatibilità con molte norme di diritto UE, tra cui quelle contenute nel *Six Pack*. Per quanto concerne quest'ultimo aspetto – e ricordando preliminarmente che il medesimo Trattato prevede che le sue disposizioni si applicano “in quanto compatibili con i trattati sui quali si fonda l'Unione e con il diritto dell'Unione europea” – vogliamo qui solo sottolineare come l'art. 9 – contenuto nel Titolo VI “Coordinamento delle politiche economiche e convergenza economica” – del Trattato medesimo, contempli l'impegno delle parti contraenti ad adoperarsi insieme per una politica economica volta a perseguire da un lato “l'armonioso funzionamento dell'Unione economica e monetaria” e dall'altro, e al contempo, “la crescita economica attraverso maggiore convergenza e competitività”: più in dettaglio questa disposizione prevede che le misure così adottate debbano avere come obiettivi quelli di “maggiore competitività, di promuovere l'occupazione, di contribuire ulteriormente alla sostenibilità dei conti pubblici e di potenziare la stabilità finanziaria”.

A nostro parere obiettivi siffatti, in particolare gli ultimi due, appaiono quanto meno distanti, se non addirittura in concreto a volte inconciliabili, con quelli più generali previsti dai Trattati istitutivi e, in particolare quelli di cui all'art. 3 TUE: pensiamo specialmente alle previsioni che impongono all'Unione di perseguire lo sviluppo sostenibile attraverso una crescita economica equilibrata che miri al progresso sociale, progresso che potrebbe essere messo a serio rischio da misure che puntino esclusivamente al potenziamento della stabilità finanziaria.

8. Completiamo l'analisi delle misure UE per il *management* della crisi ricordando che il Consiglio europeo del 24 e 25 marzo 2011 aveva incluso tra le misure volte a preservare la stabilità finanziaria e a porre le basi di una crescita intelligente e sostenibile, la creazione del Meccanismo europeo di stabilità, *European Stability Mechanism* (ESM)⁶⁸. Tale creazione era preceduta dalla decisione, assunta già nel Consiglio europeo del 16 e 17 dicembre 2010

⁶⁸ Si veda al riguardo la pubblicazione ufficiale della BANCA CENTRALE EUROPEA, *The European Stability Mechanism*, in *ECB Monthly Bulletin*, luglio 2011, www.ecb.int.

ma formalizzata solo nel 2011⁶⁹, di procedere ad aggiungere un co. 3 – il quale consente oggi agli Stati che hanno adottato l'euro di “istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme” – all'art. 136 TFUE, mediante la procedura semplificata di cui all'art. 48, par. 6, TUE⁷⁰. Quest'ultima disposizione, come noto, consente al Consiglio europeo, con votazione all'unanimità previa consultazione del Parlamento europeo, della Commissione e, in alcuni casi, della Banca centrale europea, di modificare le norme contenute nella parte terza del TFUE: la modifica così decisa, che non può ampliare le competenze dell'UE, entra in vigore in seguito alla sua approvazione da parte degli Stati membri nel rispetto delle loro norme costituzionali⁷¹.

Ebbene, una prima versione del Trattato istitutivo dell'ESM era stata firmata l'11 luglio 2011 dai Ministri delle finanze dei 17 Paesi dell'area, ma successive modifiche apportate al testo del Trattato al fine di incorporarvi le decisioni prese dai Capi di Stato e di governo della zona euro il 21 luglio e 9 dicembre 2011 ne hanno resa necessaria una nuova firma, avvenuta il 2 febbraio 2012⁷².

Il Trattato ESM, a differenza degli altri strumenti di stabilizzazione finanziaria ed in particolare dell'EFSM di cui si è detto, qualifica esplicitamente l'ESM come una *international financial institution* con sede in Lussemburgo, e, compatibilmente con la detta qualificazione, gli riconosce una serie rilevante di privilegi ed immunità. Ai sensi degli articoli 8, 9 e 27 del relativo Trattato, infatti, i beni ed i fondi dell'ESM, ovunque si trovino e da chiunque siano detenuti, godono dell'immunità dalla giurisdizione dei Membri e sono esenti da ogni misura di perquisizione, requisizione, confisca, espropriazione e da qualunque altra forma di sequestro, prelievo o preclusione; inoltre essi sono esenti da restrizioni, regolamentazioni e controlli di qualsiasi natura e i suoi archivi, come pure i locali in cui l'ESM si stabilirà sono considerati inviolabili; di analoghe immunità godranno anche i funzionari del Meccanismo.

Ai sensi dell'art. 8 del Trattato, l'ESM dovrebbe partire con un capitale *stock* iniziale di 700 miliardi di euro, conferiti dai 17 Paesi membri, capitale che sarà ripartito in 7 milioni di “azioni” del valore di 100 mila euro l'una, le quali saranno assegnate ai singoli Stati membri in base a una tabella che ne stabilisce la quota di partecipazione; va chiarito, peraltro, come tale *stock* sia comunque

⁶⁹ Cfr. la decisione del Consiglio europeo n. 2011/199/UE, del 25 marzo 2011, che modifica l'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, *GUUE* L 91, 6 aprile 2011.

⁷⁰ Per una prima analisi cfr. L. GIANNITI, *Il meccanismo di stabilità e la revisione semplificata del Trattato di Lisbona: un'ipoteca tedesca sul processo di integrazione?*, doc. IAI 11/02, febbraio 2011, *Istituto affari internazionali*, reperibile *online*.

⁷¹ Per quanto riguarda l'Italia, la l. 23 luglio 2012 n. 115, *GURI* 175, 28 luglio 2012, prevede la “Ratifica ed esecuzione della Decisione del Consiglio europeo 2011/199/UE che modifica l'articolo 136 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea relativamente a un meccanismo di stabilità per gli Stati membri la cui moneta è l'euro, fatta a Bruxelles il 25 marzo 2011”.

⁷² Il testo integrale in lingua inglese del Trattato è reperibile all'indirizzo www.european-council.europa.eu.

modificabile, dal momento che l'Organo di vertice di governo dell'ESM, il c.d. *Board of governors* (art. 5) composto dai Ministri delle finanze dei Paesi membri, potrebbe decidere di aumentarlo e di procedere quindi ad una *call* di finanziamenti da parte dei Paesi firmatari, col conseguente aggravio di oneri nei loro confronti.

È il caso di chiarire come il Trattato che istituisce l'ESM prevede che il detto *Board* possa adottare decisioni, a seconda delle materie trattate, secondo le tre tecniche di voto "tradizionali" dei Trattati istitutivi: unanimità (sebbene il Trattato parli di "mutual agreement"), maggioranza qualificata e maggioranza semplice, col quorum dei 2/3 dei Membri che rappresentino, al contempo, almeno i 2/3 delle quote di sottoscrizione delle azioni. Ai sensi dell'art. 5, par. 6, quindi, per le decisioni più importanti (come, ad esempio, disporre l'aumento del capitale di cui si diceva, oppure concedere gli aiuti richiesti da un Membro) è necessaria l'unanimità del *Board*, con la precisazione che l'astensione non impedisce il raggiungimento dell'unanimità.

Per quanto concerne le decisioni a maggioranza qualificata (per le materie cui si applica tale votazione cfr. l'art. 5, par. 7) il valore del voto ponderato va dal massimo del 27,14% attribuito alla Germania, allo 0,07% di Malta; ricordiamo che la Francia detiene il 20,38% e l'Italia il 17,91%. Ora, dal momento che l'art. 4, par. 5 del Trattato prevede che la maggioranza qualificata sia raggiunta con l'80% delle quote, e che solo Germania e Francia detengono un voto il cui valore è superiore al 20%, è evidente questi due Paesi hanno un sostanziale diritto di veto in seno al *Board*, con evidente nocimento al principio dell'uguaglianza dei Paesi membri in seno all'UE.

È altresì importante sottolineare come il punto 12 del Preambolo del Trattato ESM, conformemente alla prassi del Fondo monetario internazionale, preveda anche la possibilità, seppure solo in casi eccezionali, del coinvolgimento del settore privato nelle sue operazioni di supporto: al fine di limitare la rilevanza del detto settore, ciò è però consentito esclusivamente qualora il sostegno della stabilità assuma la forma di un programma macro-economico di aggiustamento accompagnato da rigide condizionalità e si può quindi prevedere che il coinvolgimento del settore privato verificatosi nel caso della crisi greca, in cui gli investitori hanno accettato di vedersi dimezzare il valore dei titoli sul debito greco in loro possesso, dovrebbe restare un caso limitato.

Ad ogni modo, l'assistenza finanziaria ad un Paese membro in difficoltà sarà concessa solo se ritenuta indispensabile a garantire la stabilità finanziaria dell'area dell'euro nel suo complesso e a condizione che lo Stato medesimo sottoscriva con la Commissione un *memorandum* di intesa di aggiustamento macro-economico e si sottoponga, altresì, ad una rigorosa analisi della sostenibilità del suo debito pubblico. La prima versione del Trattato, peraltro, attribuiva all'ESM poteri meno penetranti e margini di manovra più ridotti rispetto a quelli attuali, dal momento che contemplava esclusivamente la possibilità che questo fornisse aiuto agli Stati in concrete difficoltà finanziarie ed esclusivamente mediante la concessione di un prestito, e anche l'acquisto di obbligazioni sul mercato primario era previsto solo come eccezione. Il testo definitivo del Trattato consente

invece oggi all'ESM di intervenire anche con fini "precauzionali", e quindi anche per evitare la concretizzazione di un rischio di instabilità potenziale: in casi siffatti la regola generale, che prevede che le decisioni del *Board* vengano adottate all'unanimità, potrà essere sostituita da quella che consente l'adozione di decisioni con una maggioranza qualificata dell'85% del capitale, sempre che la Commissione e la BCE abbiano deciso che occorrono misure urgenti per la salvaguardia della stabilità finanziaria ed economica della zona euro. Il nuovo testo, peraltro, consente all'ESM di finanziare la ricapitalizzazione degli istituti finanziari mediante prestiti ai governi, e, ancora, addirittura di procedere all'acquisto di titoli del debito pubblico sul mercato primario, cioè al momento del loro primo collocamento.

Il Trattato in esame risulta peraltro formalmente collegato a quello sulla *governance*, dal momento che l'erogazione degli aiuti previsti dal primo è subordinata, a partire dal 1° marzo 2013, alla ratifica del secondo da parte del Paese interessato e, un anno dopo la sua entrata in vigore, alla sua esecuzione interna ai sensi della clausola di cui si è detto; ancora, a partire dalla sua entrata in vigore, che avverrà non appena gli Stati membri che rappresentano il 90% degli impegni di capitale lo avranno ratificato, l'ESM beneficerà anche dello *status* di creditore preferenziale, analogamente a quanto avviene per il FMI, ma in posizione subordinata rispetto a quest'ultimo.

In conclusione, al meccanismo esaminato possono essere mosse due critiche principali: in primo luogo anche esso ci pare confliggere con i divieti di *bail out*, i quali potrebbero considerarsi aggirati solo qualora si riconoscesse al Meccanismo in esame una soggettività distinta sia rispetto all'UE, sia rispetto ai suoi Membri, ai quali i divieti in esame si rivolgono: e ciò sembra essere nell'intenzione dei redattori del testo del Trattato che, dicevamo, qualifica l'ESM come una istituzione finanziaria internazionale. In secondo luogo, il Trattato sembra riproporre con nuova rilevanza l'annosa questione del *deficit* democratico dell'UE⁷³, dal momento che esso non prevede alcuna partecipazione del Parlamento europeo alla gestione del Meccanismo, neppure con riferimento ad una questione delicata come la decisione in merito all'aumento di capitale, che comunque resta di competenze esclusiva dei governi dei Paesi membri riuniti nel *Board*.

9. L'esame sin qui condotto, in conclusione, delinea una frammentazione del sistema dell'UE, quanto meno per quanto concerne il pilastro economico dell'Unione, in una serie di sottosistemi normativi non coincidenti tra loro per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, e mal coordinati sotto il profilo del contenuto materiale delle disposizioni in essi previste.

Infatti ad un nucleo di base di disposizioni comuni, applicabili a tutti i 27 Paesi membri, si sono via via aggiunti altri blocchi normativi applicabili a cer-

⁷³ Cfr. da ultimo M. FRAGOLA, *Deficit democratico e procedura di revisione dei trattati nel processo di integrazione europea*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 629 ss.; C. PINELLI, *Il deficit democratico europeo e le risposte del Trattato di Lisbona*, in *Rassegna parlamentare*, 2008, p. 925 ss.

chie sempre più ristrette di Paesi membri: ora, se è vero che l'idea di un'Europa "a cerchi concentrici" o "a più velocità" è ormai risalente, e che i Trattati riconoscono la possibilità delle c.d. cooperazioni rafforzate⁷⁴, la situazione esaminata ci pare indicare un limite nell'attuale costruzione dell'Unione europea a 27, dovuto probabilmente alla enorme differenza di grado di sviluppo dei Paesi che vi partecipano. E la situazione ci pare aggravata anche, nel contingente della crisi, dalla sostanziale assenza di misure volte a tentare di riequilibrare, nel perseguimento degli obiettivi di cui all'art. 3 TUE, le dette differenze.

Per altro verso si sta assistendo anche ad un evidente potenziamento del ruolo del Consiglio europeo⁷⁵ e, in generale, dei governi nazionali (o almeno di alcuni di essi), che, assieme alla riduzione delle prerogative del Parlamento europeo in merito alla gestione delle dinamiche macroeconomiche in seno all'UE, rischia di riproporre in maniera importante quel *democratic gap* che gli Stati membri avevano cercato di ridurre mediante le modifiche apportate al sistema normativo originario CE/UE già col Trattato di Maastricht, e poi mediante i successivi Trattati di Amsterdam, Nizza e Lisbona. Sintomo di questa situazione, peraltro, è una drastica riduzione di rilevanza del c.d. metodo comunitario⁷⁶ e la conseguente invasiva reviviscenza del metodo intergovernativo.

L'auspicio è che la situazione descritta sia solo provvisoria e dettata da logiche emergenziali: in tal senso gli Stati membri, forse nella consapevolezza della detta frammentazione e dei rischi ad essa connessi, hanno inserito nel Trattato sulla *governance*, all'art. 16, una sorta di clausola di "riunificazione del sistema normativo" che impone, entro cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato stesso e alla luce dell'esperienza maturata in seguito alla sua attuazione, l'adozione di tutte le misure necessarie per incorporarne il contenuto nell'ordinamento per così dire generale dell'UE.

⁷⁴ Sul punto si vedano gli articoli 20, 44, 45 e 46 TUE e gli articoli 82, 83, 86, 87 e 326-334 TFUE.

⁷⁵ Cfr. U. VILLANI, *Prove tecniche di governance europea dell'economia*, in *Sud in Europa*, dicembre 2011, p. 1 ss., www.sudineuropa.net.

⁷⁶ P. PALLARO, *Apologia di un nome: un'interpretazione del metodo comunitario e dell'esprit communautaire*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, p. 425 ss.; F. RASPA-DORI, *Il "metodo comunitario" tra allargamento dell'Unione e Trattato costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 767 ss.

Abstract

The Economic Constitution of the European Union at a Time of Global Crisis

The paper analyzes the legal measures adopted by the European Union (EU) and its Member States in order to manage the global financial and economic crisis that started in 2007. The author divides those measures into three main groups: rules adopted to regulate EU economic policies in physiological – that is “non-crisis” – conditions; general rules for critical economic situations that were not specifically thought for the ongoing crisis; *ad hoc* instruments built to deal with the ongoing crisis (e.g. Euro-Plus Pact; the so-called Six Pack; the European semester; the European Financial Stabilization Mechanism; the European Fund of Financial Stability; the Treaty on stability, coordination and governance in the economic and monetary union; the European Stability Mechanism).

The author concludes that all the examined measures have resulted in modifying the European Union economic constitution.

Valeria Di Comite*

Il desiderio di “vivere insieme” e il mancato diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini europei “statici” alla luce del caso *Dereci*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La sentenza *Ruiz Zambrano*. – 3. La giurisprudenza successiva: il caso *McCarthy*. – 4. Il caso *Dereci*: gli elementi di fatto e le questioni pregiudiziali. – 5. *Segue*: la “presa di posizione” dell’Avvocato generale Mengozzi. – 6. *Segue*: la pronuncia della Grande sezione. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Nel corso del 2011 la Corte di giustizia dell’Unione europea è stata chiamata a precisare la portata delle disposizioni del Trattato relative alla cittadinanza europea¹, sulla base di alcune questioni concernenti la posizione giuri-

* Ricercatore di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ In relazione alla cittadinanza europea, tra gli altri, cfr. R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell’Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992 p. 622 ss.; D. J. LIÑÁN NOGUERAS, *Ciudadanía de la Unión europea*, in G. C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, D. J. LIÑÁN NOGUERAS (direttori), *El Derecho comunitario y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 271 ss.; U. VILLANI, *La cittadinanza dell’Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, p. 1001 ss.; ID., *Istituzioni di Diritto dell’Unione Europea*, Bari, 2010, II ed., p. 97 ss.; A. MATTEIRA, “*Civis europaeus sum*”. *La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e diretta applicabilità dell’articolo 18 (ex articolo 8A)*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 1999, p. 431 ss.; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell’Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2003; L. S. ROSSI, *I cittadini*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il diritto privato dell’Unione europea*, 1, Torino, 2006, II ed., p. 97 ss.; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la “utopia” sovranazionale*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2006, p. 435 ss.; ID. (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; A. SINAGRA, *La cittadinanza nella evoluzione del diritto interno, del diritto internazionale e del diritto comunitario*, in F. LANCHESTER, T. SERRA (a cura di), “*Et si Omnes ...*”. *Scritti in onore di Francesco Mercadante*, Milano, 2008, p. 843 ss.; L. MOCCIA, *Il sistema della cittadinanza europea: un mosaico in composizione*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell’Unione europea*, Milano, 2010, p. 165 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010; P. TRAISCI (a cura di), *Il “diritto privato europeo” dal mercato interno alla cittadinanza europea*, Napoli, 2010; C. ZANGHÌ,

dica di cittadini di Paesi terzi, familiari di cittadini europei “statici”. L’apertura di questo nuovo filone giurisprudenziale si è avuta con il caso *Ruiz Zambrano*² dell’8 marzo 2011, in cui la Corte per la prima volta ha riconosciuto sulla base del solo art. 20 TFUE il diritto di un cittadino di un Paese terzo ad ottenere il permesso di soggiorno nello Stato di cittadinanza e residenza dei due suoi figli aventi la cittadinanza europea. La posizione affermata nel caso *Ruiz Zambrano* non sembra contraddetta dalla giurisprudenza successiva, che però ha cercato di chiarire il carattere del tutto eccezionale di tale pronuncia. Un’indicazione in tal senso si riscontra nella sentenza *McCarthy*³ e – come vedremo – soprattutto nella pronuncia del 15 novembre 2011 relativa al caso *Dereci*⁴. Tuttavia, la questione esaminata ha delle ripercussioni talmente importanti nella vita di numerosi stranieri familiari di cittadini europei che non sono mancati ulteriori rinvii attualmente pendenti⁵.

In particolare, nel caso *Dereci*, come ben evidenziato dal giudice del rinvio, le fattispecie concrete si discostano in parte dal caso *Ruiz Zambrano* per le loro caratteristiche specifiche, ma in tutte le cause principali emerge con chiarezza il “desiderio” dei componenti della famiglia di “vivere insieme”⁶.

Appare quindi legittimo chiedersi se questo “desiderio” possa trovare una tutela giuridica nell’ordinamento dell’Unione e in quali casi. È certo che nel caso in cui tale “desiderio” riguardi un cittadino europeo “dinamico” la sua tutela giuridica deriverebbe dall’applicazione della direttiva 2004/38/CE⁷, mentre in tutte le ipotesi contemplate nel caso *Dereci* l’applicazione della direttiva è esclusa⁸. La

Istituzioni di diritto dell’Unione europea, Torino, 2010, V ed., p. 68 ss.; G. PORRO, *Riflessioni in merito al rafforzamento della cittadinanza europea*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, Torino, 2011, p. 831 ss.; A. TIZZANO, *Alle origini della cittadinanza europea*, *ivi*, p. 857 ss.

² Sentenza della Corte di giustizia dell’8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano c. Belgio*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy c. Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci e altri c. Bundesministerium für Inneres*.

⁵ Cfr. le cause riunite C-356/11, *O e S*, e C-357/11, *L*, entrambe presentate il 17 luglio 2011.

⁶ Come evidenziato dal giudice del rinvio “(...) al pari delle cause conclusesi con la citata sentenza *Ruiz Zambrano*, i cittadini di Stati terzi e i loro familiari, cittadini dell’Unione che sono in possesso della cittadinanza austriaca e che non hanno fatto uso del loro diritto alla libera circolazione, desiderano prima di tutto vivere insieme”, sentenza *Dereci*, punto 31. Si veda altresì il punto 22 della sentenza e il punto 3 della presa di posizione dell’Avvocato generale Mengozzi del 29 settembre 2011.

⁷ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *GUUE* L 158, 30 aprile 2004, p. 77 ss.

⁸ Sul diritto all’ingresso e al soggiorno di cittadini di Paesi terzi v. G. CELLAMARE, *I diversi regimi normativi applicabili all’ingresso e al soggiorno degli stranieri nell’Unione europea in base alla cittadinanza degli stessi*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 111 ss.; L. GAROFALO, *L’ingres-*

soluzione di tale problema dipende quindi dall'interpretazione delle pertinenti disposizioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea ed eventualmente della Carta dei diritti fondamentali⁹, nonché in modo specifico rispetto alla situazione del ricorrente principale sig. *Dereci* dall'interpretazione delle clausole di *standstill* previste dalla decisione 1/80 del Consiglio di associazione stabilito dall'Accordo con la Turchia e dal suo Protocollo addizionale. Infine, sullo sfondo appare la questione del coordinamento del diritto dell'Unione con altri sistemi di tutela dei diritti fondamentali, come la Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU).

In relazione alla questione del diritto dei cittadini europei di vedersi riconosciuta "l'integrità del proprio nucleo familiare" si intrecciano dunque due principali questioni: quella della portata delle disposizioni del Trattato relative alla cittadinanza, in particolare degli articoli 20 e 21 TFUE¹⁰, e quella della tutela dei diritti fondamentali nei rapporti tra diritto dell'Unione, diritto internazionale e diritto interno.

2. Nell'ormai noto caso *Ruiz Zambrano* la Corte ha riconosciuto il diritto di soggiorno di un cittadino di un Paese terzo genitore di cittadini europei "statici" per cui, eccezionalmente e in modo indiretto, ha tutelato l'integrità del nucleo familiare attraverso una particolare interpretazione estensiva delle disposizioni sulla cittadinanza dell'Unione¹¹. Le affermazioni della Corte che sembrano rico-

so e il soggiorno dei cittadini di Stati terzi per motivi diversi dall'asilo, in G. CARELLA, G. CELLAMARE, L. GAROFALO, P. GARGIULO, G. PIZZOLANTE, A. L. SCIACOVELLI, R. DI CHIO, *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, p. 45 ss.

⁹ Quest'ultima infatti si può applicare solo se la fattispecie rientra nella sfera di operatività del diritto dell'Unione. In questo senso sia consentito un rinvio a V. DI COMITE, *L'uguaglianza tra cittadini europei? Una nuova sfida per un problema annoso*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 85 ss., in specie p. 88 s. Per una recentissima analisi della questione v. C. MORVIDUCCI, *Un nuovo diritto di soggiorno per il cittadino europeo*, in M. C. BARUFFI, I. QUADRANTI (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012, p. 1 ss., in specie p. 25 ss.

¹⁰ In tema cfr. R. PALLADINO, *Il diritto di soggiorno nel proprio Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 331 ss.; G. CAGGIANO, *La "filigrana del mercato" nello status di cittadino europeo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 209 ss.; C. MORVIDUCCI, *Un nuovo diritto di soggiorno*, *cit.*, *passim*.

¹¹ Sulla sentenza *Ruiz Zambrano* e, più in generale, sul tema del diritto di soggiorno dei familiari dei cittadini europei, v. A. ADINOLFI, *Diritto di soggiorno di cittadini di Stati terzi per rendere effettivo il diritto di soggiorno di cittadini dell'Unione nel loro Stato di cittadinanza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 467 ss.; M. R. CARMONA LUQUE, *TJUE – Sentencia de 08.03.2011 (Gran Sala)*, G. Ruiz Zambrano/Office national de l'emploi, C-34/09 – «Ciudadanía de la Unión – Artículo 20 TFUE – Derecho de residencia de un menor en el Estado miembro del que es nacional con independencia del ejercicio de la libre circulación – Concesión de un derecho de residencia derivado al ascendiente no comunitario que asume la manutención del menor». – *El disfrute efectivo de la esencia de los derechos de ciudadanía de la Unión*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2011, p. 185 ss.; R. DE MEO, *Status di cittadino europeo del figlio e diritto derivato di soggiorno del genitore*, in *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 763 ss.; P. MENGOZZI, *La sentenza Zambrano: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 417 ss.; I. OTTAVIANO, *Ancora sui diritti riconosciuti ad un cittadino di Paese terzo in quanto genitore di un*

noscere una nuova dimensione ai diritti collegati allo *status* della cittadinanza europea sono però sempre attentamente controbilanciate dalla necessità che le situazioni controverse siano collegate all'esercizio del "nucleo fondamentale dei diritti" relativi allo *status* di cittadino dell'Unione.

Come più volte affermato dalla Corte di giustizia: "lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico"¹². Questa osservazione dispiega i suoi effetti non solo nei confronti dei cittadini dell'Unione "dinamici", ma, in determinati casi, anche nei confronti dei cittadini "statici", purché si dimostri l'esistenza di un nesso con il diritto dell'Unione.

La Corte nella sua copiosa giurisprudenza in materia si è mostrata assai generosa nell'individuare tale nesso¹³, ma nella sentenza *Ruiz Zambrano* sembra seguire una logica argomentativa del tutto nuova. In quest'ultimo caso la Corte ha ritenuto che uno Stato membro – il Belgio – dovesse riconoscere il diritto di soggiorno e il rilascio di un permesso di lavoro a un cittadino di un

minore cittadino dell'Unione: la Corte di giustizia estende la giurisprudenza Chen. Nota alla sentenza della Corte di giustizia, causa C-34/09, Zambrano c. Belgio, in Gli Stranieri, 2011, p. 115 ss.; R. PALLADINO, op. cit.; H. VAN EIJKEN, S. A. DE VRIES, A New Route into the Promised Land? Being a European Citizen after Ruiz Zambrano, in European Law Review, 2011, p. 704 ss.; A. L. SCIACOVELLI, La disciplina dell'ingresso e del soggiorno dei cittadini dell'Unione europea e dei loro familiari, in G. CARELLA, G. CELLAMARE, L. GAROFALO, P. GARGIULO, G. PIZZOLANTE, A. L. SCIACOVELLI, R. DI CHIO, op. cit., p. 1 ss. Sia altresì consentito un rinvio a V. DI COMITE, Maggiori diritti sociali per i genitori dei cittadini europei, in Sud in Europa, 2011, n. 1, www.sudineuropa.net; ID., La difficile posizione degli stranieri familiari di cittadini di Stati membri dell'Unione europea e le discriminazioni a rovescia: una questione ancora aperta?, in Gli stranieri, 2012, p. 85 ss.

¹² Sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Raccolta, p. I-6193, punto 31.

¹³ Tra i casi più innovativi in cui è stato riscontrato tale collegamento si possono ricordare, ad esempio, le sentenze dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, Raccolta, p. I-6279; del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *García Avello c. Belgio*, *ivi*, p. I-11613; e del 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Schempp c. Finanzamt München*, *ivi*, p. I-6421. Nel primo caso la Corte ha considerato applicabili le norme del Trattato per la semplice constatazione che il ricorrente, un cittadino britannico, prestava servizi a beneficiari stabiliti in altri Stati membri, e di conseguenza, ha ritenuto che l'espulsione della moglie potesse costituire un'illegitima ingerenza nella sua vita familiare. Nel caso *García Avello*, vertente sulle regole per la determinazione dei cognomi, il collegamento con il diritto dell'Unione dipendeva dalla circostanza che i figli del ricorrente (con doppia cittadinanza spagnola e belga ma residenti in Belgio), i quali non avevano ancora esercitato la libera circolazione avrebbero potuto incontrare serie difficoltà nell'esercizio dei loro diritti di cittadini europei se il loro cognome non avesse potuto seguire le regole dello Stato spagnolo di cui avevano la nazionalità. Anche nel caso *Schempp* si evidenzia l'elasticità del criterio di collegamento con il diritto dell'Unione, poiché la Corte ha ravvisato tale nesso in quanto la ex moglie del ricorrente (tenuto al versamento dell'assegno di mantenimento) si era avvalsa della libera circolazione. In tema cfr. E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 441 e p. 452 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, Torino, 2010, III ed., p. 64 ss.; C. MORVIDUCCI, *I diritti*, cit., p. 90 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 101.

Paese terzo in quanto genitore di minori di cittadinanza europea, benché la situazione non presentasse altri collegamenti con il diritto dell'Unione.

Nel caso di specie un cittadino colombiano residente in Belgio, senza permesso di soggiorno, aveva presentato ricorso contro il provvedimento dell'amministrazione nazionale che gli negava il riconoscimento di un'indennità di disoccupazione. La motivazione per la quale l'indennità era stata respinta riposava essenzialmente sulla circostanza che l'attività lavorativa era stata precedentemente svolta in assenza di un permesso di soggiorno: tale situazione impediva altresì che gli venisse accordato un permesso di lavoro poiché non era stata rispettata la normativa nazionale in materia di soggiorno degli stranieri e di occupazione di mano d'opera straniera.

Secondo il ricorrente la motivazione del rifiuto era contraria al diritto dell'Unione in quanto, in base alla sentenza *Zhu e Chen*¹⁴, egli avrebbe dovuto ottenere il diritto di soggiorno direttamente dall'applicazione del Trattato dell'allora Comunità europea essendo genitore di due bambini di cittadinanza europea.

La peculiarità del caso di specie deriva dal fatto che sia il ricorrente, sia i suoi figli minori di nazionalità belga non avevano esercitato alcuna delle libertà previste dal diritto dell'Unione europea. Peraltro la cittadinanza del Belgio era stata ottenuta a seguito della scelta dei genitori di non iscrivere i propri figli presso i competenti uffici colombiani e, di conseguenza, aveva trovato applicazione la legge belga orientata a evitare casi di apolidia.

Nel caso *Ruiz Zambrano* la questione posta alla cognizione della Corte sarebbe potuta sembrare una situazione puramente interna, in quanto un cittadino di un Paese terzo chiedeva di applicare la normativa nazionale dello Stato in cui soggiornava. Tale aspetto era stato messo in rilievo nelle osservazioni presentate da diversi Stati membri e dalla stessa Commissione. L'Avvocato generale Sharpston ha però espressamente escluso che potesse trattarsi di una situazione di tale genere in quanto l'attribuzione della cittadinanza belga ai figli minori del sig. Ruiz Zambrano aveva determinato l'automatica applicazione delle regole sulla cittadinanza dell'Unione europea; infatti (come già riconosciuto dalla Corte) l'esistenza di una situazione idonea a privare un cittadino europeo del suo *status* e dei diritti ad esso collegati "ricade per sua natura e per le conseguenze che produce nella sfera del diritto dell'Unione"¹⁵.

La Corte, senza neanche affrontare la questione della controversa natura puramente interna della fattispecie posta alla sua cognizione, ha invece immediatamente ribadito che l'art. 20 TFUE conferisce a chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro la cittadinanza europea e che "lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri"¹⁶.

¹⁴ Sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, *Raccolta*, p. I-9925, in merito cfr. U. VILLANI, *La cittadinanza europea e il diritto di soggiorno di una mamma cinese*, in *Sud in Europa*, 2005, n. 2, www.sudineuropa.net.

¹⁵ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 settembre 2010, *Ruiz Zambrano*, punto 93.

¹⁶ Sentenza *Ruiz Zambrano*, punti 40 e 41.

I figli minori del ricorrente avevano la cittadinanza belga per cui godevano dello *status* di cittadini dell'Unione e – come evidenziato dalla Corte – l'art. 20 TFUE impedisce di adottare provvedimenti nazionali che costituiscano un ostacolo al “godimento reale ed effettivo” dei diritti derivanti da tale *status*¹⁷.

La Corte ha argomentato che il diniego del permesso di soggiorno opposto a un cittadino di un Paese terzo dallo Stato membro in cui risiedono i figli, cittadini europei di tenera età, avrebbe avuto l'effetto di privare questi ultimi del godimento del loro *status* perché essi avrebbero potuto essere costretti ad abbandonare lo Stato di residenza (e – oggi si potrebbe aggiungere – “dell'Unione considerata nel suo complesso”¹⁸) per accompagnare i propri genitori. La medesima valutazione è stata manifestata anche in relazione al diniego del permesso di lavoro in quanto la mancanza di mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia avrebbe indotto il genitore a dover lasciare il territorio dello Stato membro e i figli, cittadini europei, non avrebbero potuto godere dei diritti collegati al loro *status*¹⁹.

Con un *iter* argomentativo breve e lineare la Corte di giustizia – senza richiamare alcuna altra previsione del diritto dell'Unione europea, compresa la Carta sui diritti fondamentali, e senza cercare supporto in altre norme convenzionali a tutela dei diritti umani, incluso l'art. 8 CEDU (sul diritto al rispetto della vita privata e familiare) – ha fondato in modo “autonomo” sul solo art. 20 TFUE il diritto di un cittadino di un Paese terzo a soggiornare legalmente e ad ottenere alcuni vantaggi sociali collegati con tale diritto di soggiorno (come l'indennità per la disoccupazione).

La *ratio* della pronuncia è evidente: si garantisce ai figli minori del genitore extraeuropeo il godimento dei diritti derivanti dal loro *status* di cittadini europei, basandosi sulla semplice constatazione che, se il genitore non avesse il permesso di soggiorno e non potesse accedere al mercato del lavoro, i figli minori “potrebbero” essere privati dei diritti derivanti dal loro *status* di cittadini europei (compreso il diritto di soggiorno nello Stato della loro cittadinanza).

La sentenza ha peraltro l'effetto di rendere ancora più elastico il requisito del “collegamento con il diritto dell'Unione”. In questo modo, in relazione a una problematica particolarmente delicata come il riconoscimento del diritto di soggiorno ai genitori extraeuropei affidatari di “minori europei”, la Corte assicura una tutela maggiore rispetto a quella già riconosciuta in precedenza²⁰.

¹⁷ *Ivi*, punto 42.

¹⁸ Sentenza *Dereci*, punto 66, e relativa presa di posizione dell'Avvocato generale Mengozzi, punti 22 e 27.

¹⁹ Sentenza *Ruiz Zambrano*, punti 44 e 45. Tali considerazioni sono state efficacemente ricondotte al concetto di “dissuasione dal soggiorno nel proprio Stato”, v. R. PALLADINO, *op. cit.*, p. 353.

²⁰ Alcuni elementi della fattispecie richiamano il caso *Ibrahim* (sentenza del 23 febbraio 2010, causa C-310/08, *London Borough of Harrow c. Ibrahim, Raccolta*, p. I-1065) nel quale la Corte era stata chiamata ad accertare se, in una situazione in cui il genitore extracomunitario che avesse l'effettivo affidamento dei figli minori, potesse godere del diritto di soggiorno in base alla normativa europea e se di conseguenza potesse ottenere il diritto a un sussidio per l'alloggio. In sostanza, la Corte di giustizia doveva accertare se il diritto di soggiorno del genitore fosse svincolato dalla

Nel caso *Ruiz Zambrano* le norme del Trattato sulla cittadinanza divengono, infatti, l'unico parametro normativo di riferimento per assicurare il godimento dei diritti riconosciuti ai cittadini europei anche se questi ultimi non hanno esercitato la libertà di circolazione tra Stati membri dell'Unione. La semplice attribuzione della cittadinanza europea, considerata dalla prospettiva della necessità di garantire l'esercizio dei diritti collegati a tale *status*, compreso il diritto di soggiorno, acquista una valenza autonoma e diventa, dunque, un fattore fondamentale per distinguere le situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione rispetto a quelle "puramente interne".

3. Nel caso *McCarthy* la Corte era chiamata ad accertare se una cittadina europea – con la doppia cittadinanza irlandese e britannica che però era residente nel Regno Unito e non aveva mai esercitato alcuna libertà collegata con il diritto dell'Unione – potesse vantare un diritto al ricongiungimento familiare con il proprio coniuge giamaicano²¹. Ebbene, anche se la Corte in concreto ha negato che la ricorrente nella causa principale potesse ottenere tale diritto in base alla normativa dell'Unione europea e alle regole sulla cittadinanza europea, essa ha tuttavia precisato che "la situazione di un cittadino dell'Unione che (...) non abbia esercitato il diritto di libera circolazione non può, per ciò solo, essere assimilata ad una situazione puramente interna"²². Con un approccio diverso da quello proposto dall'Avvocato generale Kokott²³, la Corte non è entrata nel merito della questione del

necessità di essere economicamente autosufficiente e di avere un'assicurazione malattia. In tale caso però il collegamento con il diritto dell'Unione derivava dalla circostanza che la sig.ra Ibrahim era divorziata da un cittadino danese e, inoltre, i figli della ricorrente avevano cittadinanza danese e si erano trasferiti nel Regno Unito, per cui in quella fattispecie si riscontrava in modo evidente il collegamento con il diritto dell'Unione derivante dall'esercizio della libera circolazione tra Stati membri. Per una ricostruzione dei fatti cfr. V. DI COMITE, *Diritto allo studio dei cittadini europei e diritto di soggiorno dei genitori*, in *Sud in Europa*, 2010, n. 2, www.sudineuropa.net e ID., *Cittadinanza europea, mobilità degli studenti e vantaggi sociali*, in *Studi in onore di Claudio Zanghì*, cit., p. 569 ss., in specie p. 584 ss. Sulle particolari implicazioni del diritto di soggiorno degli studenti di cittadinanza europea, nonché dei loro familiari, v. M. CANDELA SORIANO, *Libre circulación de estudiantes y ventajas sociales. Comentario a la Sentencia del TJCE de 15 de marzo de 2005 en el asunto Bidar (C-209/03)*, in *Revista General de Derecho Europeo*, n. 8, 2005, www.iustel.com; P. GARGIULO, *La cittadinanza sociale europea tra mito e realtà*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 229 ss., in specie p. 246 ss.; L. APPICIAFUOCO, *Lo status sociale dei cittadini europei economicamente non attivi: una "cittadinanza sociale di mercato europeo"?*, *ivi*, p. 279 ss.; L. RAIMONDI, *Circolazione degli studenti universitari e principio di non discriminazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, *ivi*, p. 309 ss.; I. QUADRANTI, *Mobilità per studio e formazione nell'Unione europea: un'opportunità concreta non scevra di difficoltà*, in M. C. BARUFFI, I. QUADRANTI (a cura di), *op. cit.*, p. 221 ss.

²¹ In relazione a tale caso cfr. G. CELLAMARE, *Ricongiungimenti: no alla regolarizzazione del coniuge se non si è mai usufruito della libera circolazione*, in *Guida al diritto, Il Sole-24Ore*, 2011, n. 21, p. 72 ss.

²² Sentenza *McCarthy*, punto 46. La stessa affermazione si legge anche nel caso *Schempp*, punto 22. A tal proposito v. E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 441.

²³ Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, del 25 novembre 2010, *McCarthy*, punti 30-31 e 38-42, in specie punto 41.

carattere puramente interno della fattispecie concreta, ma ha considerato direttamente la posizione della cittadina europea “statica”, assicurandosi che quest’ultima non fosse privata del godimento dei diritti derivanti dal suo *status*. La Corte, dopo aver richiamato la sua consolidata giurisprudenza in materia di cittadinanza europea, ha ribadito che “l’art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status suddetto”²⁴. Essa ha inoltre precisato che: “In quanto cittadina di almeno uno Stato membro, una persona come la sig.ra McCarthy gode dello status di cittadino dell’Unione ai sensi dell’art. 20, n. 1, TFUE e può dunque avvalersi, *eventualmente anche nei confronti del suo Stato membro d’origine*, dei diritti afferenti a tale status, in particolare del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, quale conferito dall’art. 21 TFUE (...)”²⁵.

La Corte ha ribadito, dunque, il principio secondo cui i diritti derivanti dalla cittadinanza dell’Unione sono diritti che i titolari possono far valere anche nei confronti dello Stato della propria cittadinanza, specialmente in quelle situazioni in cui i provvedimenti interni verrebbero ad incidere in modo negativo sul godimento dei diritti derivanti dallo *status* di cittadino dell’Unione²⁶.

4. Nella pronuncia *Dereci*²⁷ del 15 novembre 2011 la Grande sezione della Corte di giustizia è tornata ad occuparsi della portata del concetto di “godimento

²⁴ Cfr. sentenza *McCarthy*, punto 47. La stessa posizione era stata espressa nella sentenza *Ruiz Zambrano*, punto 42.

²⁵ Corsivo aggiunto. La Corte ha peraltro riscontrato che “(...) nessun elemento della situazione della sig.ra McCarthy, come descritta dal giudice del rinvio, mostra che la misura nazionale in questione nella causa principale produca l’effetto di privare costei del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti correlati al suo status di cittadina dell’Unione ovvero l’effetto di ostacolare l’esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, ai sensi dell’art. 21 TFUE. Infatti, la mancata presa in considerazione, da parte delle autorità del Regno Unito, della cittadinanza irlandese della sig.ra McCarthy, al fine di riconoscere a quest’ultima un diritto di soggiorno in tale paese, non menoma in alcun modo il suo diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, né d’altronde alcun altro diritto ad essa conferito dal suo status di cittadina dell’Unione”, sentenza *McCarthy*, punti 47-49.

²⁶ In tema si veda la sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, *Raccolta*, p. I-1449 ss. Anche in questo caso il ragionamento della Corte si è imperniato sulle conseguenze negative che avrebbe potuto avere il provvedimento nazionale tedesco di revoca della naturalizzazione del ricorrente sulla cittadinanza dell’Unione: cfr. P. MENGOLZI, *Il rapporto tra la cittadinanza degli Stati membri e la cittadinanza dell’Unione*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 433 ss.; C. MORVIDUCCI, *Limiti comunitari alla revoca (e all’attribuzione) della cittadinanza di uno Stato membro*, *ivi*, p. 451 ss.

²⁷ Su tale sentenza si vedano C. BRIÈRE, *La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de l’Union européenne. Chronique des arrêts. Arrêt «Murat Dereci et autres c. Bundesministerium für Inneres»*, in *Revue du droit de l’Union européenne*, 2011, pp. 731-736; J. M. CORTÉS MARTÍN, *TJUE – Sentencia de 15.11.2011 (Gran Sala)*, M. Dereci y otros / Bundesministerium Für Inners, C-256/11 – «Ciudadanía – Derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente – ciudadano de la unión residiendo en el estado

effettivo e sostanziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino”. Sebbene emergano in maniera più nitida i confini del diritto di soggiorno dei familiari extraeuropei di cittadini dell’Unione, come vedremo, alcuni margini di incertezza sono ancora presenti.

La domanda di pronuncia pregiudiziale sollevata dal Verwaltungsgerichtshof (Austria) ai sensi dell’art. 267 TFUE si riferiva espressamente alla sentenza *Ruiz Zambrano* dell’8 marzo 2011 per accertare se l’innovativa interpretazione giurisprudenziale dell’art. 20 TFUE potesse considerarsi applicabile anche nei casi posti alla cognizione del giudice del rinvio.

Dopo solo pochi mesi la Corte ha avuto occasione di chiarire le sue due precedenti pronunce *Ruiz Zambrano* e *McCarthy*. La causa *Dereci*, infatti, è stata sottoposta a “procedimento accelerato” ai termini degli articoli 23 *bis* dello statuto della Corte e 104 *bis* del regolamento di procedura.

I fatti che hanno dato origine alla sentenza della Grande sezione riguardano cinque cause principali tutte inerenti alla contestata legittimità di misure di allontanamento e di ordini di espulsione emanati dal Bundesministerium für Innere (Ministero degli interni austriaco) nei confronti di cittadini di Paesi terzi, familiari a diverso titolo di cittadini austriaci residenti in Austria. Alcune differenze riguardano, invece, la questione dell’ingresso regolare o meno dei ricorrenti cittadini di Paesi terzi e la diversa categoria di vincolo familiare con i cittadini europei. Inoltre, nella causa principale relativa alla posizione del solo sig. *Dereci*, di cittadinanza turca, si pone anche il problema dell’interpretazione della decisione 1/80 resa dal Consiglio di associazione, istituito dall’Accordo di associazione concluso dalla Comunità con la Turchia²⁸, e del Protocollo addizionale a tale Accordo²⁹.

Un elemento comune riguarda tutti i casi principali: in nessuna di queste fattispecie trova applicazione la direttiva 2004/38, poiché in tutti questi casi i cittadini europei, familiari dei ricorrenti, non hanno mai goduto del diritto di circolazione nel territorio dell’Unione.

cuya nacionalidad posee – permiso de residencia a miembros de la familia nacionales de terceros países – privación del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadano de la Unión». Sobre lo esencial de los derechos vinculados a la ciudadanía y su articulación con el derecho fundamental a la vida familiar, in Revista de Derecho Comunitario Europeo, 2011, n. 40, p. 871 ss.; S. ADAM, P. VAN ELSUWEGE, Citizenship Rights and the Federal Balance between the European Union and its Member States: Comment on Dereci, in European Law Review, 2012, p. 176 ss.; N. NIC SHUIBHNE, (Some of) the Kids Are all Right, in Common Market Law Review, 2012, p. 349 ss.

²⁸ Decisione del Consiglio di Associazione del 19 settembre 1980, n. 1/80, relativa allo sviluppo dell’associazione istituita con l’Accordo che crea un’associazione tra la Comunità economica europea e la Turchia siglato il 12 settembre 1963 ad Ankara dalla Repubblica di Turchia, da un lato, nonché dagli Stati membri della CEE e dalla Comunità, dall’altro, e concluso, approvato e confermato, a nome di quest’ultima, con decisione del Consiglio del 23 dicembre 1963, 64/732/CEE (GU 217, 29 dicembre 1964, p. 3685).

²⁹ Protocollo addizionale siglato il 23 novembre 1970 a Bruxelles e concluso, approvato e confermato, a nome della Comunità con regolamento (CEE) n. 2760/72 del Consiglio, del 19 settembre 1972 (GUCE L 293, 29 dicembre 1972, p. 1).

Sulla base di questo elemento comune il giudice del rinvio – dovendosi pronunciare sull'appello promosso dai ricorrenti principali – ha chiesto alla Corte di giustizia se queste situazioni potessero ritenersi analoghe a quella decisa nel caso *Ruiz Zambrano*, in considerazione del fatto che l'ordine di espulsione avrebbe privato i cittadini europei della possibilità di “vivere insieme” ai loro familiari. Tuttavia, il medesimo giudice rileva come, diversamente dal precedente caso *Ruiz Zambrano*, “i cittadini dell'Unione in questione non si trovano confrontati al rischio di trovarsi privi di mezzi di sussistenza”³⁰. Per questo motivo il giudice *a quo* ha posto alla Corte di giustizia la seguente questione: se il diniego della competente autorità austriaca a concedere il permesso di soggiorno ai ricorrenti delle cinque cause principali “debba essere interpretato come causa, per i loro familiari, cittadini dell'Unione, di una privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione”³¹.

Per meglio comprendere la rilevanza delle problematiche con cui era chiamato a confrontarsi il giudice del rinvio, è opportuno fare riferimento ad alcune delle questioni pregiudiziali sollevate da detto giudice. Per la precisione, il giudice ha sollevato quattro questioni principali, di cui alcune a loro volta suddivise in più questioni. Con la prima questione il giudice desiderava conoscere in quali casi esistesse un diritto di soggiorno conferito direttamente dall'art. 20 TFUE. Tale questione era però articolata in quattro diverse ipotesi concrete, indicate nelle lettere a), b), c) e d). Le successive questioni n. 2 e n. 3, lettere a) e b), erano invece orientate a determinare la portata dell'eventuale diritto di soggiorno, ma, come vedremo, non hanno costituito oggetto di esame da parte della Corte.

Il giudice del rinvio chiedeva dunque chiarimenti sulla portata dell'art. 20 TFUE, e in concreto desiderava sapere se tale norma dovesse essere interpretata nel senso che vietasse a uno Stato membro di negare il diritto di soggiorno ai cittadini di Paesi terzi in alcune specifiche fattispecie.

In primo luogo, il giudice sollevava la questione se lo Stato membro potesse negare a un cittadino di un Paese terzo, il cui coniuge e i cui figli minori erano cittadini dell'Unione, il diritto di soggiorno nello Stato membro di residenza e di cittadinanza dei propri familiari, anche qualora questi ultimi non dipendessero dal cittadino del Paese terzo per il loro mantenimento (questione n. 1, lett. a) relativa alla posizione del ricorrente Dereci); in secondo luogo, il giudice *a quo* domandava alla Corte se tale interpretazione dovesse essere seguita rispetto alla posizione di cittadini di Paesi terzi coniugi di cittadini europei, anche se tali cittadini europei non dipendevano dal cittadino del Paese terzo per il loro mantenimento (questione n. 1, lett. b) relativa alla posizione dei ricorrenti Heilm e Maduik); in terzo luogo, il giudice *a quo* chiedeva ancora se detta interpretazione potesse applicarsi quando la fattispecie concreta riguardasse il figlio maggiore di cittadinanza di un Paese terzo, la cui madre cittadina europea non dipendeva economicamente dal figlio, ma viceversa quest'ultimo dipendeva

³⁰ Sentenza *Dereci*, punto 32.

³¹ *Ivi*, punto 33.

dalla madre per il proprio mantenimento (questione n. 1, lett. c) relativa alla posizione del ricorrente Kokollari); infine, l'ultima ipotesi riguardava la situazione di una figlia maggiorenne di cittadinanza di un Paese terzo, il cui padre cittadino europeo statico non dipendeva per il suo mantenimento dalla figlia, ma quest'ultima riceveva dal padre un sostentamento (questione n. 1, lett. d) relativa alla posizione della ricorrente Stevic).

Infine, l'ultima questione, la n. 4, concerneva in modo specifico solo il ricorrente Dereci poiché si trattava di interpretare alcune disposizioni convenzionali inerenti alla posizione giuridica dei cittadini turchi. Con la quarta questione, infatti, il giudice del rinvio chiedeva essenzialmente di pronunciarsi sull'interpretazione delle clausole di *standstill* previste dall'art. 13 della citata decisione 1/80 del Consiglio di associazione, relativa alla circolazione dei cittadini turchi, e dall'art. 41 del Protocollo addizionale, concernente il diritto di stabilimento di detti cittadini.

In concreto, con il quarto quesito il giudice *a quo* desiderava sapere se le clausole di *standstill* richiamate impedissero a uno Stato membro di subordinare il "primo ingresso" di un cittadino turco a condizioni più severe rispetto a quelle vigenti in precedenza, anche se queste ultime, che avevano reso più agevole il regime del primo ingresso, fossero entrate in vigore in un momento successivo a quello in cui le clausole di *standstill* erano divenute efficaci per detto Stato membro, ossia a seguito della sua adesione all'Unione.

Per chiarire la questione è opportuno fare riferimento alle circostanze di fatto del caso del sig. Dereci. Egli era entrato per la prima volta in Austria quando era in vigore la legge austriaca del 1997³² che consentiva ai cittadini di Paesi terzi di restare sul territorio nazionale mentre era in corso il procedimento per pronunciarsi sulla loro richiesta del permesso di soggiorno. La legge del 1997 costituiva una "mitigazione" della legge del 1993³³ vigente al momento dell'entrata in vigore dell'Accordo di associazione con la Turchia per l'Austria. La legge del 2006 (NAG)³⁴ aveva però revocato il diritto dei cittadini di Paesi terzi di attendere nel territorio nazionale la decisione relativa al permesso di soggiorno. Dal fascicolo si ricavava inoltre che il sig. Dereci aveva presentato la sua domanda per il permesso di soggiorno il 24 giugno 2004, ossia quando era in vigore la legge del 1997, ma per effetto dell'entrata in vigore del NAG, ossia dal 1° gennaio 2006, era divenuto irregolare giacché al 31 dicembre 2005 la sua richiesta non era ancora stata oggetto di decisione³⁵.

³² Legge austriaca del 1997 in materia di ingresso, soggiorno e stabilimento di stranieri (Bundesgesetz über die Einreise, den Aufenthalt und die Niederlassung von Fremden, BGBl. I, 75/1997). V. sentenza *Dereci*, punto 20.

³³ Leggi austriache del 1992 in materia di soggiorno (Aufenthaltsgesetz, BGBl. 466/1992) e sugli stranieri (Fremdengesetz, BGBl. 838/1992) erano in vigore all'atto dell'adesione della Repubblica d'Austria all'Unione europea, il 1° gennaio 1995. V. sentenza *Dereci*, punto 21.

³⁴ Legge federale del 2005 in materia di stabilimento e soggiorno in Austria (Bundesgesetz über die Niederlassung und den Aufenthalt in Österreich, BGBl. I, 100/2005) in prosieguo "NAG". Vedi sentenza *Dereci*, punto 14.

³⁵ Presa di posizione *Dereci*, punto 56.

In definitiva, in relazione alla quarta questione, bisognava accertare se le clausole di *standstill* su richiamate – nella misura in cui prevedono l’obbligo degli Stati membri e della Turchia di non stabilire nuove restrizioni alle condizioni d’accesso all’occupazione dei lavoratori e dei loro familiari, che si trovano sui rispettivi territori “in situazione regolare”, quanto al soggiorno e all’occupazione – consentissero al giudice del rinvio di escludere l’applicabilità di una legge interna, come il NAG, che impone a un cittadino turco di lasciare il territorio nazionale durante l’esame della sua domanda del permesso di soggiorno.

5. Nella presa di posizione del 29 settembre 2011, l’Avvocato generale Mengozzi pone subito in evidenza che i cinque procedimenti principali sono accomunati dalla circostanza che i cittadini dell’Unione “desiderano” vivere insieme ai loro familiari – ricorrenti principali di nazionalità extraeuropea –, ma che i cittadini dell’Unione non si sono avvalsi del diritto di circolazione nell’Unione e non dipendono economicamente dai ricorrenti. In questo modo gli elementi di base sono presto individuati, anche se la specificità di ogni singolo caso è successivamente messa in rilievo.

Dagli elementi comuni si trae tuttavia il nodo centrale della questione: è necessario pronunciarsi essenzialmente sull’interpretazione dell’art. 20 TFUE. Secondo l’Avvocato generale, infatti, il giudice del rinvio con le prime tre questioni in sostanza vuole sapere “se, ed eventualmente a quali condizioni, le disposizioni del TFUE relative alla cittadinanza dell’Unione implicino la concessione di un diritto di soggiorno riconosciuto al cittadino di un paese terzo che sia il coniuge, uno dei genitori o il figlio di un cittadino dell’Unione, allorché detto cittadino ha sempre soggiornato nello Stato membro di cui possiede la cittadinanza senza essersi mai avvalso del suo diritto alla libera circolazione”. L’Avvocato generale quindi precisa che: “Le ragioni per le quali il giudice del rinvio esprime dubbi quanto all’interpretazione dell’art. 20 TFUE sono inequivocabili: si tratta di comprendere meglio la portata della citata sentenza Ruiz Zambrano (...)”.

Come già indicato sia nella sentenza *Ruiz Zambrano* che nella pronuncia immediatamente successiva, il caso *McCarthy*, la Corte aveva affermato che le situazioni esaminate non potevano considerarsi “puramente interne”, per cui era entrata nel merito delle due controversie. Nel primo caso, in sintesi, la Corte aveva ritenuto che il rifiuto del permesso di soggiorno e quello del permesso di lavoro avrebbero potuto costringere il *pater familias* a lasciare il territorio dell’Unione per cui anche i suoi figli minori si sarebbero “trovati costretti” a lasciare detto territorio. Questa circostanza avrebbe avuto come conseguenza che i minori si sarebbero trovati “nell’impossibilità di godere del nucleo dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell’Unione”³⁶. Secondo l’Avvocato generale Mengozzi, la Corte quindi sembrerebbe escludere la qualifica di “situazione puramente interna” ad uno Stato membro nelle situazioni in cui i provvedimenti

³⁶ Sentenza *Ruiz Zambrano*, punto 44. Presa di posizione *Dereci*, punto 22.

nazionali abbiano “l’effetto di *privare il cittadino del godimento effettivo del nucleo dei diritti collegati al suo status*”. Nel caso *Ruiz Zambrano* tale situazione si sarebbe potuta verificare, e per questo motivo la Corte prescinde dalla circostanza che i cittadini dell’Unione non si fossero avvalsi del diritto di libera circolazione³⁷.

Nel caso *McCarthy* il ragionamento della Corte si era invece incentrato sull’interpretazione dell’art. 21 TFUE. Essa aveva però escluso che la ricorrente potesse avvalersi dei diritti derivanti da tale disposizione poiché non aveva esercitato il diritto di circolazione, né esisteva alcun altro collegamento con il diritto dell’Unione, sebbene la ricorrente avesse la doppia cittadinanza britannica ed irlandese. In questo caso la teoria elaborata nella pronuncia *Ruiz Zambrano* non poteva trovare applicazione, poiché la ricorrente non correva il rischio di essere costretta ad abbandonare il territorio dell’Unione e di conseguenza di essere privata del *godimento effettivo del nucleo dei diritti collegati al suo status* di cittadina dell’Unione. Inoltre, nel caso *McCarthy* il provvedimento interno che impediva il ricongiungimento non aveva l’effetto di ostacolare l’esercizio del diritto della ricorrente di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. In altri termini, in questo caso non poteva trovare applicazione neanche la giurisprudenza elaborata in occasione della citata sentenza *García Avello* e nella successiva *Grunkin e Paul*³⁸.

L’Avvocato generale Mengozzi ha precisato che le sue osservazioni nel caso *Dereci* si ponevano in linea di continuità rispetto alla giurisprudenza pregressa, per questo motivo si fondavano “(...) sul presupposto che ‘il nucleo dei diritti inerenti allo status di cittadini dell’Unione’, ai sensi della citata sentenza *Ruiz Zambrano* non comprende, il diritto al rispetto della vita familiare, consacrato all’art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nonché all’art. 8, n. 1, CEDU (...) emerge infatti che il diritto al rispetto della vita familiare si rivela di per sé insufficiente per includere nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione la situazione di un cittadino dell’Unione che non abbia esercitato il suo diritto alla libera circolazione e/o, eventualmente, non sia privato del godimento effettivo di uno degli altri diritti enumerati all’art. 20, n. 2, lett. b)-d), TFUE”³⁹.

Secondo l’Avvocato generale la posizione mantenuta dalla Corte non si giustificerebbe sulla base di quanto disposto dall’art. 20, par. 2, TFUE che non stabilisce una tassativa elencazione di diritti. La sua *ratio* piuttosto andrebbe ricercata nella “cura che le competenze dell’Unione e delle sue istituzioni non sconfinino né in quelle degli Stati membri in materia di immigrazione né in quelle della Corte europea per i diritti dell’uomo nel settore della tutela dei diritti fondamentali” in conformità agli articoli 6, par. 1, TUE e 51, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali⁴⁰. Nell’analisi dell’Avvocato generale si specifica che la

³⁷ Presa di posizione *Dereci*, punto 23 (corsivo aggiunto).

³⁸ *Ivi*, punto 27. V. la sentenza del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Raccolta*, p. I-7639.

³⁹ Presa di posizione *Dereci*, punti 37-38.

⁴⁰ *Ivi*, punto 39.

protezione offerta dagli ordinamenti degli Stati membri, da quello dell'Unione e da quello internazionale rispetto alla tutela della "vita familiare" sarebbe "complementare". Per i cittadini dell'Unione che si siano avvalsi delle libertà stabilite dal diritto dell'Unione, "allo stadio attuale" il rispetto della vita familiare è tutelato sia a livello nazionale, sia a livello dell'Unione, mentre "in assenza di esercizio di una delle libertà dell'Unione, la tutela è garantita a livello nazionale ed internazionale"⁴¹. L'Avvocato generale, quindi, afferma che "non si può escludere" che i provvedimenti nazionali presi nei confronti dei ricorrenti principali possano "pregiudicare il rispetto della vita familiare" come garantito dall'art. 8, par. 1, CEDU.

In questo modo, come già accaduto nel caso *McCarthy*⁴², si offre un ulteriore spunto di riflessione per il giudice nazionale affinché valuti se siano applicabili le disposizioni della CEDU sulla tutela della vita familiare, e allo stesso modo implicitamente si suggerisce agli avvocati dei ricorrenti – una volta esauriti i mezzi di ricorso interno e in assenza di tutela da parte di giudici interni – di rivolgersi alla Corte di Strasburgo.

Esaurita la disamina "strettamente giuridica" del caso, l'Avvocato generale Mengozzi ha espressamente manifestato una serie di perplessità e ha mostrato alcuni paradossi che deriverebbero dalla "automatica" applicazione dei criteri elaborati nei casi *Ruiz Zambrano* e *McCarthy* rispetto alle situazioni dei ricorrenti principali nella causa *Dereci*.

La prima perplessità riguarda l'effetto di "induzione" ad esercitare la libertà di circolazione che questa giurisprudenza comporta. È chiaro che in situazioni come quella della sig.ra McCarthy e in quella dei ricorrenti principali nella causa *Dereci*, se i cittadini europei "statici" decidessero di trasferirsi in un altro Stato membro, per poi eventualmente ritornare in quello della propria cittadinanza, questi potrebbero godere del diritto al ricongiungimento familiare in base al diritto dell'Unione. Come alternativa i cittadini europei potrebbero svolgere un'attività avente un collegamento con il diritto dell'Unione, come fornire servizi in un altro Stato membro, per poi poter avvalersi dei diritti riconosciuti in detto ordinamento⁴³.

In secondo luogo, l'Avvocato generale evidenzia come la situazione del sig. Dereci appaia particolarmente paradossale. In questo caso il ricorrente extraeuropeo, coniuge di una cittadina europea "statica" e padre di tre figli in tenera età si trova in una situazione diversa da quella del caso *Ruiz Zambrano* per la sola circostanza che la moglie del ricorrente è una cittadina dell'Unione. Paradossalmente, è proprio la cittadinanza dell'Unione di quest'ultima che impedirebbe il ricongiungimento familiare⁴⁴.

A questo punto l'Avvocato generale Mengozzi dimostra l'infondatezza della posizione del governo austriaco secondo cui la "formula Ruiz Zambrano"

⁴¹ *Ivi*, punto 40.

⁴² Conclusioni *McCarthy*, in specie punti 59-60.

⁴³ Emblematica è in tal senso la sentenza *Carpenter*.

⁴⁴ Presa di posizione *Dereci*, punto 45.

sarebbe applicabile solo rispetto a fattispecie in cui i cittadini europei minori di età siano mantenuti solo da uno dei due genitori, e a condizione che entrambi i genitori non abbiano la cittadinanza dell'Unione. Non potrebbero mancare, infatti, situazioni in cui le circostanze di fatto – anche se diverse rispetto a quella fattispecie – potrebbero comportare il rischio che dei cittadini europei non possano più godere in modo effettivo dei diritti inerenti alla cittadinanza dell'Unione. Egli procede pertanto ad esemplificare alcune situazioni: nel caso del ricorrente *Dereci*, se la moglie non fosse in grado di mantenere i tre figli in quanto inabile al lavoro, quest'ultima non si troverebbe costretta a raggiungere il marito espulso⁴⁵; analogamente in caso di espulsione o allontanamento di cittadini di Paesi terzi che si debbano “assumere l'onere economico e/o giuridico, amministrativo ed affettivo” di un proprio genitore cittadino dell'Unione, quest'ultimo non sarebbe esposto al rischio di “essere costretto” ad abbandonare il territorio dell'Unione⁴⁶? Queste esemplificazioni manifestano il problema centrale dell'applicazione del principio affermato nel caso *Ruiz Zambrano* in termini di “certezza del diritto”.

Sicuramente le “zone d'ombra” messe in luce nella presa di posizione non avrebbero potuto essere chiarite dalla Corte nel caso *Dereci*, esulando dall'oggetto del rinvio. Queste potevano però indurla a cercare di definire i confini della propria giurisprudenza sul concetto di “godimento effettivo e sostanziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino”, anche con l'obiettivo di dare un orientamento rispetto agli ulteriori rinvii pregiudiziali, di cui alcuni attualmente pendenti⁴⁷.

Sulla base della sua dettagliata analisi l'Avvocato generale Mengozzi ha quindi concluso che l'art. 20 TFUE non dovrebbe essere applicato nelle situazioni che riguardano un cittadino dell'Unione che sia coniuge, genitore o figlio minore di un cittadino di un Paese terzo nei casi in cui il cittadino dell'Unione non abbia mai goduto del diritto di circolare nell'Unione ed abbia sempre risieduto nello Stato della propria cittadinanza; tale interpretazione dovrebbe tuttavia valere “nei limiti in cui la situazione di detto cittadino dell'Unione non sia parimenti contrassegnata dall'applicazione di misure nazionali che abbiano l'effetto di privarlo del godimento effettivo del nucleo essenziale dei diritti inerenti al suo status di cittadino dell'Unione, o di ostacolare l'esercizio del suo diritto di circolare e soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri”⁴⁸.

In considerazione della sua posizione l'Avvocato generale ha ritenuto non necessario suggerire una soluzione rispetto alle domande seconda e terza presen-

⁴⁵ Sottolinea l'Avvocato generale: “(...) come potrebbe una madre di tre figli in tenera età, senza risorse proprie, malgrado il diritto di soggiorno in Austria di cui gode a causa della sua cittadinanza, garantire il mantenimento dei suoi figli se si trova nell'incapacità di lavorare e, pertanto, di stabilirsi durevolmente in un altro Stato membro con i membri della sua famiglia?": *ivi*, punto 47.

⁴⁶ *Ivi*, punto 48.

⁴⁷ *Ivi*, punto 49. Si tratta delle cause C-356/11, *O e S*, e C-357/11, *L*, citate.

⁴⁸ Presa di posizione *Dereci*, punto 50.

tate dal giudice *a quo* ed ha quindi proceduto ad analizzare la quarta questione inerente alla posizione giuridica del solo ricorrente Dereci, come innanzi illustrata. Con quest'ultima questione pregiudiziale il Verwaltungsgerichtshof chiedeva chiarimenti sull'interpretazione delle clausole di *standstill* previste dall'art. 13 della citata decisione 1/80 del Consiglio di associazione e dall'art. 41 del Protocollo addizionale all'Accordo di associazione. Sebbene tale aspetto non avesse costituito oggetto della controversia, l'Avvocato generale in una nota⁴⁹ ha opportunamente richiamato l'attenzione sul fatto che le disposizioni di cui si chiedeva l'interpretazione godono di efficacia diretta. Come già affermato dalla Corte nella sentenza *Abatay e a. e Sahin* i cittadini turchi possono invocare dette disposizioni davanti ai giudici nazionali "al fine di escludere l'applicazione della normativa interna in contrasto con esse"⁵⁰.

Nella sua presa di posizione l'Avvocato generale ha ritenuto che non sussistessero dubbi sul fatto che la legge austriaca del 2005 costituisse una nuova restrizione ai sensi sia dell'art. 13 della decisione del Consiglio di associazione sia dell'art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale, posto che introduceva nuove restrizioni successivamente all'entrata in vigore delle disposizioni convenzionali. Tuttavia, sulla premessa che le due clausole di *standstill* si applicano in modo alternativo, l'analisi si è concentrata essenzialmente sull'interpretazione della clausola contenuta nel Protocollo addizionale applicabile al caso di specie, in quanto attinente alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi. L'Avvocato generale ha fondato la sua posizione sulla base della più recente giurisprudenza della Corte. Riscontrata un'analogia con i casi *Toprak e Oguz*⁵¹, egli ha osservato che l'obbligo derivante dalle clausole di *standstill* per ogni Stato membro di non introdurre misure maggiormente restrittive riguarda anche il caso in cui le disposizioni interne di maggiore favore erano state introdotte dopo l'entrata in vigore dell'Accordo di associazione con la Turchia per tale Stato.

In altri termini, lo Stato membro dell'Unione non potrebbe ritornare alla situazione giuridica esistente al momento dell'entrata in vigore di tale Accordo, attraverso l'abrogazione di nuove norme più favorevoli per i cittadini turchi, poiché l'obiettivo delle clausole di *standstill* è proprio quello di "non rendere più

⁴⁹ *Ivi*, nota 33. Sull'efficacia diretta dell'art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale v. la sentenza della Corte di giustizia dell'11 maggio 2000, causa C-37/98, *Savas*, *Raccolta*, p. I-2927, punti 54 e 71. In merito all'efficacia diretta di entrambe le disposizioni invocate nel caso *Dereci* v. la sentenza del 21 ottobre 2003, cause riunite C-317/01 e C-369/01, *Abatay e a. e Sahin*, *ivi*, p. I-12301, punti 58 e 117. L'efficacia diretta era peraltro stata riconosciuta rispetto ad altre disposizioni della medesima decisione già nella nota sentenza del 20 settembre 1990, causa C-192/89, *Sevince*, *ivi*, p. I-3461, punto 26. In merito all'efficacia negli ordinamenti dell'Unione e degli Stati membri delle disposizioni degli accordi internazionali conclusi dall'Unione si veda U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 243 ss.

⁵⁰ Cfr. sentenza *Abatay e a. e Sahin*, punto 116.

⁵¹ Sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 2010, cause riunite C-300/09 e C-301/09, *Toprak e Oguz*, *Raccolta*, p. I-12845.

difficoltosa la progressiva realizzazione delle libertà concesse ai cittadini turchi in seno all'Unione"⁵².

La Corte ha più volte precisato che il divieto posto dall'art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale non ha la funzione di "interferire" con la competenza degli Stati a disciplinare il diritto di stabilimento dei cittadini turchi. La clausola di *standstill* "opera come una norma di diritto quasi procedurale" ed ha l'obiettivo di determinare *ratione temporis* quali siano le disposizioni interne applicabili nei confronti di cittadini turchi, i quali intendano avvalersi del diritto di stabilimento in uno Stato membro e ciò a prescindere dalla natura regolare o meno del loro soggiorno in detto Stato⁵³.

Le considerazioni relative alla portata dell'art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale dovrebbero valere, a parere dell'Avvocato generale, anche rispetto all'interpretazione dell'art. 13 della citata decisione 1/80. Le osservazioni presentate da parte di alcuni governi che tenderebbero per una diversa interpretazione di questa disposizione, considerandola non applicabile rispetto ai casi di cittadini turchi in ipotesi di soggiorno irregolare, per l'Avvocato generale non sarebbero condivisibili. In primo luogo, perché una tale posizione indurrebbe a ritenere che le due clausole di *standstill* abbiano una diversa portata, contrariamente a quanto affermato dalla giurisprudenza⁵⁴. In secondo luogo, perché nel caso di specie l'asserita irregolarità del ricorrente deriverebbe proprio dall'applicazione della normativa interna che al giudice nazionale appare in contrasto con il divieto dello Stato di introdurre nuove restrizioni stabilito dall'art. 13 della decisione 1/80 per il quale il medesimo giudice chiede chiarimenti alla Corte. Per tutti questi motivi l'Avvocato generale ha proposto alla Corte di risolvere la quarta questione pregiudiziale dichiarando che gli articoli 41, par. 1, del Protocollo addizionale e 13 della decisione 1/80 osterebbero in una situazione come quella in esame a che il primo ingresso di un cittadino turco "sia soggetto a norme nazionali più severe di quelle vigenti in precedenza per il suo ingresso, benché queste ultime, che avevano mitigato il regime precedente del primo ingresso, siano entrate in vigore, nello Stato membro di cui trattasi, solo dopo le citate disposizioni relative all'associazione con la Turchia".

6. La Grande sezione della Corte di giustizia con procedimento accelerato ha fornito al giudice del rinvio gli elementi necessari a risolvere le controversie principali soffermandosi – così come l'Avvocato generale – sulle sole questioni prima e quarta. Come già indicato, con il primo quesito il Verwaltungsgerichtshof desiderava accertare se il diniego del diritto di soggiorno ai ricorrenti nelle cause principali dovesse "essere interpretato come causa, per i loro familiari, cittadini dell'Unione, di una privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino europeo"⁵⁵.

⁵² Presa di posizione *Dereci*, punto 62.

⁵³ *Ivi*, punto 64.

⁵⁴ Sentenza *Toprak e Oguz*, punto 54.

⁵⁵ Sentenza *Dereci*, punto 33.

In tutti i casi che avevano dato origine alla pronuncia pregiudiziale, come già sottolineato, i cittadini dell'Unione – familiari dei ricorrenti – non avevano mai fatto uso del diritto di libera circolazione e non “dipendevano” dai ricorrenti per la loro “sussistenza”.

La Commissione europea e alcuni governi intervenuti, anche in questo caso avevano sostenuto che le questioni portate alla cognizione della Corte di giustizia riguardassero situazioni “puramente interne”, prive di qualsiasi elemento di collegamento con l'ordinamento dell'Unione⁵⁶. Una posizione del tutto innovativa era invece presentata dal governo ellenico, secondo cui – a seguito dell'evoluzione della giurisprudenza – era doveroso “trarre indicazioni in via analogica dalle disposizioni del diritto dell'Unione”. Sebbene la direttiva 2004/38/CE non fosse applicabile al caso di specie, bisognava concedere ai ricorrenti il diritto di soggiorno a condizione che fossero soddisfatti tutti i requisiti, compresi quelli di natura economica, previsti dalla direttiva rispetto ai cittadini europei “dinamici”. Tale “applicazione analogica” veniva però subordinata all'ulteriore condizione che l'ordinamento interno non fornisse una “tutela almeno equivalente” all'interessato e che i provvedimenti nazionali costituissero una “lesione sostanziale del diritto alla libera circolazione e al libero soggiorno”⁵⁷.

La Corte ripercorrendo l'analisi già effettuata nelle precedenti sentenze *Ruiz Zambrano* e *McCarthy* ha ritenuto, anche in questa occasione, che la situazione non fosse puramente interna, per cui ha proceduto ad esaminare nel merito i quesiti posti dal Verwaltungsgerichtshof.

In via preliminare la Corte ha escluso l'applicabilità delle direttive 2003/86/CE⁵⁸ e 2004/38/CE: la prima in quanto in nessuna delle cause principali era messo in discussione il diritto di cittadini di Paesi terzi legalmente residenti in uno Stato membro ad ottenere il ricongiungimento con i propri familiari extra-europei. In tutti questi casi si trattava piuttosto di determinare se un siffatto diritto esistesse per dei cittadini dell'Unione. Questione che esulava chiaramente dal campo di applicazione della direttiva 2003/86/CE.

In un *obiter dictum* la Corte ha osservato che, già al momento della presentazione della proposta di direttiva sul ricongiungimento familiare, la Commissione aveva prospettato la possibilità che tra i beneficiari di tale diritto potessero includersi i cittadini dell'Unione che non avessero esercitato il diritto di circolazione⁵⁹; senza che fosse raccolta nel documento approvato⁶⁰. Si pone per questa via di nuovo all'attenzione del giurista il problema del riparto di competenze tra

⁵⁶ *Ivi*, punto 39.

⁵⁷ *Ivi*, punto 43.

⁵⁸ Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

⁵⁹ A tal proposito si veda la relazione della Commissione che accompagna la proposta di direttiva del Consiglio 1° dicembre 1999 relativa al diritto al ricongiungimento familiare, COM(1999)638 def., punto 7.5 e il rispettivo art. 3, lett. c).

⁶⁰ Sentenza *Dereci*, punto 49.

Stati membri e Unione in materia di immigrazione, ed in particolare la perdurante volontà di alcuni Stati di preservare la propria autonomia nello stabilire le condizioni alle quali subordinare il diritto di ricongiungimento dei propri cittadini “statici”, in casi che rimangono al di fuori del campo di applicazione del diritto dell’Unione. Tale *obiter dictum* costituisce peraltro un’implicita risposta alle osservazioni della Grecia, rispetto alle quali la Corte non ha ritenuto necessario prendere posizione in maniera espressa.

L’applicabilità della seconda direttiva richiamata, invece, è stata esclusa perché il suo scopo precipuo è quello di agevolare l’esercizio del diritto di circolazione stabilito dal diritto originario: la direttiva 2004/38/CE, infatti, non riguarda fattispecie relative alla posizione di cittadini dell’Unione, i quali non abbiano mai goduto del diritto di circolazione, come nelle cause principali⁶¹.

La Corte, quindi, ha soffermato la sua analisi sulle norme del Trattato concernenti la cittadinanza dell’Unione: essa ha ripercorso l’*iter* logico già individuato nella motivazione delle sentenze *Ruiz Zambrano* e *McCarthy* ed ha ribadito che la posizione dei cittadini dell’Unione che non abbiano esercitato il diritto di circolazione nell’Unione “non può essere assimilata, per questa sola ragione, a una situazione puramente interna”⁶²; ha poi precisato che i familiari dei ricorrenti, in “qualità di cittadini di uno Stato membro” godono dello *status* di cittadini dell’Unione in base all’art. 20, par. 1, TFUE e, di conseguenza, possono avvalersi dei diritti connessi a detto *status* “anche nei confronti dello Stato di cui hanno la cittadinanza”⁶³. In questo modo il giudice di Lussemburgo pone l’attenzione sulla posizione dei titolari del diritto dalla prospettiva dell’ordinamento dell’Unione europea, ossia sulla posizione dei familiari europei dei ricorrenti, insistendo sulla motivazione che l’ha indotto, eccezionalmente, a riconoscere il diritto di soggiorno al familiare di cittadini europei “statici” nel caso *Ruiz Zambrano*. La Corte è tornata ad affermare che “l’art. 20 TFUE osta a provvedimenti nazionali che abbiano l’effetto di privare i cittadini dell’Unione del godimento reale ed effettivo del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status suddetto”⁶⁴, ma ha altresì aggiunto che nel precedente caso *Ruiz Zambrano* l’assenza del permesso di soggiorno e di lavoro avrebbe “condotto alla conseguenza” che i figli del ricorrente nella causa principale, ossia i cittadini dell’Unione, “sarebbero stati costretti ad abbandonare il territorio dell’Unione per accompagnare i loro genitori” e pertanto “si sarebbero trovati, di fatto, nell’impossibilità di godere realmente dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell’Unione”⁶⁵. Sulla base di tali osservazioni, nel caso *Dereci* si puntualizza la portata della giurisprudenza *Ruiz Zambrano* rendendo esplicita l’idea che “il criterio relativo alla privazione del contenuto sostanziale dei diritti attribuiti

⁶¹ *Ivi*, punti 50-52.

⁶² *Ivi*, punto 61. V. altresì sentenze *Schempp*, punto 22, e *McCarthy*, punto 46, nonché *supra* par. 3.

⁶³ Sentenza *Dereci*, punto 63, v. altresì sentenza *McCarthy*, punto 48.

⁶⁴ Sentenza *Dereci*, punto 64, v. altresì sentenza *Ruiz Zambrano*, punto 42 (corsivo aggiunto).

⁶⁵ Sentenza *Dereci*, punto 65, corsivo aggiunto; v. altresì sentenza *Ruiz Zambrano*, punti 43-44.

dallo status di cittadino dell'Unione si riferisce a ipotesi contrassegnate dalla circostanza che il cittadino dell'Unione *si trova obbligato, di fatto, ad abbandonare il territorio non solo dello Stato membro di cui è cittadino, ma anche dell'Unione considerata nel suo complesso*⁶⁶.

L'attribuzione del diritto di soggiorno a cittadini di Stati terzi, derivante in modo autonomo dall'interpretazione dall'art. 20 TFUE sarebbe, quindi, del tutto eccezionale e avrebbe come obiettivo quello di evitare che le disposizioni sulla cittadinanza siano private del loro effetto utile. L'aspettativa che l'unità familiare sia rispettata, anche in relazione all'eventuale convenienza economica a vivere in un determinato Stato membro, secondo la Corte, non sarebbe idonea a giustificare l'eccezione stabilita nel caso *Ruiz Zambrano*. In assenza di esercizio della libertà di circolazione, solo in casi del tutto eccezionali i cittadini di Paesi terzi potrebbero vedersi attribuito un diritto di soggiorno nello Stato della cittadinanza e della residenza del loro familiare europeo.

Determinati i limiti del principio affermato nel caso *Ruiz Zambrano*, la Corte sembra voler riconoscere un diverso cammino per affermare il diritto all'integrità del nucleo familiare attraverso il richiamo alla tutela dei diritti fondamentali. Essa precisa infatti come l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea contenga diritti corrispondenti all'art. 8, par. 1, della CEDU e che di conseguenza alla disposizione della Carta si debba attribuire lo stesso significato e la stessa portata della corrispondente norma della CEDU "nell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"⁶⁷. Tuttavia, la Corte di giustizia puntualizza accuratamente che la sfera di applicazione della Carta è circoscritta ai soli aspetti di competenza dell'Unione in base all'art. 51, paragrafi 1 e 2.

Nella sua funzione di "guida" la Corte chiarisce altresì che nel caso di specie, qualora sulla base delle circostanze di fatto delle cause principali il giudice del rinvio consideri che la posizione dei ricorrenti sia soggetta al diritto dell'Unione, tale giudice "dovrà valutare se il diniego del diritto di soggiorno (...) leda il diritto al rispetto della vita privata e familiare previsto dall'art. 7 della Carta. Viceversa, qualora ritenga che dette posizioni non rientrino nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione, esso dovrà condurre un siffatto esame alla luce dell'art. 8, n. 1, della CEDU. Difatti, occorre ricordare che tutti gli Stati membri hanno aderito alla CEDU, la quale consacra, nel suo art. 8, il diritto al rispetto della vita privata e familiare".

Alla luce delle innanzi esposte considerazioni, la Grande sezione ha risposto al primo quesito affermando che il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro potrebbe negare al cittadino di uno Stato terzo il diritto di soggiorno nel proprio territorio, qualora questo sia "intenzionato" a risiedere con un suo familiare, cittadino dello Stato membro in questione, il quale però non abbia mai esercitato il diritto di circolazione nell'Unione, purché

⁶⁶ Sentenza *Dereci*, punto 66, corsivo aggiunto.

⁶⁷ *Ivi*, punto 70.

tale diniego non comporti “per il cittadino dell’Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell’Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare”.

Per questa via vengono offerti al giudice interno gli strumenti per risolvere le controversie poste alla sua cognizione, lasciandogli la piena discrezionalità per accertare se effettivamente la posizione dei ricorrenti possa trovare tutela attraverso l’applicazione del diritto dell’Unione, considerato nella sua globalità. La Corte, dunque, muove un ulteriore passo rispetto alle sue precedenti pronunce e richiama l’attenzione dei giudici nazionali sul fatto che, oltre all’applicazione del diritto primario e di quello derivato, bisogna verificare la situazione dei ricorrenti sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali.

In questo modo la Corte di giustizia giunge a voler affermare una tutela equivalente tra i due sistemi richiamati, poiché il “diritto al rispetto della vita familiare” previsto dalla Carta dovrebbe avere lo stesso contenuto di quello stabilito nella CEDU. Essa però non offre alcun elemento al giudice nazionale per accertare la portata di tale diritto rispetto alla situazione dei ricorrenti “intenzionati” a vivere con i propri familiari europei. Nel caso in cui il giudice nazionale considerasse che in una delle fattispecie concrete sia applicabile il diritto dell’Unione, dovrebbe valutare se l’art. 7 della Carta conferisca il diritto a mantenere l’integrità del nucleo familiare: tuttavia in relazione a tale analisi nessun chiarimento è fornito dalla sentenza *Dereci*, salvo un implicito “rinvio” alle valutazioni della Corte di Strasburgo.

Per quanto concerne il quarto quesito posto dal giudice *a quo*, relativo all’interpretazione dell’art. 13 della decisione del Consiglio di associazione con la Turchia e dell’art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale, la Corte ha mantenuto essenzialmente la medesima posizione suggerita dall’Avvocato generale Mengozzi. Anche la Corte ha evidenziato che le due disposizioni non sono applicabili cumulativamente, per cui ha orientato la sua risposta soffermandosi sul solo art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale. L’attività del ricorrente *Dereci* attiene all’esercizio della libertà di stabilimento, quindi è quest’ultima norma a dover essere applicata nel caso di specie. La Corte ha confermato che l’art. 41, par. 1, disposizione dotata di efficacia diretta, sarebbe una norma di natura “quasi procedurale” che determina quale sia la normativa interna applicabile *ratione temporis* alla posizione di un cittadino turco che desideri esercitare la libertà di stabilimento in uno Stato membro dell’Unione. In particolare la Corte ha affermato che l’art. 41, par. 1, del Protocollo addizionale ha lo scopo di favorire l’attuazione progressiva della libertà di stabilimento “mediante il divieto assoluto, rivolto alle autorità nazionali, di introdurre qualsiasi nuovo ostacolo all’esercizio di detta libertà rendendo più severe le condizioni esistenti in un dato momento”. Sulla base di tali valutazioni la Corte ha interpretato l’art. 41 nel senso che “occorre considerare come ‘nuova restrizione’ (...) l’adozione di una nuova disciplina più restrittiva della precedente, la quale costituiva a sua volta un mitigamento di una disciplina anteriore” vigente al momento dell’entrata in vigore del Protocollo addizionale nello Stato membro interessato. Per questi motivi la posizione del ricorrente *Dereci* risulta più chiara rispetto a quella degli

altri ricorrenti: infatti, nel caso di specie, si esclude l'applicazione della normativa interna più restrittiva (il NAG), perché contraria a una norma convenzionale dotata di efficacia diretta e volta a favorire la posizione dei cittadini turchi attraverso l'applicazione di norme di diritto interno più vantaggiose. Il dato rilevante è che nel caso di specie si raggiunge il risultato che esclusivamente la posizione del ricorrente Dereci sia stata acclarata in senso univoco e più favorevole, a causa della sua nazionalità turca, e come conseguenza dell'applicazione di una norma "esterna" ai Trattati costitutivi, ma pur sempre riconducibile all'ordinamento dell'Unione, in quanto contenuta in un Accordo di associazione. La nazionalità del familiare "extra-europeo" continua dunque a giocare un ruolo essenziale rispetto al riconoscimento del diritto di soggiorno negli Stati membri dell'Unione e, in questo modo, si conferma l'esistenza di una diversa intensità e gradazione di "statuti" degli stranieri nell'ordinamento dell'Unione in funzione della loro nazionalità.

7. Le recenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione meritano una riflessione sull'innovativa portata del concetto relativo al "godimento del nucleo essenziale dei diritti conferiti dallo status di cittadino dell'Unione". Questo principio dai confini non ancora certi è divenuto un parametro di riferimento essenziale per il giudice *a quo*, che si vede chiamato a decidere sul diritto di soggiorno di familiari di cittadini europei "statici". Dalla pronuncia *Dereci* si può desumere che, in tutti i casi in cui dal mancato riconoscimento di tale diritto deriverebbe l'inesorabile necessità da parte del cittadino europeo di lasciare il territorio dell'Unione europea, considerata nel suo complesso, il giudice dovrà riconoscere il diritto di soggiorno ai suoi familiari. Tuttavia, come si può valutare con esattezza che un cittadino europeo sia costretto a lasciare il territorio dell'Unione? Non sembra affatto agevole distinguere le situazioni in cui un cittadino europeo potrebbe "correre il rischio" di essere costretto ad abbandonare il territorio dell'intera Unione, rispetto a situazioni in cui il cittadino europeo sia costretto ad abbandonare "solamente" il proprio Stato di cittadinanza e residenza.

Come si evince sia dalla dettagliata analisi svolta dall'Avvocato generale Mengozzi, sia dalle critiche sollevate dalla dottrina, sotto il profilo della certezza giuridica non ci si può ritenere pienamente soddisfatti, in quanto la soluzione del quesito giuridico è fortemente condizionata dalle specificità di ogni singola fattispecie concreta⁶⁸. Nonostante questa sia la sensazione di fondo, bisogna però ricordare che nell'ambito del rinvio pregiudiziale il ruolo della Corte è – o dovrebbe essere – solo quello di interpretare il diritto applicabile al fine di offrire le pertinenti chiavi di lettura ai giudici nazionali. La Corte non può "creare" nuove regole per tutelare delle mere "aspettative", senza tradire la missione affidatale, anche qualora tali "aspettative" appaiano più che giustificate, come nell'ipotesi in cui i membri di una famiglia desiderino vivere insieme a prescindere dalla nazionalità dei componenti di tale famiglia.

⁶⁸ Si veda in particolare N. NIC SHUIBHNE, *op. cit.*, p. 379.

La Corte nel caso *Dereci* si trova quindi a dover mantenere un equilibrio in relazione al problema del riparto di competenze tra ordinamenti. La soluzione offerta tiene adeguatamente in considerazione la divisione di competenze tra Stati membri e Unione, ma al tempo stesso manifesta con tutta evidenza come continui a persistere il problema delle discriminazioni “a rovescio”, anche in relazione al “desiderio” di mantenere l’integrità del proprio nucleo familiare.

Nella sentenza *Dereci* appare chiaramente come la soluzione del caso di specie vari significativamente a seconda dell’ordinamento e delle regole di riferimento. In effetti, rispetto agli altri ricorrenti principali, il ricorrente *Dereci* si trova in una situazione “di fatto” analoga, ma sotto il profilo “giuridico” la sua posizione è diversa e più favorevole perché nei suoi confronti si applica il Protocollo addizionale all’Accordo di associazione concluso dalla Comunità con la Turchia. L’art. 41 di tale Protocollo non altera l’equilibrio del riparto di competenze tra Unione e Stati membri rispetto alle regole sul diritto di soggiorno di cittadini di Paesi terzi. La disposizione richiamata nella sentenza ha piuttosto la funzione di stabilire *ratione temporis* le regole nazionali applicabili, creando uno speciale *favor* di natura “quasi-procedurale” per i cittadini di nazionalità turca. Ancora una volta si evince, quindi, una diversa posizione giuridica a seconda dell’ordinamento di riferimento. Dal punto di vista degli stranieri si evidenzia un diverso *status* a seconda della loro nazionalità; mentre, dalla prospettiva dei familiari di cittadinanza europea, invece, la diversa posizione dipende dalla circostanza che la loro situazione rientri nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione. Sulla base della giurisprudenza più recente si può, dunque, affermare che continua a sussistere un diverso trattamento delle “persone” (anche in relazione al diritto di soggiorno) secondo quella che è stata descritta come una “piramide dei diritti, che vede al vertice i cittadini dinamici”⁶⁹.

La Corte ha già compiuto un passo importante assicurando che almeno in casi eccezionali, come nel caso *Ruiz Zambrano*, il diritto di soggiorno di cittadini europei – in quel caso minori di età – sia garantito, in quanto gli Stati membri devono assicurare ai familiari da cui dipendono i cittadini europei – in quel caso al padre – sia il diritto di “soggiornare” sia quello di “lavorare” nel medesimo Stato di nazionalità del cittadino europeo e in tal modo evitare che a quest’ultimo sia impedito di godere dei diritti derivanti dal suo *status*. Successivamente, nel caso *Dereci*, sebbene la Corte abbia chiarito che tale ipotesi fosse del tutto “eccezionale”, ne ha esteso l’applicabilità a tutti gli altri casi in cui, in modo “eccezionale”, si correrebbe il rischio di essere costretti a lasciare il territorio dell’Unione. A ben vedere la Corte ha fatto molto di più poiché, consapevole dei limiti derivanti dalla sfera di applicazione del diritto dell’Unione e di conseguenza della stessa Carta, ha manifestato una chiara apertura e fiducia verso la Corte di Strasburgo.

⁶⁹ Cfr. C. MORVIDUCCI, *Un nuovo diritto di soggiorno*, cit., p. 27.

Nell'attuale configurazione dell'ordinamento dell'Unione, infatti, il dialogo tra Corti diventa sempre più necessario e gli inviti – non tanto impliciti – ai giudici nazionali a volgere il loro sguardo anche al sistema della CEDU acquista una valenza sempre maggiore⁷⁰. La familiarità dei giudici nazionali nel cercare le soluzioni attraverso la cosiddetta tutela multilivello, e la conseguente “interconnessione” tra diversi sistemi di protezione dei diritti fondamentali, offrirebbe soluzioni più complete per tutelare valori essenziali della società europea, come quello dell'integrità del nucleo familiare.

In conclusione, in assenza del riconoscimento del diritto al ricongiungimento in base al diritto dell'Unione o al diritto interno, si potrebbe cercare una concreta tutela in altri sistemi dell'ordinamento internazionale e, *in primis*, nella medesima CEDU. Gli sviluppi dell'ordinamento dell'Unione considerato nel suo complesso, compresa l'adesione alla CEDU, potrebbero forse in un futuro influire positivamente sull'aspettativa dei cittadini europei, anche stanziali, di vedersi definitivamente riconosciuto il diritto a vivere con i propri familiari non europei.

Abstract

The “Wish to Live Together” with the Family and the Denial of the Right to Family Reunification for “Static” European Citizens in the Light of *Dereci* Judgment

In 2011 the Court of Justice of the European Union defined the scope of the Treaty provisions concerning European citizenship, as regards some questions relating to the right of residence of those third-country nationals who are related to “static” European citizens. The case *Ruiz Zambrano* paved the way, when the Court first recognized, according to Article 20 TFEU, the right of a third-country citizen to obtain the right of residence in the State where his two sons – both European citizens – lived. The Court's position stated in this case does not seem to be contradicted from the cases that followed, that clarify the exceptional character of the *Ruiz Zambrano* ruling. A clear sign in this sense was given by the *McCarthy* and, above all, by the *Dereci* rulings. The latter clearly shows that the main question was if the “wish” of the applicants in the main proceedings “to live with” their family members, who are European Union citizens, may be protected in the European Union. To answer this question the Court narrows the scope of the criteria based on the privation of the “genuine enjoyment of the substance of the rights” conferred by virtue of the *status* of European citizenship. At the same time the Court shows the implication of this question with the protection of fundamental

⁷⁰ In tema si veda U. VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte dei diritti dell'uomo*, in M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2012, p. 1 ss.

rights. This work investigates whether and in which cases the “right of residence” of third-country nationals and the “right to respect family life” may be protected in the European Union, with a particular focus on the improvements and limits of the recent EU case-law.



Note e Commenti

Giovanni Cellamare*

Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare *Hirsi Jamaa* e altri c. *Italia*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza *Hirsi Jamaa*: i fatti della causa. – 3. Il previo accertamento dell'esercizio extraterritoriale della giurisdizione affinché lo Stato in causa possa essere ritenuto responsabile di una violazione di diritti e libertà garantiti dalla CEDU. La progressiva definizione di siffatto esercizio nella giurisprudenza della Corte. – 4. Il riconoscimento dell'esercizio extraterritoriale della giurisdizione nel caso in esame per effetto del controllo continuo ed esclusivo, *de jure* e *de facto*, delle autorità italiane sui ricorrenti. – 5. La conseguente applicazione extraterritoriale dell'art. 3 CEDU... – 6. *Segue*: ...dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla stessa Convenzione e dell'art. 13 di questa, in connessione con le due norme precedentemente richiamate. – 7. Considerazioni conclusive: la possibile incidenza delle indicazioni della Corte al di fuori del caso sottoposto al suo giudizio.

1. Come è noto, spesso gli Stati rivieraschi meta di flussi migratori provenienti dal mare tendono a spostare al di fuori delle proprie acque territoriali, in specie in alto mare, i controlli su detti flussi, dando luogo a una prassi di intercettazione extraterritoriale dei natanti in parola. Può accadere altresì che questi vengano deviati verso il Paese di provenienza o verso altri Stati, senza procedere all'identificazione e all'accertamento della situazione delle persone trasportate, ancorché non possa escludersi la presenza, tra queste, di individui in cerca di protezione internazionale. Siffatta prassi è nota anche all'esperienza dell'Italia, in quanto Stato di immigrazione che si affaccia sul Mare Mediterraneo¹.

* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ In argomento, anche per quanto di seguito nel testo, tra gli altri v. J. C. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, 2005, p. 335 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, 2007, III ed., p. 232 ss.; S. TREVISANUT, *The Principles of Non-Refoulement at Sea and The Effectiveness of Asylum Protection*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2008, p. 205 ss.; F. LENZERINI, *Asilo e diritti umani*, Milano, 2009, p. 346 ss.; R. BARNES, *The International Law of the Sea and Migration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *Extraterritorial Immigration Control. Legal Challenges*, Leiden-Boston, 2010, p. 103 ss., nonché gli scritti contenuti nella parte IV dello stesso volume; sulla prassi italiana, v. A. DI PASCALE, *Migration Control at Sea: The Italian Case*, *ivi*, p. 281 ss.; A.

Nelle situazioni considerate vengono in gioco norme di diritto internazionale appartenenti a settori materiali diversi. Anzitutto, quelle di diritto internazionale del mare. Sinteticamente, i poteri che possono essere esercitati dagli Stati nel controllo in mare del fenomeno migratorio variano in funzione delle zone di mare cui si abbia riguardo: è possibile distinguere, cioè, tra la disciplina applicabile nel mare territoriale o in altre zone adiacenti allo stesso e quella applicabile nelle acque internazionali². Ampia è la dottrina in materia. Qui interessa ricordare che la Convenzione di Montego Bay del 1982 stabilisce la giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera sulla nave in alto mare (salvo casi in cui i trattati internazionali prevedano atti di ingerenza: combinato disposto degli articoli 92 e 110, par. 1); inoltre disciplina le eccezioni a tale principio, prevedendo (insieme a quelli ora richiamati) i casi in cui possa aversi il diritto di visita (art. 110) di una nave straniera (come nel caso di nave “impegnata nella tratta di schiavi”)³. La Convenzione reca altresì norme a tutela della vita

LIGUORI, *I respingimenti in mare e il diritto internazionale*, www.europeanrights.eu; F. VASSALLO PALEOLOGO, *Il caso Cap Anamur. Assolto l'intervento umanitario*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2010, n. 2, p. 87 ss.

² Con riferimento alle attività di lotta all'immigrazione clandestina nella zona contigua, nella sentenza del 5 maggio – 8 settembre 2010, n. 32960 (relativa a una specie in cui gli imputati erano stati condannati per “avere compiuto atti idonei diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato di (...) cittadini extracomunitari, trasportati su una motonave turca (...) e poi trasbordati su un gommone condotto da due imputati e intercettato dalla Guardia di Finanza”. Con la precisazione che “i fatti di causa ebbero a verificarsi nelle acque antistanti” un Comune calabrese “allorché un velivolo della Guardia di Finanza segnalò la presenza al largo delle coste calabresi (...) di una motonave dalla quale veniva effettuato il trasbordo di un numero imprecisato di persone su un gommone (...) trasportato dalla stessa motonave. Vedette del corpo si diressero (...)” a ventitré miglia dalla costa italiana, dove veniva intercettato il gommone. Successivamente, a circa cinquanta miglia dalla costa “dopo un inseguimento (...) veniva altresì fermata la motonave, a bordo della quale erano identificati gli otto membri dell'equipaggio e rinvenuti i libretti di navigazione intestati ai cittadini turchi sorpresi sul gommone”), la Corte di cassazione (I sez. penale), invero senza dare rilievo alle norme di diritto internazionale consuetudinario applicabili in materia, ha statuito: “ai sensi degli artt. 6 e 7 c.p., nonché del c.d. ‘principio della bandiera’” (di cui all'art. 19 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare, ripreso dall'art. 97 della Convenzione di Montego Bay) “entrambe ratificate dal legislatore italiano, non sussiste la giurisdizione del giudice nazionale in ipotesi di reato non contemplato tra quelli di cui al precedente art. 7 c.p., consumato oltre il limite delle acque territoriali nazionali (e quindi oltre il limite di 12 miglia marine dalla costa)”; che “non è applicabile da parte delle autorità italiane l'istituto di diritto internazionale della c.d. ‘zona contigua’ nei confronti di cittadini di nazionalità turca ovvero di natanti del medesimo Paese”, in assenza di ratifica della Turchia della Convenzione di Montego Bay, nonché dell'Accordo di applicazione della parte XI di detta Convenzione. E, infine, che “non è legittimamente applicato il diritto di inseguimento di una nave straniera da parte delle autorità italiane se l'inseguimento non inizi all'interno delle acque territoriali (ovvero della zona contigua quando ricorra il suo legittimo riconoscimento da parte dei Paesi coinvolti nella condotta) proseguendo poi senza soluzione di continuità”, fatta salva la presenza costruttiva.

³ Sul punto, anche per altre indicazioni, oltre agli scritti indicati in nota 1, v. N. RONZITTI, *Coastal State Jurisdiction over Refugees and Migrants at Sea*, in N. ANDO, E. MCWHINNEY, R. WOLFRUM (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, 2, Den Haag, 2002, p. 1271 ss., in specie p. 1272 s.

umana in mare, contemplando l'obbligo di prestare soccorso⁴. Rilevanti in proposito anche alcune convenzioni adottate nell'ambito dell'Organizzazione marittima internazionale⁵.

D'altro canto, nelle situazioni richiamate possono venire in rilievo atti internazionali volti a disciplinare la cooperazione tra gli Stati nella lotta contro il traffico di migranti e nella lotta contro la tratta delle persone, nonché norme internazionali poste a tutela dei rifugiati o contenute in convenzioni generali sui diritti individuali⁶.

Sotto quest'ultimo aspetto, come è facile scorgere, può porsi anzitutto il problema dell'applicazione del principio di *non-refoulement* previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* dei rifugiati e da una norma di diritto internazionale consuetudinario; del principio, cioè, che stabilisce il divieto di respingere una persona verso uno Stato nel quale (e/o dal quale possa essere ulteriormente allontanata verso un terzo Stato nel quale) possa essere perseguitata. In effetti, impedendo l'accesso al territorio dello Stato costiero, le intercettazioni in parola possono avere l'effetto di ostacolare la presentazione di domande di asilo e rifiutare la protezione di rifugiati eventualmente presenti sulle navi intercettate e deviate⁷: non può affatto escludersi, cioè, che siano respinti asilanti e che risultino violate le norme sul trattamento dei rifugiati previste dalla Convenzione di Ginevra testé citata.

Ora, secondo l'opinione che a noi pare di dover preferire, data la *ratio* di quello stesso principio, la cui portata va intesa alla luce della specie di cui si tratta, è da ritenere che il divieto di *refoulement* operi indipendentemente dal luogo in cui sia posta in essere l'attività statale che abbia riguardo ai rifugiati; e quindi anche (come diffusamente riconosciuto, alla frontiera, nelle c.d. zone

⁴ V. l'art. 98, par. 1: “[O]gni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri: a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in pericolo di vita; b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di assistenza, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa”. In argomento, tra gli altri, v. T. SCOVAZZI, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 106 ss.; S. TREVISANUT, *op. cit.*; e R. BARNES, *op. cit.*

⁵ V. la Convenzione internazionale per la salvaguardia della vita umana in mare, del 1° novembre 1974, successivamente emendata, e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare, del 27 aprile 1979 (emendata nel 2004: la stessa reca, in particolare, l'obbligo degli Stati contraenti di “(...) garantire che sia prestata assistenza ad ogni persona in pericolo in mare (...) senza distinzioni relative alla nazionalità o allo status di tale persona o alle circostanze nelle quali tale persona viene trovata” (capitolo 2.1.10); ed a “(...) fornirle le prime cure mediche o di altro genere ed a trasferirla in un luogo sicuro” (capitolo 1.3.2)).

⁶ Atti internazionali indicati nella sentenza qui commentata.

⁷ Oltre alla bibliografia indicata *supra* in nota 1, cfr. i brevi ma incisivi svolgimenti di J. C. HATHAWAY, *The False Panacea of Offshore Deterrence*, www.fride.org. Con riguardo a quanto osservato nel testo, non è privo di rilievo ricordare che, al momento dell'adozione della sentenza di seguito commentata, ad alcuni dei ricorrenti risultava riconosciuto lo *status* di rifugiato da parte di Stati diversi da quelli considerati nella stessa sentenza: cfr. l'elenco a questa allegata.

internazionali, nonché)⁸ in alto mare. In altri termini, il *non-refoulement* troverà applicazione anche rispetto ad attività (extraterritoriali) dello Stato costiero di intercettazione in alto mare di navi, con deviazione delle stesse verso un Paese nel quale ci sia il rischio di violazione dello stesso principio⁹: ora, posto che il divieto di *refoulement* non comporta l'obbligo di accogliere la persona che aspiri al riconoscimento dello *status* di rifugiato, l'applicazione extraterritoriale del principio in parola non esclude che quella stessa persona (intercettata) possa essere allontanata verso un Paese sicuro (in assenza di pericolo di *refoulement* indiretto)¹⁰.

2. Come accennato, nelle situazioni in esame possono venire in gioco le convenzioni internazionali sui diritti dell'uomo, di cui sia parte lo Stato costiero, nella misura in cui quei diritti possano essere riconosciuti agli stranieri, ancorché clandestini.

In proposito va segnalata la sentenza adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Grand Chambre*, nell'affare *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*. La sentenza – degna di nota, come si vedrà, anche in considerazione dell'approccio seguito dalla Corte nell'esame del problema dell'applicazione extraterritoriale della CEDU – ha riguardo a una specie di intercettazione in alto mare, da parte di navi militari italiane (a seguito del rifiuto delle autorità maltesi di intervenire nonostante la competenza di Malta per la ricerca e il salvataggio di persone)¹¹,

⁸ Tra gli altri, v. G. S. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 253 ss.

⁹ Qui è sufficiente richiamare la netta posizione dell'UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES nell'*Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations Under the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, gennaio 2007, www.unhcr.org; posizione fatta propria dalla Commissione interamericana dei diritti dell'uomo nella nota decisione relativa al merito dell'affare *Haitian Centre for Human Rights v. United States*, del 13 marzo 1997, www1.umn.edu, in specie par. 157.

¹⁰ Ampia è la bibliografia in materia; anche per altre indicazioni, v. N. RONZITTI, *op. cit.*, p. 1275 ss.; E. LAUTERPACHT, D. BETHLEHEM, *The Scope and the Content of the Principle of Non-refoulement: Opinion*, in E. FELLER, V. TURK, F. NICHOLSON (eds.), *Refugee Protection in International Law. UNHCR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge, 2003, p. 87 ss., in specie p. 114; G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, in *International Journal of Refugee Law*, 2005, p. 548 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, J. McADAM, *op. cit.*, p. 230 ss. e 253 ss. (per il carattere declaratorio del riconoscimento dello *status* di rifugiato); F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 345 s.; M. DEN HEIJER, *Europe Beyond its Borders: Refugee and Human Rights Protection in Extraterritorial Immigration Control*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *op. cit.*, p. 168 ss., in specie p. 188 s.; A. KLUG, T. HOWE, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*, *ivi*, p. 69 ss.; B. RYAN, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees*, *ivi*, p. 3 ss.; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in C. FAVILLI (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, 2011, p. 3 ss., in specie p. 10 ss.; inoltre UN HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, *Protection Policy Paper: Maritime interception operations and the processing of international protection claims: legal standards and policy considerations with respect to extraterritorial processing*, novembre 2010, www.unhcr.org.

¹¹ Sulla violazione degli obblighi di soccorso nel Mediterraneo, alla luce delle divergenze in materia tra Malta e l'Italia, v. il documento dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa

di tre imbarcazioni provenienti dalla Libia che trasportavano cittadini di Stati terzi: spostati sulle navi italiane, i medesimi erano stati riportati in Libia.

Dopo siffatto respingimento – manifestazione di un orientamento seguito dalle autorità italiane che non ha mancato di sollevare dubbi di legittimità costituzionale autorevolmente puntualizzati¹² –, undici delle persone ricondotte in Libia si erano rivolte alla Corte lamentando di non essere state informate dalle autorità italiane circa la loro destinazione; di non essere state identificate nel corso del trasporto in Libia; anzi, di aver subito la requisizione dei documenti di identificazione. In particolare, come risulterà dagli svolgimenti processuali, quelle stesse persone sostenevano di essere state affidate alle autorità libiche ancorché fermamente contrarie a ciò.

Su queste basi, i ricorrenti asserivano la violazione, da parte dello Stato convenuto, dell'art. 3 della CEDU, che riconosce il diritto individuale a non essere sottoposto a tortura, a pene o trattamenti disumani e degradanti; dell'art. 4 del Protocollo n. 4 alla stessa Convenzione, norma che pone il divieto di espulsioni collettive (già contemplato da una norma consuetudinaria); nonché, in assenza di mezzi idonei a far valere con effettività la violazione di dette disposizioni, dell'art. 13 CEDU, in connessione con le stesse.

La Corte all'unanimità ha riconosciuto la violazione delle norme indicate.

La sentenza è arricchita dall'appassionata opinione concordante del giudice Pinto De Albuquerque, il quale ha osservato che, nel caso in parola, l'“ultimate question” consisteva nel chiedersi “how Europe should recognise that refugees”, giusta un'espressione di Hannah Arendt, hanno “the right to have rights”, concludendo infine per la violazione, da parte dell'Italia, degli *standards* convenzionali.

3. Onde poter verificare la sussistenza della responsabilità dello Stato convenuto per asserita violazione della CEDU conseguente ad attività poste in essere in alto mare a bordo di navi dello stesso Stato, la Corte ha esaminato preliminarmente se dagli accadimenti sottoposti al suo giudizio fosse rilevabile o no l'esercizio (extraterritoriale) della giurisdizione statale, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione¹³. Questo, come è noto, prevede l'obbligo degli Stati contraenti di

(versione provvisoria del 29 marzo 2012), *Lives lost in the Mediterranean Sea: Who is Responsible? Report Committee on Migration, Refugees and Displaced Persons*, Rapporteur Ms. T. Strik, assembly.coe.int.

¹² Con riferimento all'art. 10, co. 3, Cost.: cfr. l'intervista a P. A. CAPOTOSTI, *Monito non casuale, la Carta è già violata*, in *Liberal*, 15 maggio 2009, p. 3; inoltre, M. BENVENUTI, *Un diritto in alto mare, Riflessioni critiche di diritto costituzionale sui recenti respingimenti in mare di potenziali richiedenti asilo verso la Libia da parte dell'Italia*, www.stranieriinitalia.it.

¹³ Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, par. 70 ss. In altri termini, si tratta di una “condition nécessaire pour qu'un Etat contractant puisse être tenu pour responsable des actes ou omissions qui lui sont imputables et qui sont à l'origine d'une allégation de violation des droits et liberts énoncés dans la Convention”: sentenza dell'8 luglio 2005, *Ilaşcu e altri c. Moldavia e Russia*, par. 311 (sentenze e decisioni della Corte possono leggersi muovendo dal sito www.echr.coe.int). Da segnalare che, prima di passare all'esame della sussistenza della condizione in parola, la Corte ha scartato le eccezioni relative ai re-

assicurare le libertà e i diritti previsti dalla Convenzione alle persone soggette, per l'appunto, alla loro giurisdizione, ma non fornisce indicazioni sulla portata di detta espressione.

In materia si è pronunciata la Corte in sentenze richiamate da quella che qui interessa. Muovendo da quanto statuito nell'affare *Banković e altri c. Belgio e altri 16 Stati contraenti*, la Corte ha ricordato che la nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 è essenzialmente (“principalement”, nella versione francese) territoriale, sicché solo eccezionalmente può aversi esercizio extraterritoriale della giurisdizione¹⁴. Su queste basi, in quel caso la Corte aveva riconosciuto, in particolare, che l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione può aversi in una situazione in cui, in conseguenza di occupazione militare o con il consenso o invito o acquiescenza del governo territoriale, lo Stato contraente eserciti un controllo effettivo e generalizzato su di un'area posta al di fuori del suo territorio, svolgendovi, per effetto di tale controllo, delle funzioni pubbliche proprie dello Stato territoriale. Inoltre, “other recognised instances of the extra-territorial exercise of jurisdiction by a State include” quelle elencate nella sentenza richiamata¹⁵.

In proposito vale la pena di ricordare che le considerazioni contenute nella stessa – in specie l'accostamento tra giurisdizione ai sensi del diritto internazionale e giurisdizione nella CEDU – sono state ampiamente esaminate in dottrina; inoltre, questa ha approfondito criticamente la linearità dei criteri, utilizzati anche nella giurisprudenza successiva alla sentenza *Banković*, volti a individuare casi di esercizio extraterritoriale della giurisdizione¹⁶.

In effetti, allontanandosi dalle indicazioni di quella sentenza – recante una sostanziale coincidenza delle eccezioni in essa elencate con situazioni di esercizio extraterritoriale autorizzati dal diritto internazionale – in un caso successivo (*Issa c. Turchia*), di sconfinamento dei militari turchi in Iraq, la Corte ha avuto cura di rilevare che “if there is a sufficient factual basis for holding that, at the

quisiti formali delle procure, non richiesti dalla CEDU né dal regolamento di procedura della Corte, sostenute dallo Stato convenuto (sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 45 ss.).

¹⁴ *Ibidem*, par. 71 s.; la sentenza richiamata nel testo è stata resa dalla *Grand Chambre* il 12 dicembre 2001. Ampia è la bibliografia sull'aspetto considerato nel testo: anche per altri riferimenti v. G. GAJA, *Art 1. Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 23 ss., in specie p. 27 s.; P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; con una aggiornata analisi giurisprudenziale, il commento di R. SAPIENZA, *Art. 1, Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012, p. 13 ss. (paragrafi da I a X).

¹⁵ Sentenza *Banković*, par. 43 ss.; per il brano riportato (con indicazione dei casi richiamati) nel testo, v. il par. 49 s.

¹⁶ V. gli scritti indicati in nota 14; adde H. KING, *The Extraterritorial Human Rights Obligations of States*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 689 ss.; S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 1223 ss.; C. STEINORTH, *Banković case*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, edizione online, aprile 2010, www.mpepil.com (con altre indicazioni bibliografiche).

relevant time, the victims were within that specific area, it would follow logically that they were within the jurisdiction of Turkey”¹⁷ (senza distinguere tra controllo “lawfully or unlawfully”).

In una siffatta situazione – nella quale viene a realizzarsi un rapporto di fatto tra lo Stato e gli individui, al di fuori del territorio del primo – “Article 1 of the Convention cannot be interpreted so as to allow a State party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State, which it could not perpetrate on its own territory”¹⁸. Si tratta di svolgimenti di contenuto analogo a quelli presenti in atti di organi di garanzia sull’attuazione di altri strumenti internazionali sui diritti individuali¹⁹.

Invero, come risulta anche dalla sentenza in esame²⁰, nei casi sottoposti al suo giudizio, la Corte ha concentrato la propria attenzione su dati aspetti del caso di specie volti a provare l’esistenza di un esercizio della giurisdizione *de jure* o quanto meno *de facto*²¹ al di fuori dello spazio territoriale dello Stato (contra-

¹⁷ Sentenza del 16 novembre 2004, par. 74. Rispetto agli svolgimenti contenuti nel testo, vale la pena di seguire da vicino quanto si legge in UN HUMAN RIGHTS COMMITTEE (HRC), *General comment no. 31 [80], The nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant*, 26 maggio 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, www.unhcr.org, par. 10: “States Parties are required by article 2, paragraph 1, to respect and to ensure the Covenant rights to all persons who may be within their territory and to all persons subject to their jurisdiction. This means that a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party. As indicated in General Comment 15 adopted at the twenty-seventh session (1986), the enjoyment of Covenant rights is not limited to citizens of States Parties but must also be available to all individuals, regardless of nationality or statelessness, such as asylum seekers, refugees, migrant workers and other persons, who may find themselves in the territory or subject to the jurisdiction of the State Party. This principle also applies to those within the power or effective control of the forces of a State Party acting outside its territory, regardless of the circumstances in which such power or effective control was obtained, such as forces constituting a national contingent of a State Party assigned to an international peace-keeping or peace-enforcement operation”.

¹⁸ Sentenza *Issa*, par. 71.

¹⁹ Tra gli altri, v. UN COMMITTEE AGAINST TORTURE (CAT), *General Comment No. 2: Implementation of Article 2 by States Parties*, 24 gennaio 2008, CAT/C/GC/2, www.unhcr.org. Altre indicazioni in F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 342 ss.; A. KLUG, T. HOWE, *op. cit.*; M. SPATTI, *I limiti all’esclusione degli stranieri dal territorio dell’Unione europea*, Torino, 2010, p. 201 ss.

²⁰ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 73: “[D]ans chaque cas, c’est au regard des faits particuliers de la cause, par exemple en cas de contrôle absolu et exclusif sur une prison ou sur un navire, qu’il faut apprécier l’existence de circonstances exigeant et justifiant que la Cour conclue à un exercice extraterritorial de sa juridiction par l’Etat”.

²¹ *Ibidem*, paragrafi 77-81: “[L]a Cour observe qu’en vertu des dispositions pertinentes du droit de la mer, un navire naviguant en haute mer est soumis à la juridiction exclusive de l’Etat dont il bat pavillon. Ce principe de droit international a conduit la Cour à reconnaître, dans les affaires concernant des actes accomplis à bord de navires battant pavillon d’un Etat, à l’instar des aéronefs enregistrés, des cas d’exercice extraterritorial de la juridiction de cet Etat (...). Dès lors qu’il y a contrôle sur autrui, il s’agit dans ces cas d’un contrôle *de jure* exercé par l’Etat en question sur les individus concernés”. Inoltre si hanno casi in cui la “Cour a examiné la nature et la portée des actions accomplies par les agents” dello Stato convenuto (la Francia) “afin de vérifier s’il existait

ente) convenuto. In tal senso, oltre a quanto rilevabile dal caso *Issa*, può ricordarsi che nel caso *Öcalan c. Turchia* la Corte ha fatto riferimento al criterio del controllo sulla persona, al di fuori del territorio dello Stato contraente²²; in altro caso, al controllo pieno ed esclusivo quanto meno di fatto²³; inoltre, al controllo di fatto e poi anche di diritto²⁴.

Le indicazioni successive al caso *Banković* brevemente richiamate, insieme ad altre, mostrano che nel corso degli anni si è avuto un arricchimento giurisprudenziale dei criteri volti a individuare eccezioni aggiuntive a quelle inizialmente indicate dalla Corte, nel senso poc'anzi riferito: quelle indicazioni denotano, cioè, una progressiva rifinitura della definizione, in sviluppo, della nozione di giurisdizione tratteggiata in quello stesso caso, ai fini del funzionamento della Convenzione. La qual cosa è coerente, ci sembra, con l'approccio "case by case" seguito e costantemente affermato dalla Corte nell'interpretazione e applicazione della Convenzione²⁵.

4. A prescindere dall'esaminare la coerenza intrinseca dei criteri che hanno concorso a perfezionare la nozione di giurisdizione nella giurisprudenza della Corte

un contrôle, au moins *de facto*, continu et ininterrompu, exercé" da detto Stato sulla nave (*Winner*) e il suo equipaggio.

²² Sentenza del 12 maggio 2005, par. 91 ss.

²³ Sentenza del 29 marzo 2010, *Medvedyev c. Francia*, par. 65 ss.

²⁴ Decisione di ricevibilità del 30 giugno 2009, *Al-Saadoon e Mufdhi c. Regno Unito*.

²⁵ Cfr., ad esempio, il brano riportato *supra*, nota 20. Da richiamare in proposito gli svolgimenti della Corte nella sentenza del 14 dicembre 2006, *Markovic e altri c. Italia*, par. 49 ss.: "[L]a Cour rappelle que dans l'affaire *Banković et autres* elle avait indiqué qu'«en ce qui concerne le 'sens ordinaire' des termes pertinents figurant à l'article 1 de la Convention, du point de vue du droit international public, la compétence juridictionnelle d'un Etat est principalement territoriale. Si le droit international n'exclut pas un exercice extraterritorial de sa juridiction par un Etat, les éléments ordinairement cités pour fonder pareil exercice (nationalité, pavillon, relations diplomatiques et consulaires, effet, protection, personnalité passive et universalité, notamment) sont en règle générale définis et limités par les droits territoriaux souverains des autres Etats concernés» (...). Elle avait déclaré l'inexistence d'un 'lien juridictionnel', au sens de l'article 1 de la Convention, entre les personnes qui avaient été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs et avait conclu que l'action en cause n'engageait pas la responsabilité de ceux-ci au regard de la Convention. Sur la base de ce constat, elle avait jugé ne pas devoir examiner les autres questions de recevabilité soulevées par les parties (...). Quant aux autres griefs formulés par les requérants dans la présente requête (...), la Cour les a déclarés irrecevables au motif que les circonstances particulières de l'affaire, notamment la saisine des juridictions italiennes par les intéressés, ne permettaient pas de s'écarter de cette jurisprudence (...). Toutefois, en ce qui concerne le grief tiré de l'article 6 en relation avec l'article 1 de la Convention, elle rappelle que le gouvernement défendeur avait, dans l'affaire *Banković et autres*, souligné la possibilité d'engager une procédure devant les juridictions nationales italiennes, ce qui portait à croire que pour des griefs autres que ceux invoqués alors l'existence d'un lien juridictionnel n'était pas à exclure. De fait, les requérants étaient déjà en cours d'instance devant les juridictions nationales. Elle avait déclaré l'inexistence d'un 'lien juridictionnel', au sens de l'article 1 de la Convention, entre les personnes qui avaient été victimes de l'acte incriminé et les Etats défendeurs et avait conclu que l'action en cause n'engageait pas la responsabilité de ceux-ci au regard de la Convention. Sur la base de ce constat, elle avait jugé ne pas devoir examiner les autres questions de recevabilité soulevées par les parties".

brevemente riferita²⁶, da quanto precede risulta che gli svolgimenti di detta nozione appaiono sensibili al crescente operare degli Stati contraenti al di fuori dei rispettivi limiti territoriali. In tal senso depone anche la sentenza relativa all'affare *Hirsi*.

La Corte ha ricordato, anzitutto, che, giusta il contenuto delle norme pertinenti del diritto internazionale, in alto mare le navi sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva dello Stato della bandiera. In effetti, in cause in cui erano venuti in gioco atti compiuti a bordo di navi battenti la bandiera di uno Stato contraente, l'organo giurisdicente aveva già rilevato l'esistenza di un esercizio extraterritoriale della giurisdizione statale. In particolare ove "il y a contrôle sur autrui, il s'agit dans ces cas d'un contrôle *de jure* exercé par l'Etat en question sur les individus concernés"²⁷.

Or bene, nell'affare pendente i fatti si erano svolti interamente a bordo delle navi militari dello Stato convenuto, con equipaggio esclusivamente di detto Stato; pertanto, dal momento in cui erano stati condotti a bordo delle navi fino al momento della loro consegna alle autorità libiche, i ricorrenti si erano trovati sotto il controllo continuo ed esclusivo, *de jure* e *de facto*, delle autorità italiane, con conseguente esercizio di giurisdizione extraterritoriale, risultando dunque irrilevanti la natura e gli obiettivi dell'intervento in alto mare delle navi italiane²⁸.

In effetti, concentrando l'attenzione sulle caratteristiche del caso di specie, la Corte ha posto in luce l'esistenza di un controllo esclusivo, diretto e ben identificabile sulle persone²⁹ – come tale completo – da parte dello Stato convenuto: siffatto controllo ha inciso direttamente sulle posizioni individuali – e quindi sui diritti pertinenti – nel perseguimento di date finalità. Le modalità e caratteristiche del controllo ne rivelano, ci sembra, il grado di effettività. Ne consegue che il periodo temporale di svolgimento delle attività espressione di quel controllo, in un zona di mare non soggetta alla sovranità di alcuno Stato, ha assunto, nelle circostanze del caso, valore di cornice nella quale si iscrivono i poteri esercitati dallo Stato in rapporto ai diritti di cui si asserisce la lesione. Tale cornice contribuisce a delineare la continuità, permanenza e fermezza dell'esercizio dei poteri statali³⁰. Nella situazione considerata, dunque, la giurisdizione non segue (necessariamente) il territorio³¹ e da questo risultano sganciati i diritti che seguono bensì l'esercizio della giurisdizione.

²⁶ Indicazioni bibliografiche *supra*, nota 14. V. pure il brano riportato nella nota che precede.

²⁷ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 77.

²⁸ *Ibidem*, par. 81.

²⁹ Controllo che pertanto può aversi per dimostrato: cfr. i dati desumibili dalla sentenza del 14 marzo 2006, *Hussein c. Albania e altri Stati*, circa le prove per poter sostenere l'esercizio della giurisdizione extraterritoriale da parte dello Stato parte della Convenzione.

³⁰ In effetti, "la Cour ne saurait souscrire à l'argument du Gouvernement selon lequel l'Italie ne serait pas responsable du sort des requérants en raison du niveau prétendument réduit du contrôle que ses autorités exerçaient sur les intéressés au moment des faits" (sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 79). Sul rilievo del fattore temporale nel definire l'esistenza di un controllo di fatto da parte dello Stato contraente, v. la sentenza *Medvedev*, par. 50. Ancorché in una più ampia prospettiva, in argomento v. P. DE SENA, *op. cit.*, p. 177 ss.

³¹ Cfr. gli svolgimenti del Comitato dei diritti dell'uomo e della Corte internazionale di giusti-

Ciò ha permesso di garantire il carattere universale di quelli in gioco nel processo pendente.

5. Accertato l'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato convenuto, la Corte ha riconosciuto la violazione, da parte dello stesso, dell'art. 3 della Convenzione per effetto della consegna dei ricorrenti alle autorità libiche.

La Corte è giunta a tale conclusione seguendo da vicino la propria consolidata giurisprudenza sull'applicazione *par ricochet* dell'art. 3 a casi di espulsione (o estradizione). Come è noto, in siffatti casi, gli organi di garanzia della CEDU hanno mosso costantemente dall'affermazione del diritto sovrano degli Stati contraenti a disciplinare e controllare l'immigrazione, materia non espressamente prevista dalla Convenzione. Peraltro – si legge nella giurisprudenza pertinente – quegli stessi Stati hanno accettato di limitare i poteri che ad essi derivano in materia dal diritto internazionale generale, nella misura e nei limiti degli obblighi assunti in quanto parti della Convenzione: ora, l'espulsione (o l'estradizione) di un individuo in alcuni casi eccezionali può essere contraria all'art. 3, in presenza di serie ragioni che portino a credere che la persona espulsa (o estradata) possa essere sottoposta nello Stato di destinazione ai trattamenti proibiti da quell'articolo³². In una situazione simile, l'espulsione (o l'estradizione) può comportare la responsabilità dello Stato in causa per violazione della Convenzione: pur in presenza di pressioni immigratorie, l'art. 3 “impone” l'obbligo di non rinviare una persona che corra il rischio di essere sottoposto a un siffatto trattamento nello Stato verso il quale sia allontanata³³.

Or bene, considerato il recente deterioramento della situazione in Libia, la Corte ha preso in considerazione quella esistente al momento dei fatti in esame. Sulla base della documentazione disponibile, la Corte ha escluso che in quel momento la Libia potesse essere considerata uno Stato “sicuro” per gli immigrati irregolari come i ricorrenti; sulla base dei dati ampiamente disponibili “au moment d'éloigner les requérants, les autorités italiennes savaient ou devaient savoir que ceux-ci, en tant que migrants irréguliers, seraient exposés en Libye à des traitements contraires à la Convention et qu'ils ne pourraient accéder à aucune forme de protection dans ce pays”³⁴.

In altri termini, in una specie di consegna delle persone intercettate in alto mare alle autorità di uno Stato terzo, la Corte ha fatto applicazione dei principi ordinariamente utilizzati in situazioni concernenti l'espulsione di stranieri dal territorio dello Stato contraente³⁵. Siffatta applicazione dell'art. 3 è conforme al

zia, riportati *supra* in nota 17 e, rispettivamente, nel parere del 9 luglio 2004, *Conseguenze giuridiche della costruzione di muro nei Territori palestinesi occupati*, par. 107 ss., www.icj-cij.org.

³² Ad esempio, v. le sentenze del 6 febbraio 2002, *Mamatkulov e Abdurasulovic c. Turchia*, par. 66 s.; e del 27 ottobre 2011, *Ahorugeze c. Svezia*, par. 84.

³³ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 122 s.

³⁴ *Ibidem*, par. 131.

³⁵ Per l'impostazione del problema se ci sia o no automatica estensione dell'applicazione (o degli standard di tutela) della CEDU in situazioni di accertato esercizio extraterritoriale della

carattere assoluto del diritto previsto dalla stessa norma – che consacra un valore fondamentale e intangibile posto a base delle società democratiche – e ha un'incidenza pratica di non poco momento sui poteri statali di controllo dell'immigrazione in alto mare. L'applicazione data all'art. 3 nel caso in esame integra materialmente il rilevato operare, in quella zona di mare, del principio statuito dall'art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, rafforzando dunque la tutela delle posizioni individuali.

Invero, dal punto di vista che qui interessa, l'applicazione dell'art. 3 prescinde dai c.d. criteri di eleggibilità previsti, come è noto, da quest'ultima Convenzione, e non incontra i limiti previsti dalla stessa per il beneficio del *non-refoulement* (art. 33, par. 2); inoltre, la sua violazione, a differenza di quanto accade per la seconda norma, trova il rimedio del ricorso individuale davanti alla Corte. Ciò equivale a stabilire, ci sembra, l'autonomia operativa dell'art. 3, rispetto al principio di *non-refoulement* previsto dalla Convenzione di Ginevra, la cui applicazione in alto mare, invero, è stata evocata dalla Corte, nella parte della sentenza dedicata all'esame della violazione dell'art. 3. Peraltro, non sembra che un siffatto riferimento possa essere assunto come dato che, dal punto di vista della Corte, incida sull'applicazione in alto mare dell'art. 3³⁶.

Ora, a parte la considerazione che un possibile accostamento tra le disposizioni in parola risulterebbe poco congruente con il carattere assoluto dell'art. 3 – carattere riaffermato nella sentenza in esame ed estraneo, come si è accennato, al *non-refoulement* previsto dalla Convenzione del 1951³⁷ –, va notato che il principio di cui si tratta è venuto in gioco non nel senso ora scartato, bensì negli svolgimenti della sentenza volti a escludere, come altrove reiteratamente affermato, che uno Stato contraente possa sottrarsi agli obblighi convenzionali invocando altri accordi. In effetti, proprio per sottrarsi a tali obblighi, lo Stato convenuto aveva invocato degli accordi bilaterali con la Libia sulla cooperazione in materia di controllo dell'immigrazione illegale, con conseguente consegna a quello Stato delle persone a bordo delle navi intercettate³⁸.

Senonché, ha osservato la Corte, “à supposer même que lesdits accords prévoyaient expressément le refoulement en Libye des migrants interceptés en haute mer, les États membres demeurent responsables même lorsque, postérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention et de ses Protocoles à leur égard,

giurisdizione e per la dottrina pertinente, anche per riferimenti ai rapporti di seguito considerati, nel testo, tra l'operare del principio di *non-refoulement* e l'art. 3 della stessa Convenzione, v. A. TERRASI, *I respingimenti in mare di migranti alla luce della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 591 ss.

³⁶ Per i riferimenti bibliografici si rinvia all'a. cit. nella nota che precede.

³⁷ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 122. Nell'ampia bibliografia sull'art. 33, par. 2, cit., nel testo, v. P. J. VAN KRIEGEN (ed.), *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, The Hague, 1999; J. C. HATHAWAY, *The Rights*, cit., p. 342 ss.; G. S. GOODWIN-GILL, J. MCADAM, *op. cit.*, p. 234 ss.

³⁸ Ma sul collegamento tra attività poste in essere dall'Italia e gli eventuali accordi stipulati con la Libia, a prescindere da quanto si legge nella sentenza in esame, v. G. PALMISANO, *Il trattamento del migrante clandestino*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Bari, 2010, p. 289 ss., in specie p. 319.

ils ont assumé des engagements découlant de traités”³⁹. Avendo rilevato la sistematica violazione dei diritti dell’uomo in Libia, la Corte ha aggiunto che l’art. 3 opera anche in caso di mancata presentazione di domande di asilo. Ora, proprio “[A] cet égard, la Cour relève qu’aucune des dispositions de droit international citées par le Gouvernement ne justifiait le renvoi des requérants vers la Libye, dans la mesure où tant les normes en matière de secours aux personnes en mer que celles concernant la lutte contre la traite de personnes imposent aux Etats le respect des obligations découlant du droit international en matière de réfugiés, dont le ‘principe de non-refoulement’”. Seguendo siffatto approccio, la Corte ha aggiunto che anche per le attività operative svolte nell’ambito dell’UE si è avuto cura di ribadire l’esercizio di quel principio, invero delineato dall’art. 19, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali sulla falsa riga dell’art. 3 CEDU, quale applicato dalla Corte⁴⁰.

Nel caso in esame, la Corte ha utilizzato ordinariamente lo stesso art. 3 anche avendo riguardo al rischio di *refoulement* indiretto dei ricorrenti (verso l’Eritrea e la Somalia): “le refoulement indirect d’un étranger laisse intacte la responsabilité de l’Etat contractant, lequel est tenu, conformément à une jurisprudence bien établie, de veiller à ce que l’intéressé ne se trouve pas exposé à un risque réel de subir des traitements contraires à l’article 3 de la Convention en cas de rapatriement”⁴¹.

In altri termini, come nel caso di espulsione dal territorio dello Stato contraente, la Corte ha richiamato l’attenzione di questo (l’Italia), ancorché operante in alto mare, sulla prassi pertinente (nota o che avrebbe dovuto essere tale all’Italia) seguita dallo Stato verso il quale le persone risultino allontanate (la Libia) nei rapporti con gli Stati terzi (l’Eritrea e la Somalia) di appartenenza di quelle stesse persone; in specie sull’assenza di garanzie (a tutela degli asilanti e dei rifugiati avverso l’espulsione nei Paesi di origine) offerte dal secondo di detti Stati avverso ulteriore arbitrario allontanamento⁴².

Nel pervenire alla conclusione della duplice violazione dell’art. 3, la Corte ha avuto cura di soffermarsi sulla violazione dei diritti individuali negli Stati terzi di appartenenza dei ricorrenti.

6. Inoltre, in assenza di procedure di identificazione e di esame della posizione individuale delle persone consegnate alle autorità libiche, la Corte ha riconosciuto la violazione dell’art. 4 del Protocollo n. 4 alla CEDU. La Corte ha rilevato che quella norma non reca riferimenti alla nozione di territorio; che in quella disposizione l’espressione “espulsione” è utilizzata e deve essere interpre-

³⁹ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 129; anche per le indicazioni sul consolidato orientamento giurisprudenziale della Corte consistente nell’escludere che gli Stati parti della CEDU possano sottrarsi agli obblighi derivanti da questa invocando quelli assunti sulla base di altri accordi.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 134 ss.; in argomento v. *infra*, par. 7.

⁴¹ *Ibidem*, par. 146. In argomento v. pure *infra*, testo e nota 58.

⁴² V. le sentenze del 2 dicembre 2008, *K.R.S. c. Regno Unito*; e del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, par. 134 ss.

tata in senso generico; che i flussi migratori hanno assunto un crescente arrivo via mare; che un'applicazione effettiva dell'art. 4, dunque, richiede che il medesimo sia applicabile non solo alle espulsioni collettive dal territorio nazionale, bensì, eccezionalmente, anche a quelle derivanti dall'esercizio dell'attività giurisdizionale dello Stato costiero al di fuori del proprio territorio, così, come nel caso di specie, in alto mare.

Su queste basi, la Corte ha statuito che, in assenza di una qualsiasi forma di esame della situazione individuale dei ricorrenti, i respingimenti di questi in quella zona di mare da parte dello Stato convenuto avevano causato una violazione dell'art. 4⁴³. In particolare: “[L]à où toutefois, comme en l'espèce, elle a reconnu qu'un Etat contractant avait exercé, à titre exceptionnel, sa juridiction en dehors de son territoire national, la Cour ne voit pas d'obstacle à accepter que l'exercice de la juridiction extraterritoriale de cet Etat a pris la forme d'une expulsion collective. Conclure autrement, et accorder à cette dernière notion une portée strictement territoriale, entraînerait une distorsion entre le champ d'application de la Convention en tant que telle et celui de l'article 4 du Protocole n° 4, ce qui contredirait le principe selon lequel la Convention doit s'interpréter comme un tout”⁴⁴.

Così statuendo, la Corte ha scartato la tesi – sostenuta dallo Stato convenuto – secondo cui l'art. 4 in esame sarebbe applicabile solo nel caso in cui i ricorrenti si trovino sul “territoire national”⁴⁵. Invero, “il convient de tenir compte du but et du sens de la disposition en cause, lesquels doivent eux-mêmes s'analyser à la lumière du principe, solidement ancré dans la jurisprudence de la Cour, selon lequel la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conditions actuelles”. Inoltre, “il est essentiel que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire”⁴⁶.

Sulla base di quanto precede, in assenza di ricorsi effettivi avverso la lesione dei diritti in parola, la Corte ha accertato anche l'avvenuta violazione dell'art. 13 in connessione con le norme precedentemente considerate⁴⁷. In proposito vale la pena di ricordare che, per consolidata indicazione della Corte, ove sia in gioco il rischio di violazione dell'art. 3, gli Stati contraenti sono tenuti a esaminare rigorosamente e in modo indipendente la posizione degli interessati con mezzi

⁴³ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 166 ss.

⁴⁴ *Ibidem*, par. 178.

⁴⁵ *Ibidem*, par. 172.

⁴⁶ *Ibidem*, par. 175. In argomento, anche per la limitata giurisprudenza della CEDU in materia, v. M. BOSSUYT, *Strasbourg et les demandeurs d'asile: des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, 2010, p. 96 ss.; M. SPATTI, *op. cit.*, p. 303 ss.; e il commento all'art. 4 di C. FAVILLI, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *op. cit.*, p. 870 ss. Sulla prassi delle espulsioni collettive e un esame delle norme sui diritti dell'uomo che la proibiscono, v. il *Third Report* sull'espulsione degli stranieri sottoposto alla Commissione di diritto internazionale dal relatore speciale M. Kamto, in UN doc. A/CN.4/581, in specie punto 90 ss., www.unhcr.org. Con riferimento all'esperienza italiana nel Mare Mediterraneo, v. F. VASSALLO PALEOLOGO, *op. cit.*

⁴⁷ Sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 197 ss.

idonei a evitare gli effetti potenzialmente irreversibili del provvedimento di allontanamento che li riguardi, compresa la sospensione dell'esecuzione di detto provvedimento. Ciò in considerazione del carattere assoluto del diritto tutelato da quella norma⁴⁸.

7. In conclusione, non è privo di rilievo ricordare che lo Stato ritenuto responsabile di una violazione della Convenzione è tenuto ad “adopter les mesures générales et/ou, le cas échéant, individuelles nécessaires” per conformarsi alla sentenza⁴⁹. Pertanto, la Corte ha ritenuto di dover suggerire “les mesures individuelles qui s'imposent dans le cadre de l'exécution du présent arrêt, sans préjudice des mesures générales requises pour prévenir d'autres violations similaires à l'avenir”: in breve, nelle “circonstances de l'affaire, la Cour considère qu'il incombe au gouvernement italien d'entreprendre toutes les démarches possibles pour obtenir des autorités libyennes l'assurance que les requérants ne seront ni soumis à des traitements contraires à l'article 3 de la Convention ni rapatriés arbitrairement”⁵⁰.

Siffatte misure individuali aprono la strada a critiche circa la loro effettiva efficacia⁵¹. Peraltro, non pare dubbio che, oltre a delineare ulteriormente il ruolo indiretto della CEDU nel porre limiti ai poteri statali di controllo dei flussi migratori (in acque internazionali), considerata la specie di intercettazione in alto mare cui si ha riguardo, le indicazioni, rese in *Grand Chambre*, dall'organo giurisdicante dovrebbero costituire un inevitabile punto di riferimento per le eventuali future attività delle autorità italiane inserite – come quelle considerate dalla Corte – nel quadro della cooperazione con i Paesi di origine e di transito dei migranti.

Invero, come è stato osservato, è auspicabile che il governo italiano avvii iniziative con il nuovo governo libico al fine di chiarire il contenuto della collaborazione tra i due Stati in materia di controllo dell'immigrazione clandestina,

⁴⁸ Sul punto v. la sentenza *M.S.S.*, par. 223 ss. Inoltre, G. CELLAMARE, *Recenti tendenze dell'UE in materia di diritti processuali dei richiedenti asilo: tra CEDU e “regime europeo comune”*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 959 ss., in specie p. 988; A. LIGUORI, *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, n. 3, p. 39 ss.

⁴⁹ V. il combinato disposto degli articoli 41 (sull'equa soddisfazione) e 46 (sulla forza vincolante e l'esecuzione delle sentenze) della CEDU; il brano riportato nel testo è tratto dalla sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 209.

⁵⁰ *Ibidem*, par. 210. Per completezza va ricordato che, all'unanimità, la Corte ha deciso altresì che lo Stato convenuto è tenuto a versare ai richiedenti le somme di 15.000 euro “pour dommage moral” e la somma complessiva – merita di essere segnalato – di 1.575,74 “pour frais et dépens”.

⁵¹ Sulla giurisprudenza della Corte dalla quale risulta la proiezione verso il futuro delle misure indicate, in modo da prevenire la violazione della CEDU, oltre che rimuovere la violazione attuale, tra gli altri v. M. CASTELLANETA, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi Starace*, cit., I, p. 59 ss., in specie p. 64 ss. Degna di nota la seguente affermazione del giudice Pinto De Albuquerque: “[T]he Italian Government has a positive obligation to provide the applicants with practical and effective access to an asylum procedure in Italy”.

eliminando i dubbi di “ambiguità” che è possibile rilevare, più in generale, dal contenuto dagli accordi inizialmente richiamati⁵².

Più in generale, dato quanto in essa statuito, la sentenza dovrebbe costituire altresì un punto di riferimento per gli Stati di immigrazione (in specie quelli)

⁵² In una siffatta prospettiva B. NASCIMBENE, *Condanna senza appello per i ‘respingimenti’*, www.affarinternazionali.it, il quale richiama i rilievi già svolti da N. RONZITTI, *Il trattato Italia-Libia di amicizia, partenariato e cooperazione*, www.iai.it, in specie p. 7 ss.; nonché ID., *Il futuro dei trattati tra Italia e Libia*, www.affarinternazionali.it. Secondo quanto è dato leggere in un comunicato pubblicato in data 3 aprile 2012 sul sito del Ministero dell’Interno (www.interno.it), in quello stesso giorno il Ministro Annamaria Cancellieri ha avuto a Tripoli dei colloqui con alte autorità libiche (il Primo Ministro, il Ministro degli Affari Esteri, e quello dell’Interno), così avviando “una nuova fase di cooperazione” tra Italia e Libia, “soprattutto con riferimento al settore migratorio e alla lotta alle organizzazioni criminali che sfruttano le condizioni di bisogno dei migranti (...)”. Nel corso dei colloqui è stata sottoscritta una intesa che prevede iniziative di collaborazione in materia di sicurezza ed in particolare nel contrasto alle organizzazioni criminali che gestiscono il traffico dei migranti e di formazione per le forze di polizia, per il controllo delle coste e il rafforzamento della sorveglianza delle frontiere libiche, per favorire il rientro volontario dei migranti nei paesi di origine anche in collaborazione con l’Organizzazione Internazionale delle Migrazioni (OIM), e per la realizzazione di un sistema di gestione dei dati per l’anagrafe civile. Nel documento sottoscritto (...) viene altresì sottolineato il riferimento alla Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale, firmata a Palermo il 12 dicembre 2000 e alla dichiarazione politica di Tripoli, firmata il 21 gennaio scorso dai Primi Ministri Monti e Al Kiib”. Al momento in cui questo commento è consegnato alla redazione della *Rivista* è possibile prendere visione del “Processo verbale della riunione tra il Ministero dell’Interno della Repubblica italiana ed il Ministro dell’Interno della Libia (Tripoli 3 aprile)” (www.lastampa.it), “verbale” che reca numerosi punti di contatto con il riferito contenuto del “documento” in parola; tuttavia, quanto si legge in quel “verbale” non appare sufficiente, ci sembra, a escludere le “ambiguità” richiamate nel testo. Certo, in vista del rafforzamento della collaborazione operativa nel contrasto all’immigrazione illegale, il “verbale” ha cura di precisare che, nell’esercizio di siffatta attività (“e durante la permanenza degli immigrati illegali nei centri di accoglienza” richiamati nello stesso “verbale”), “le parti confermano l’impegno al rispetto dei diritti dell’uomo, tutelati dagli accordi e dalle Convenzioni internazionali vigenti”. Peraltro, su queste basi, non è dato conoscere, in particolare, se e in quale misura i due governi, ancorché da diversi punti di vista, intendano prendere effettivamente in considerazione le esigenze di tutela di asilanti e rifugiati in Libia, dei quali, in effetti, non v’è menzione nel “verbale”; la qual cosa può trovare una ragionevole spiegazione nell’assenza di un sistema di asilo in Libia. Invero si tratta di una situazione che (giusta quanto si legge nella sentenza *Hirsi Jamaa*, paragrafi 121 e 131) l’Italia non può ignorare (cfr. pure *supra*, par. 5, testo e nota 34). Sulla situazione attuale dei diritti dell’uomo e, in particolare, di rifugiati e asilanti in Libia, v. il comunicato di Amnesty International del 19 gennaio 2012, *Amnesty International scrive al presidente del Consiglio Monti in occasione della visita in Libia: “La cooperazione con Tripoli sia basata sui diritti umani”*, www.amnesty.it, nonché *ivi* il rapporto della stessa organizzazione, del giugno 2012, *S.O.S. Europe: Les droits humains et le contrôle de l’immigration*, doc. EUR 01/013/2012. In argomento non è privo di rilievo ricordare infine il doc. DH-DD(2012)544F, del 1° giugno 2012, *Communication du gouvernement de l’Italie relative à l’affaire Hirsi Jamaa contre l’Italie (requête n° 27765/09) – Informations mises à disposition en vertu de la Règle 8.2.a des Règles du Comité des Ministres pour la surveillance de l’exécution des arrêts et des termes des règlements amiables*, wcd.coe.int, dal quale risultano le difficoltà che l’Italia incontra nel dare esecuzione alla sentenza, in assenza di adeguate indicazioni delle autorità libiche (che hanno riconosciuto la “persistante désorganisation de la ‘machine’ administrative et qui subit encore les conséquences du récent conflit”), volte a fornire le informazioni funzionali all’attuazione delle misure di cui si tratta.

parti della CEDU coinvolti in operazioni di controllo dell'immigrazione clandestina a mezzo dell'Agenzia Frontex⁵³. Come è noto, questa svolge, in particolare, attività di coordinamento della cooperazione per la sicurezza dei confini deviando coercitivamente le navi con a bordo immigrati clandestini⁵⁴. Invero, l'Agenzia è sottoposta al TFUE, il cui art. 78, par. 1, in vista delle misure volte a sviluppare la politica comune di asilo nell'Unione, richiama la Convenzione di Ginevra e il rispetto del principio di *non-refoulement*.

In proposito va segnalato che, tenendo conto, evidentemente, dei problemi di tutela delle posizioni individuali – in specie dei rifugiati – in occasione delle operazioni coordinate da Frontex⁵⁵, la decisione 2010/252/UE del Consiglio, del 16 aprile 2010⁵⁶, reca nell'Annesso delle “Linee guida”, non obbligatorie, per le operazioni in mare coordinate nel quadro della stessa Agenzia. Riprendendo, in parte, le raccomandazioni contenute nelle dettagliate *Twenty Guidelines on forced return* già adottate dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 4 maggio 2005⁵⁷, nelle “Linee guida” dell'UE è inserito il principio in base al quale nessuno può essere “sbarcato o altrimenti consegnato alle autorità di un

⁵³ Sulla “posizione” della CEDU nell'ordinamento italiano e sulla sua c.d. “comunitarizzazione” esiste un'ampia bibliografia: anche per altre indicazioni, v. U. VILLANI, *Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Bari, 2012, p. 89 ss. Sulla possibile incidenza del ragionamento intrinseco contenuto nella sentenza *Hirsi Jamaa* sull'esperienza di Stati diversi da quelli membri del Consiglio d'Europa (così per l'Australia, Stato antesignano nei controlli esterni dei flussi migratori), v. quanto già si legge in J. A. HESSBRUEGGE, *European Court of Human Rights Protects Migrants Against “Push Back” Operations on the High Seas*, 2012, www.asil.org.

⁵⁴ In generale, anche per la bibliografia, v. G. CAGGIANO, *Attività e prospettive di intervento dell'Agenzia Frontex nel Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *op. cit.*, p. 403 ss.; e S. PEERS, *Eu Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, III ed., p. 216 ss. Con riferimenti ai profili che qui interessano dell'attività di Frontex, A. BALDACCINI, *Extraterritorial Borders Control in the EU: the Role of Frontex in Operations at Sea*, in B. RYAN, V. MITSILEGAS (eds.), *op. cit.*, p. 229 ss.; G. E. DE CAPITANI, L. BARGIOTTI, *A Chronicle of a European Freedom Security and Justice Space*, 2010, www.europeanrights.eu, p. 21 ss.; L. DEN HERTOG, *Fundamental Rights and the Extra-territorialisation of EU Migration Policy: A Contradiction in Terms?*, 2011, www.ceps.eu; il doc. del Consiglio d'Europa, del 6 giugno 2011, *The interception and rescue at sea of asylum seekers, refugees and irregular migrants*, n. 12628 (rapporto presentato, al *Committee on Migration, Refugees and Population*, da A. Díaz Tejera, e sulla base del quale sono state formulate delle raccomandazioni rilevanti dal punto di vista che qui interessa), con rilievi di scarse garanzie di rispetto dei diritti dell'uomo delle operazioni congiunte di Frontex (paragrafi 5.4 e 10). In proposito v. già la risoluzione dell'Assemblea parlamentare dello stesso Consiglio, del 28 novembre 2008, *Europe's boat people: mixed migration flows by sea into southern Europe*, n. 1637(2008).

⁵⁵ Cfr. gli svolgimenti di L. DEN HERTOG, *op. cit.*, *passim*.

⁵⁶ Che integra il codice frontiere Schengen per quanto riguarda la sorveglianza delle frontiere marittime esterne nel contesto della cooperazione operativa coordinata dall'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell'Unione europea, *GUUE* L 111, 4 maggio 2010, p. 20 ss.; cfr. pure la sentenza *Hirsi Jamaa*, par. 30 ss.

⁵⁷ V. wcd.coe.int. Rispetto a quanto si osserva nel testo è degno di nota, altresì, che il 6 marzo 2012 il Mediatore europeo abbia aperto un'indagine che ha riguardo alla realizzazione da parte di Frontex dei propri obblighi di rispettare i diritti fondamentali nel corso delle missioni di controllo svolte dalla stessa Agenzia: v. *Ombudsman investigates Frontex's fundamental rights implementa-*

paese in violazione del principio di non respingimento o nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio” del richiedente asilo verso le frontiere di uno Stato ove possano essere in pericolo la sua vita o la sua libertà, nonché il diritto delle persone “intercettate o soccorse a ottenere informazioni adeguate affinché possano esprimere qualunque motivo induca loro a ritenere che lo sbarco nel luogo proposto violerebbe il principio di non respingimento” (punto 1.2). Il divieto generale di *refoulement* indiretto è stato successivamente ribadito dall’art. 1, n. 3, lett. b), regolamento (UE) n. 1168/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 2007/2004 del Consiglio che istituisce un’Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne degli Stati membri dell’Unione europea⁵⁸.

D’altro canto, l’art. 78, par. 1, TFUE richiama l’operare degli “altri trattati pertinenti”, tra cui rientra certamente la Convenzione europea dei diritti dell’uomo; e questi, come è noto, fanno parte del diritto dell’Unione “in quanto principi generali” (art. 6, par. 2, TUE). In conformità agli stessi, dunque, va realizzata la politica migratoria e dell’asilo dell’UE, in quanto parte integrante dello “spazio di libertà, sicurezza e giustizia” (art. 67, par. 1, TFUE).

La sentenza brevemente annotata si aggiunge ad altre – della Corte dell’UE, della Corte costituzionale e della Cassazione, nonché del Consiglio di Stato – che hanno via via demolito norme e prassi note all’esperienza italiana in materia migratoria contrastanti con atti internazionali sui diritti dell’uomo, con il diritto dell’Unione e con la Carta costituzionale.

tion, del 13 marzo 2012, *press release* n. 4/2012, www.ombudsman.europa.eu; nonché la risposta dell’Agenzia Frontex, del 17 maggio 2012, www.statewatch.org.

⁵⁸ *GUUE* L 304, 22 novembre 2011, p. 1 ss. V. art. 1, n. 3, lett. b): “[I]n conformità del diritto dell’Unione e internazionale, nessuno può essere sbarcato in un paese, o altrimenti consegnato alle autorità dello stesso, in violazione del principio di non respingimento o in un paese nel quale sussista un rischio di espulsione o di rimpatrio verso un altro paese in violazione di detto principio (...)”. L’incidenza sui diritti umani dell’attività di Frontex è presupposta da detto regolamento: v. il 29° “considerando”; l’art. 1, n. 4 (sul “codice di condotta”, predisposto dalla stessa Agenzia, “applicabile a tutte le operazioni di cui assicura il coordinamento”; sono stabilite “procedure intese a garantire i principi dello Stato di diritto e il rispetto dei diritti fondamentali, con particolare attenzione nel caso dei minori non accompagnati e delle persone vulnerabili, come anche delle persone che chiedono protezione internazionale, e applicabili a tutti coloro che prendono parte alle attività dell’Agenzia”) e 26 (che prevede, in particolare l’elaborazione e attuazione, da parte dell’Agenzia di una strategia in materia di diritti fondamentali”, con l’istituzione di “un meccanismo efficace per monitorare il rispetto dei diritti fondamentali in tutte le proprie attività”: si tratta cioè di un monitoraggio delle attività di Frontex svolto dalla medesima Agenzia, non già da altra entità).

Abstract

Brief Notes on the Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*

Between 2007 and 2009, after the agreements concluded with Libya to fight clandestine immigration, Italy instated a policy of sending undocumented migrants and asylum seekers on the high sea; on several cases, the persons intercepted were taken back to Libya.

On February 23, 2012, the Grand Chamber of the European Court of Human Rights issued a landmark judgment in the case of *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, ruling against such operations. The Chamber held that there had been two violations of Article 3 ECHR (obligation of member States to protect the applicants from torture, and inhuman or degrading treatment) because the applicants had been exposed to the risk of ill-treatment in Libya and of repatriation to Somalia or Eritrea; a violation of Article 4 of Protocol No. 4 to Convention (prohibition of collective expulsion of non-nationals); and, finally, a violation of Article 13 (right to effective remedy), taken in conjunction with the above-mentioned Articles (for lack of suspensive effect, the applicants have had no remedy available to them satisfying the requirements of Article 13).

In particular, the Court ruled that Italy had exercised both *de jure* and *de facto* control over the applicants, starting from the moment they were taken aboard Italian ships, and restated that special nature of the maritime environment cannot justify an area outside the law where individuals are covered by no legal system capable of affording their enjoyment of the rights and guarantees protected by the Convention. The *Hirsi Jamaa* judgment has clarified the extraterritorial protection offered by the Convention, and in particular that the principle of *non-refoulement* under Article 3 ECHR also applies on the high seas. The judgment has implications for Frontex operations.

Patrizia De Pasquale*

Misure nazionali di rimpatrio e diritto dell'Unione europea: da *El Dridi* ad *Achughbabian***

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Cenni al precedente *El Dridi*. – 3. La vicenda *Achughbabian*. – 4. *Segue*: la “competenza penale” nella decisione della Corte di giustizia. – 5 *Segue*: aspetti rilevanti della decisione. – 6. Considerazioni critiche. – 7. L'incidenza delle sentenze *El Dridi* e *Achughbabian* nell'ordinamento francese.

1. La sentenza resa dalla Corte di giustizia il 6 dicembre 2011, causa C-329/11, *Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne*¹, richiama ancora una volta l'attenzione sulla questione dei limiti della potestà penale degli Stati membri in materia di immigrazione irregolare. Questione sulla quale il giudice dell'Unione era stato chiamato a pronunciarsi con la sentenza *El Dridi*², ma che si è riproposta a distanza di appena pochi mesi sotto un profilo, per così dire, rovesciato.

Come noto, infatti, il caso *El Dridi* riguardava una sanzione comminata dallo Stato italiano “*post* espulsione a vuoto” di un immigrato irregolare; nel caso in esame, invece, la sanzione è fissata dall'ordinamento francese ancor prima che la procedura di espulsione abbia inizio. Si tratta in altri termini di due situazioni speculari, che coinvolgono la medesima problematica di fondo: l'interpretazione e la portata della direttiva 2008/115/CE (c.d. direttiva rimpatri) e il suo coordinamento con la pertinente normativa penale degli Stati membri³.

Prima di passare all'esame della sentenza *Achughbabian*, conviene quindi ricordare brevemente il sistema messo a punto da tale direttiva nel dettare le regole comuni minime sulle condizioni delle procedure di espatrio degli stranieri

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea nella LUM “Jean Monnet” di Casamassima.

** Il presente scritto si inserisce nella ricerca di Ateneo 2011 avente ad oggetto “Diritti dell'uomo, dignità umana e bioetica, fra diritto interno e diritto europeo”.

¹ Non ancora pubblicata in *Raccolta*.

² Sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Cfr., altresì, la sentenza del 30 novembre 2009, causa C-357/09 PP, *Kadzoev*, *Raccolta*, p. I-11189 ss.

³ Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, *GUUE* L 348, 24 dicembre 2008.

irregolari nei loro Paesi d'origine. Come noto, scopo della direttiva è di armonizzare i sistemi nazionali, cercando di bilanciare due opposte esigenze: da un lato, assicurare l'effettività dei meccanismi di rimpatrio degli immigrati irregolari; dall'altro, tutelare i diritti fondamentali di questi ultimi in ogni fase di adozione ed attuazione di una decisione di allontanamento o rimpatrio.

Più specificamente, la direttiva scansiona la procedura amministrativa per eseguire l'allontanamento in fasi caratterizzate da una gradualità crescente dell'uso di misure coercitive. Infatti, tale gradazione va dalla misura meno restrittiva per la libertà dell'interessato, ossia la concessione di un termine per la partenza volontaria, alla misura che maggiormente limita la libertà nell'ambito di un procedimento di allontanamento coattivo, cioè il trattenimento in appositi centri. In tal senso, l'art. 7 della direttiva stabilisce che, in caso di soggiorno irregolare di un immigrato, il rimpatrio di quest'ultimo avvenga prioritariamente con partenza volontaria e che, a tal fine, all'interessato sia impartito un termine compreso tra i sette ed i trenta giorni. Qualora la partenza volontaria non sia avvenuta entro tale termine, lo Stato può ordinare l'espulsione coattiva dell'immigrato (art. 8, par. 1).

Se però l'allontanamento rischia di essere compromesso dal comportamento dell'interessato, lo Stato può procedere al trattenimento (*rectius*, detenzione amministrativa)⁴ presso i centri di permanenza temporanea solo per il tempo necessario all'espletamento del rimpatrio (art. 15). Nondimeno, tale misura è adottabile, per non più di 18 mesi, a condizione che non sia possibile applicare misure meno coercitive e ove sussistano presupposti giustificativi, ad esempio un pericolo di fuga ovvero che lo straniero eviti od ostacoli la preparazione del rimpatrio o dell'allontanamento. Inoltre, il trattenimento è ammesso solo in quanto ne possa essere dimostrata l'efficacia rispetto alla concreta esecuzione dell'allontanamento dello straniero ed è sempre corredato da opportune garanzie: deve essere riesaminato ad intervalli ragionevoli e deve cessare appena venga a mancare la prospettiva di allontanamento, sia in ragione di motivi giuridici sia per altri motivi. In sostanza si tratta di uno strumento residuale, applicabile in caso di inefficacia di altre misure meno coercitive e, comunque, come sottolineato dalla stessa direttiva, diverso – e non solo da un punto di vista funzionale – rispetto alla detenzione in carcere⁵. A tal riguardo, il 16° 'considerando' precisa che il trattenimento "dovrebbe essere limitato e subordinato al principio di proporzionalità con riguardo ai mezzi e agli obiettivi perseguiti".

A ben guardare, è possibile affermare che dalla direttiva discende, in capo all'immigrato irregolare, un vero e proprio diritto al rimpatrio. Tale diritto, in

⁴ Sembra opportuno precisare che si tratta di una misura di carattere amministrativo che non va confusa con la detenzione penale. Infatti, nella versione francese è opportunamente denominata *rétenion* da distinguere dalla *détention* (misura penale).

⁵ L'art. 1, par. 1, della direttiva sancisce che, qualora lo Stato membro non possa sistemare lo straniero in un apposito centro di permanenza temporanea e debba rinchiuderlo in un istituto penitenziario, debba comunque tenerlo separato dai detenuti ordinari.

prima istanza, dovrà essere esercitato dal beneficiario, ma qualora questi non possa provvedere con mezzi propri alla partenza volontaria, allora lo Stato dovrà garantirne l'effettività, assumendosi l'onere di predisporre la procedura necessaria affinché il rimpatrio giunga a buon fine, nel rispetto chiaramente dei diritti fondamentali.

2. Il “trattenimento” disciplinato dagli articoli 15 e 16 della direttiva rimpatri rappresenta, dunque, la misura più restrittiva della libertà consentita nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo. È per questo motivo che numerosi profili di incompatibilità sono sorti in relazione a talune misure nazionali di diritto penale che condizionano negativamente il procedimento di espulsione amministrativo. Così, le pene della reclusione e dell'arresto, comportando un sacrificio della libertà personale dello straniero maggiore rispetto alla sanzione amministrativa del trattenimento nei centri di permanenza temporanea, sono state ritenute disfunzionali rispetto all'effetto utile e alla tutela dei diritti fondamentali perseguiti dalla direttiva.

Tale problema, come detto, era stato affrontato già nel caso *El Dridi*. Infatti, in tale occasione, la Corte di appello di Trento aveva richiesto alla Corte di giustizia a quali condizioni dovesse considerarsi incompatibile con il diritto dell'Unione, e segnatamente con la direttiva 2008/115, il ricorso al diritto penale per sanzionare condotte poste in essere da cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno in uno Stato membro fosse irregolare, in relazione a (e nel corso di) un procedimento di allontanamento, ovvero per sanzionare l'inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore.

La Corte di Lussemburgo, con una sentenza a tratti oscura, aveva richiamato espressamente la direttiva, sottolineandone le numerose distonie con la disciplina italiana in materia di immigrazione irregolare. In particolare, aveva attirato l'attenzione sia sulla necessità che le misure da prendere per dare esecuzione alla decisione di rimpatrio fossero adeguatamente graduate, in modo da prevedere un ampio spettro di sanzioni; sia sul rispetto del parametro di proporzionalità e dei diritti fondamentali dei cittadini di Paesi terzi.

La Corte aveva inoltre osservato che la direttiva riconosce allo Stato la possibilità di ricorrere al trattenimento in appositi centri, ma soltanto come misura necessaria ad eseguire la decisione di rimpatrio e sempreché non sia possibile ricorrere ad una soluzione meno coercitiva. Ed aveva altresì ricordato il principio fondamentale secondo cui la direttiva rimpatri “non permette agli Stati membri di applicare norme più severe nell'ambito che essa disciplina” (punto 33). E, poiché ciò vale anche per gli articoli 15 e 16 della direttiva 2008/115, aveva escluso che gli Stati membri possano introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure di carattere amministrativo adottate per procedere all'allontanamento coattivo, una misura penale detentiva. Una pena di tale natura – aveva spiegato – in ragione delle sue condizioni e modalità di applicazione rischiava di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito dalla direttiva, “ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare” (punto 59).

In definitiva, il giudice dell'Unione aveva sostenuto, sia pure non esplicitamente, che la reclusione dello straniero irregolare per mancato ottemperamento all'ordine di allontanamento violava la direttiva rimpatri, perché ne impediva – e per un periodo di tempo piuttosto elevato – l'espulsione, interrompendo una procedura che si apre con l'adozione della decisione di rimpatrio e che si chiude soltanto nel momento in cui tale decisione sia stata eseguita, ossia allorquando lo straniero irregolare sia stato allontanato dal territorio dello Stato membro. Di conseguenza, qualsiasi normativa nazionale che, direttamente o indirettamente, incida su tale procedura, privandola del suo effetto ovvero procrastinandolo, è da ritenersi incompatibile con la direttiva. In tale prospettiva, la Corte aveva affermato che tra le misure che gli Stati possono adottare ai sensi dell'art. 8, par. 4, della direttiva non sono incluse le sanzioni penali, come quelle sancite dall'art. 14, co. 5-ter, del d.lgs. 286/1998 all'epoca in vigore nell'ordinamento italiano.

3. Nella sentenza *Achughbabian*, il giudice dell'Unione ritorna a pronunciarsi sulla direttiva rimpatri, in relazione al reato di clandestinità previsto dall'art. L.621-1 del Codice francese dell'ingresso e del soggiorno degli stranieri e del diritto d'asilo (d'ora in avanti, Ceseda)⁶. Tale disposizione punisce con le pene congiunte della reclusione (di un anno) e dell'ammenda (di 3.750 euro) lo straniero che sia entrato o abbia soggiornato sul territorio francese in assenza dei documenti o dei visti richiesti, o che, se maggiorenne, vi si sia trattenuto per un periodo superiore a tre mesi senza munirsi del permesso di soggiorno. La disciplina francese è, all'evidenza, contraddistinta dalla criminalizzazione dello *status* di clandestinità, a prescindere dal fatto che lo straniero si sia sottratto ad un ordine di espulsione e, dunque, per il solo fatto di entrare o soggiornare sul territorio francese in stato di clandestinità.

Nello specifico, la controversia trae origine dalla vicenda del signor Achughbabian, di nazionalità armena, che, a seguito di controlli effettuati dalla polizia a Maisons-Alfort (Francia) il 24 giugno 2011, veniva sottoposto a fermo di polizia perché accusato di aver commesso il reato in parola. Durante il fermo, come da prassi consolidata, gli venivano notificati un decreto di riaccompagnamento coattivo alla frontiera ed un decreto di trattenimento, emessi dal prefetto di Val-de-Marne. Subito dopo, il *juges des liberté et de la détention* disponeva la proroga del trattenimento dello straniero, non accogliendo le eccezioni di nullità sollevate dal ricorrente contro il fermo di polizia. Tra queste, una pren-

⁶ Cfr., in particolare, L. D'AMBROSIO, *I rapporti tra diritto UE e legislazione penale francese in materia di immigrazione irregolare alla luce della sentenza El Dridi*, www.penalecontemporaneo.it; ID., *Se una notte d'inverno un...sans papiers. La Corte di giustizia dichiara il reato d'ingresso e soggiorno irregolare conforme e non conforme alla "Direttiva rimpatri"*, *ibidem*; P. HENRIOT, *Garde à vue et séjour irrégulier: les enseignements de l'arrêt Achughbabian sont limpides*, in *Gazette du Palais*, 2012, p. 17 ss.; R. RAFFAELLI, *Case Note: The Achughbabian Case. Impact of the Return Directive on National Criminal Legislation*, *Nota a Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, sent. 6 dicembre 2011, Achughbabian, causa C-329/11*, www.penalecontemporaneo.it.

deva spunto dalla sentenza *El Dridi*, giacché secondo il ricorrente, alla luce di tale sentenza, la pena detentiva sancita dall'art. L.621-1 Ceseda era da ritenersi incompatibile con il diritto dell'Unione. Inoltre, egli segnalava che, all'epoca dei fatti, il fermo di polizia poteva essere disposto soltanto nei confronti di individui sospettati di aver commesso un reato punibile con la reclusione (art. 62-2, codice di procedura penale).

Il 28 giugno 2011, il signor Achughbabian proponeva ricorso contro la decisione di trattenimento dinanzi alla *Cour d'appel* di Parigi che, a sua volta, sollevava la questione di pregiudizialità e domandava alla Corte di giustizia di valutare la compatibilità con la direttiva 2008/115 dell'art. L.621-1 del Ceseda. E, nonostante avesse nel frattempo disposto la cessazione del trattenimento del ricorrente, chiedeva che la causa fosse trattata con il "procedimento di urgenza", previsto dall'art. 104-ter del Regolamento di procedura della Corte di giustizia. Nondimeno, con ordinanza del 30 settembre 2011, la Corte dell'Unione rigettava tale richiesta accordando, ai sensi dell'art. 104-bis del citato regolamento, la "procedura accelerata" in ragione delle ricadute che la decisione avrebbe avuto sulla libertà personale di altri stranieri, in situazione irregolare, sottoposti a *garde à vue*.

4. Con la sua decisione, la Corte prova a chiarire la portata dei principi stabiliti nella sentenza *El Dridi* in quanto essa aveva innescato, come noto, un acceso dibattito che aveva coinvolto, in egual misura, dottrina e giurisprudenza: la prima ne aveva fornito interpretazioni diverse e spesso contrastanti; la seconda ne aveva dato applicazione molto differenziata, con un deprecabile esito di incertezza del diritto⁷. In realtà, a causa di talune enunciazioni particolarmente ermetiche, era risultata abbastanza confusa la distinzione, operata dal giudice dell'Unione, tra la fase di espulsione di carattere meramente amministrativo, disciplinata dalla direttiva, e quelle in cui agli Stati è lasciata la piena competenza di adottare misure di carattere penale.

Va subito avvertito, però, che la sentenza *Achughbabian* si presenta tanto complessa e prudente da non riuscire pienamente nel suo intento e da sollevare più dubbi di quanti ne risolva. In effetti la Corte, muovendosi su un terreno insidioso, perché politicamente sensibile, offre un'interpretazione della direttiva molto elaborata e basata su molteplici distinzioni di competenze tra Unione e Stati membri e su intrecci delle stesse di difficile comprensione nonché, soprattutto, di complicata applicazione. Invero, al fine di rispettare tanto le scelte nazionali quanto l'effetto utile della direttiva, il giudice di Lussemburgo giunge ad una soluzione a dir poco acrobatica⁸.

⁷ Sia consentito rinviare a P. DE PASQUALE, *L'espulsione degli immigrati irregolari nell'Unione europea: a valle di El Dridi*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 927 ss., ed alla bibliografia ivi richiamata. Cfr., altresì, C. GABRIELLI, *La Corte di giustizia mette in campo tutti gli strumenti per "un pronto intervento interpretativo" della direttiva rimpatri. Nota alla sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2011*, in *Gli Stranieri*, 2011, n. 3, p. 109 ss.

⁸ B. BERTRAND, *La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau: CJUE, 6 décembre 2011, Achughbabian, aff. C-329/11*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 845 ss.

Procedendo con ordine, è da sottolineare che la Corte si preoccupa, in via preliminare, di assicurare gli Stati membri⁹ circa l'integrità della loro competenza, puntualizzando che la direttiva non ha l'obiettivo "di armonizzare integralmente le norme nazionali sul soggiorno degli stranieri" (punto 28), bensì riguarda esclusivamente la disciplina del rimpatrio dei cittadini di Paesi terzi irregolari. Vale a dire che la direttiva non si estende anche all'armonizzazione delle disposizioni in materia di soggiorno e neppure all'eventuale risposta sanzionatoria prevista negli ordinamenti nazionali in caso di loro violazione. Tale atto si limita a disciplinare le fasi amministrative della procedura di espulsione, prima volontaria, poi coattiva, fissando una serie di regole a tutela dell'immigrato. Nulla dice e nulla dispone su quanto succede prima che tale procedura sia attivata e/o dopo che sia stata esperita.

Pertanto, la competenza a regolamentare la fase precedente e quella successiva resta completamente degli Stati membri che, comunque, sono tenuti ad esercitarla in modo da soddisfare gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e dal rispetto dei diritti fondamentali. Infatti, la Corte ha precisato che, "nonostante la legislazione penale e le norme di procedura penale rientrino, in linea di principio, nella competenza degli Stati membri, su tale ambito del diritto può nondimeno incidere il diritto dell'Unione. (...) Detti Stati non possono applicare una normativa penale tale da compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da tale direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile" (punto 33)¹⁰.

5. Sulla base di questa precisazione, la Corte ha sviluppato poi le sue argomentazioni, cercando di delimitare il campo di applicazione della direttiva e di articolare la procedura di espulsione in fasi ben definite in rapporto alle competenze dei due livelli (Unione europea/Stati membri).

In primo luogo, la Corte ha affermato che gli Stati membri hanno piena competenza a disciplinare il soggiorno dei cittadini di Paesi terzi, a qualificare come reato situazioni di irregolarità ed a prevedere sanzioni che scoraggino tali comportamenti. Ne consegue che gli Stati membri possano porre in stato di arresto gli stranieri sospettati di soggiornare in modo irregolare sul loro territorio, soprattutto qualora si voglia evitare che la persona si allontani prima che gli accertamenti iniziali si siano conclusi.

A tal proposito, la Corte ha richiamato il 17° 'considerando' della direttiva rimpatri¹¹, che contempla la possibilità di ricorrere all'arresto iniziale da parte

⁹ Va ricordato che, dopo la sentenza *El Dridi*, molti Stati avevano dimostrato contro eventuali erosioni di sovranità in materia penale.

¹⁰ La necessità che gli Stati assicurino l'effetto utile del diritto dell'Unione è stata spesso sottolineata dalla Corte, per favorire il funzionamento del mercato interno attraverso l'armonizzazione delle legislazioni (integrazione positiva) e attraverso l'eliminazione degli ostacoli (integrazione negativa). Al riguardo v., ad esempio, le sentenze del 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *Centro Com, Raccolta*, p. I-81 ss., e del 2 ottobre 2002, causa C-148/02, *Garcia Avello*, *ivi*, p. I-11613 ss.

¹¹ Specificamente, "[i] cittadini di paesi terzi che sono trattenuti dovrebbero essere trattati in modo umano e dignitoso, nel pieno rispetto dei loro diritti fondamentali e in conformità del diritto nazionale ed internazionale. Fatto salvo l'arresto iniziale da parte delle autorità incaricate dell'ap-

delle autorità incaricate dell'applicazione della legge nazionale, per evitare il pericolo di fuga e perseguire l'obiettivo di un efficace rimpatrio. È, quindi, evidente che tale disposizione escluda dall'ambito di applicazione della direttiva la disciplina delle misure pre-cautelari privative della libertà personale dello straniero, che resta appunto affidata alla competenza dello Stato membro. Inoltre, il giudice ha fatto riferimento al principio dell'effetto utile del diritto dell'Unione europea e, riprendendo quanto dedotto dal governo francese nelle proprie osservazioni, ha rilevato come “la finalità della direttiva 2008/115 – ossia l'efficace rimpatrio dei cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare – risulterebbe compromessa se gli Stati membri non potessero evitare, mediante una privazione di libertà come il fermo di polizia, che una persona sospettata di soggiornare irregolarmente fugga ancora prima che la sua situazione abbia potuto essere chiarita” (punto 30).

La Corte ha precisato poi che i termini per i controlli e l'identificazione devono essere brevi e ragionevoli ed ha stabilito che le autorità nazionali “sono tenute ad agire con diligenza e a pronunciarsi senza indugio” (punto 40). In altri termini, le misure che limitano la libertà personale (come il fermo di polizia) devono risultare strettamente proporzionate al disbrigo delle pratiche amministrative necessarie ad identificare la persona ed a valutare la regolarità o meno della sua posizione sul territorio¹².

Nondimeno, il giudice di Lussemburgo ha ritenuto che un'incriminazione quale quella configurata dall'art. L.621.1 Ceseda, che rappresenta il presupposto fattuale e giuridico della procedura di rimpatrio, possa interferire con l'ambito di applicazione della direttiva 2008/115/CE. Ed ha altresì escluso l'applicabilità dell'art. 2, lett. b), ai sensi del quale gli Stati membri possono decidere di non applicare la direttiva ai cittadini di Paesi terzi “sottoposti a rimpatrio come sanzione penale, in conformità della legislazione nazionale”, giacché tale disposizione “non può manifestamente essere interpretata, salvo privare la direttiva della sua *ratio* e del suo effetto vincolante, nel senso che gli Stati membri possono omettere di applicare le norme e le procedure comuni previste dalla direttiva in parola ai cittadini di paesi terzi che abbiano commesso solo l'infrazione del soggiorno irregolare” (punto 41). Pertanto, sebbene lo Stato membro possa qualificare il soggiorno irregolare alla stregua di reato, ricorrendo al diritto penale, non può però eludere la direttiva 2008/115 pregiudicando l'obiettivo di un rimpatrio efficace e rispettoso dei diritti fondamentali della persona.

applicazione della legge, disciplinato dal diritto nazionale, il trattenimento dovrebbe di norma avvenire presso gli appositi centri di permanenza temporanea”.

¹² In verità, la validità del fermo di polizia ai fini prescritti dalla direttiva rimpatri, da un lato, è stata convalidata dal governo francese che, con una circolare del 13 dicembre 2011, ne ha enfaticamente sottolineato l'efficacia (*Ministre de la justice et des libertés, circulaire* n. 11-04-C39); dall'altro lato, è stata contestata dagli organi giurisdizionali, i quali si sono opposti all'utilizzo della *garde à vue* al fine di favorire l'efficacia della procedura amministrativa di rimpatrio (ad esempio: *Cour d'Appel de Paris*, ordonnance n. 11/04971, 7 dicembre 2011; *Cour d'Appel d'Aix en Provence*, ordonnance n. 11/00383, 8 dicembre 2011; *Cour d'Appel de Nimes*, ordonnance n. 11/01675, 14 dicembre 2011). V. altresì, *infra*, par. 7.

In secondo luogo, la Corte ha ribadito in modo categorico che “irrogare una misura coercitiva nel corso della procedura di rimpatrio” impedisce di realizzare l’allontanamento che può consistere unicamente nel trasporto fisico della persona interessata alla frontiera (punto 37). A tal proposito, il giudice dell’Unione ha precisato che la direttiva 2008/115 impedisce agli Stati di interporre, non solo tra l’accertamento e l’adozione di una decisione di rimpatrio, bensì anche tra l’adozione di una decisione di rimpatrio e la sua esecuzione, un procedimento penale che possa eventualmente condurre ad una condanna e ad una pena detentiva (punto 45), dato che la misura più restrittiva della libertà personale dello straniero, che la direttiva consente di applicare in ragione della mera irregolarità amministrativa del soggiorno di quest’ultimo, è il trattenimento ai fini dell’allontanamento. Ne consegue che, come già sottolineato nella sentenza *El Dridi*, la reclusione di un cittadino di un Paese terzo il cui soggiorno sia irregolare risulta palesemente disfunzionale rispetto all’obiettivo perseguito dalla direttiva rimpatri.

In terzo luogo la Corte ha chiarito che, qualora tutte le fasi siano state correttamente portate a termine senza condurre all’effettivo allontanamento dello straniero in situazione irregolare, allora lo Stato membro potrà perseguirlo penalmente e imporre misure sanzionatorie finalizzate a dissuadere la sua permanenza sul territorio nazionale. In realtà, anche tale principio era già stato formulato nella sentenza *El Dridi* (punto 60), ma con un margine di ambiguità che adesso la Corte provvede a colmare, dichiarando esplicitamente che gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore disposizioni, eventualmente di natura penale, “che disciplinino, nel rispetto dei principi di detta direttiva e del suo obiettivo, le situazioni in cui le misure coercitive non hanno consentito di realizzare l’allontanamento di un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sul loro territorio sia irregolare” (punto 46).

Per i motivi suddetti, nella sentenza in commento, la Corte ha sì ritenuto incompatibile con la direttiva rimpatri una normativa nazionale che reprime il soggiorno irregolare mediante sanzioni penali, consentendo la reclusione degli stranieri irregolari che, non essendo disposti a lasciare tale territorio volontariamente, non siano stati sottoposti alle misure coercitive di cui all’art. 8 della medesima direttiva e per i quali la durata massima del trattenimento non sia stata ancora superata. Tuttavia, ha dichiarato non contraria alla direttiva la normativa di uno Stato membro che consente la reclusione di un cittadino di un Paese terzo cui sia stata applicata la procedura di rimpatrio stabilita da tale direttiva e che soggiorni in modo irregolare nel territorio senza che sussista un giustificato motivo che preclude il rimpatrio.

È quindi chiaro che, in virtù del principio di leale collaborazione, in capo agli Stati membri gravi sia un obbligo di *facere*, cioè di graduare le fasi della procedura di rimpatrio dalla misura meno restrittiva per la libertà personale alla misura che maggiormente limita tale libertà (sentenze *El Dridi*, punto 41, e *Achughbaban*, punto 38); sia un obbligo di *non facere*, cioè di astenersi dall’adottare provvedimenti che possano compromettere la corretta applicazione delle norme e delle procedure comuni disciplinate dalla direttiva rimpatri. Ed è altrettanto evidente che l’obbligo positivo debba tradursi in procedure veloci che

abbiano come unico scopo quello di rimpatriare lo straniero irregolare, mentre l'obbligo negativo impedisce di infliggere una pena detentiva che, comportando per sua natura la permanenza dello straniero nel territorio nazionale, giocoforza ritarda l'avvio della procedura di rimpatrio disciplinata dalla direttiva o l'esecuzione dell'ordine di allontanamento.

6. La soluzione raggiunta dalla Corte nelle due sentenze appare per un verso convincente, per altro verso, invece, presta il fianco a più di una critica.

Sotto il primo profilo, è apprezzabile lo sforzo compiuto dalla Corte di apportare chiarezza in una materia tanto complicata quanto confusa e, spesso, resa ancora più intrigata dagli interventi del legislatore e del giudice nazionale, come nel caso dell'Italia e della Francia. In particolare, è da condividere l'orientamento del giudice di Lussemburgo diretto a precisare ed a ribadire – più e più volte – che il trattenimento amministrativo dello straniero irregolare o clandestino costituisce l'*extrema ratio* delle misure coercitive previste dalla direttiva rimpatri, il cui scopo è di garantire che lo Stato membro compia ogni ragionevole sforzo per effettuare il rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini dei Paesi terzi e di impedire che la privazione della libertà di costoro si protragga oltre limiti accettabili e proporzionati al fine espulsivo concretamente da perseguire. Ed appare coerente, in quest'ottica, aver rammentato che il trattenimento non soltanto rappresenta la misura più restrittiva della libertà consentita dalla direttiva, quanto il fatto che esso è strettamente regolamentato, nella durata e modalità, in modo tale da assicurare il rispetto dei diritti fondamentali.

È altresì apprezzabile l'indicazione concernente l'ambito di applicazione della direttiva: essa disciplina – oramai è assodato – le fasi dell'espulsione soltanto a partire dal momento in cui sia stata adottata una decisione di rimpatrio. Vale a dire che l'avvio del procedimento di espulsione, con l'atto amministrativo o giudiziario che attesti o dichiari l'irregolarità del soggiorno e imponga o attesti l'obbligo del rimpatrio, costituisce il limite temporale oltre il quale l'intervento del diritto penale nazionale risulta non funzionale rispetto agli obiettivi della direttiva ed è dunque contrario alla stessa.

Ne deriva che il legislatore nazionale ha piena competenza a ricorrere al diritto penale ed alla pena detentiva sia prima che inizi la procedura di rimpatrio e, in particolare, nella fase preliminare di tale procedura, che può contemplare l'arresto o il fermo dello straniero allo scopo di identificarlo e di evitarne la fuga; sia dopo che le misure coercitive previste dalla direttiva (l'allontanamento coattivo) non siano andate a buon fine: cioè, una volta che può considerarsi esaurita, perché fallita, la procedura di rimpatrio. Sicché, le modalità con cui lo straniero venga trattenuto prima della decisione di rimpatrio o dopo che la sua esecuzione non abbia avuto esiti positivi restano escluse dall'ambito di applicazione della direttiva e disciplinate unicamente dalla legislazione nazionale.

Se, però, è chiara la competenza penale che gli Stati possono esercitare nella fase *ex ante* l'adozione del provvedimento di espulsione, taluni dubbi sorgono in relazione all'esercizio della medesima competenza nella fase *ex post* l'esecuzione della decisione. Infatti, i profili critici del ragionamento della Corte riguar-

dano la difficoltà di conciliare tale competenza con lo scopo della direttiva, ovvero con l'obbligo degli Stati di prendere tutte le misure necessarie ad assicurare il rimpatrio, anche mediante il trasporto fisico fuori dallo Stato membro. La sofisticata soluzione prospettata dalla Corte, che si spiega alla luce del contesto "politico" in cui l'*affaire* è collocato, trova sul piano pratico una difficile – se non improbabile – applicazione. In estrema sintesi, occorre domandarsi in quale ipotesi lo Stato possa ricorrere a misure penali *ex post* l'esecuzione della decisione di rimpatrio, qualora sia suo compito precipuo accompagnare l'immigrato irregolare fuori dal territorio nazionale.

Neppure è facile aderire alla lettura offerta dalla Corte, nell'ultima sentenza, in merito all'art. L. 621-1 Ceseda, giacché l'operazione di equilibrio raggiunta, dettata dall'esigenza di salvaguardare le competenze nazionali, rischia di creare molta confusione, data la difficoltà a distinguere tra la *garde à vue*, giustificata ai fini dello svolgimento delle operazioni di riconoscimento dell'immigrato clandestino, e la *réention* destinata ad incidere sull'espulsione.

Non vi è dubbio che le due procedure possano integrarsi e/o sovrapporsi con esiti incompatibili con il sistema messo a punto dalla direttiva. Al riguardo, va rammentato che la normativa francese autorizza a sottoporre l'indiziato di clandestinità a *garde à vue* per un periodo di ventiquattro ore prolungabile a quarantotto, convertibile in *réention* in vista dell'espulsione. Per tal via, l'immigrato è inserito in un meccanismo perverso che, alternando misure amministrative a misure penali, in ogni caso limita la sua libertà personale. Nondimeno, sebbene il rigore della disciplina sia attenuato dalla scarsa frequenza di incriminazioni giurisprudenziali perché, in Francia, l'azione penale è discrezionale e perché il procedimento penale è strumentale rispetto a quello amministrativo¹³, talune alterazioni possono verificarsi, come nel caso *Achughbaban*.

In sostanza, la sentenza taglia in due l'art. L. 621-1 Ceseda e la fattispecie di reato ivi contemplata, stabilendone la conformità ovvero la difformità rispetto alla direttiva a seconda dello stadio in cui si trova la procedura di espulsione: accertamento della regolarità del soggiorno, provvedimento di espulsione da eseguire, rimpatrio fallito. E la disposizione francese risulta compatibile con il diritto dell'Unione se applicata nel primo o nell'ultimo stadio della procedura. Viceversa, il ricorso alla detenzione penale nello stadio intermedio (esecuzione del provvedimento di espulsione) si traduce inevitabilmente in una violazione degli obblighi derivanti dalla direttiva rimpatri, dal momento che tale misura impedisce che lo straniero sia allontanato con celerità. D'altronde, in questa fase la direttiva consente come misura coercitiva soltanto il trattenimento negli appositi centri che – come più volte notato – si configura come una misura amministrativa.

Va altresì specificato che l'arresto iniziale, di cui all'art. L. 621-1 Ceseda, è giustificato, alla luce della sentenza, dalla necessità di accertare se l'immigrato

¹³ Tant'è che l'azione penale si interrompe una volta che il provvedimento di allontanamento sia stato notificato oppure qualora lo straniero sia stato posto in stato di detenzione.

risieda legalmente nel Paese ospitante, in vista – qualora risultasse clandestino – del suo allontanamento tempestivo. In tal modo viene, però, legittimata una prassi consolidata che, in Francia, ha mutato la funzione della *garde à vue* da mero strumento investigativo a passaggio quasi obbligato nella procedura di espulsione. Prassi ancor più discutibile ove si consideri che, per verificare la legittimità del soggiorno, sono sufficienti le quattro ore previste per la procedura di identificazione (art. 78-3 del *Code de la procédure pénale*)¹⁴.

Sicché, può ritenersi la detenzione di cui all'art. L. 621-1 Ceseda legittima soltanto qualora lo straniero sia incorso in un reato diverso dal soggiorno illegale e sempreché la sanzione prevista sia la reclusione.

D'altra parte, tale prospettiva era ben chiara alle autorità francesi già prima della sentenza *Achughbabian*¹⁵. Ma, ancorché il governo francese avesse richiamato "l'attenzione sulle circolari del guardasigilli, Ministro della Giustizia, del 21 febbraio 2006 e del 12 maggio 2011, che raccomandano ai magistrati della procura di esercitare l'azione penale per ingresso e soggiorno irregolari solo nei confronti degli stranieri che abbiano commesso un altro reato (...) e di archiviare gli altri procedimenti", i dati statistici continuano a certificare numerosi casi di condanna penale pronunciati sul solo fondamento dell'art. L. 621-1 Ceseda.

7. Tanto detto, sono necessarie alcune osservazioni in merito alle conseguenze delle due pronunce, *El Dridi* e *Achughbabian*, nell'ordinamento francese.

A seguito della sentenza *El Dridi*, il sistema definito dal Ceseda è stato messo in discussione, sia pure in maniera non univoca, dai giudici francesi. Alcuni di essi hanno ritenuto il reato di ingresso e soggiorno irregolare non più passibile di pena detentiva, in quanto incompatibile con il diritto dell'Unione europea, e, quindi, considerando illegittimo il fermo di polizia degli stranieri indiziati del reato di ingresso e soggiorno irregolare, ne hanno ordinato l'immediata liberazione¹⁶.

In senso opposto si sono pronunciati altri tribunali che, invece, hanno convalidato il fermo di polizia di alcuni cittadini di nazionalità tunisina indiziati del reato di soggiorno irregolare, in quanto privi di un titolo di viaggio valido, ancorché in possesso di un titolo di soggiorno rilasciato dalle autorità italiane in base al decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 5 aprile 2011¹⁷. Vale la pena sottolineare che, secondo questi giudici, il principio stabilito dalla Corte nella sentenza *El Dridi* avrebbe comportato esclusivamente il divieto, per gli Stati membri, di dare attuazione a disposizioni, anche di natura penale, suscetti-

¹⁴ Cfr. M. LA ROSA, *Diritto penale e immigrazione clandestina in Francia: cui prodest?*, www.penalecontemporaneo.it

¹⁵ V. la Presa di posizione dell'Avvocato generale Mazák del 26 ottobre 2011, punto 32.

¹⁶ Ad esempio, *Cour d'Appel de Nîmes*, ordonnance de référé rendue au fond, 6 maggio 2011.

¹⁷ Misure umanitarie di protezione temporanea per i cittadini provenienti dal Nord-Africa affluiti nel territorio italiano dal 1° gennaio 2011 alla mezzanotte del 5 aprile 2011, *GURI* 81, 8 aprile 2011. In tal senso, *Cour d'Appel d'Aix en Provence*, ordonnance n. 11/00128, 9 maggio 2011, e *Cour d'Appel de Paris*, ordonnance n. 11/02050, 9 maggio 2011.

bili di pregiudicare il raggiungimento degli obiettivi della direttiva rimpatri, privandola del suo effetto utile, ma non avrebbe determinato la caducazione in astratto della pena detentiva di cui all'art. L. 621-1 Ceseda. Pertanto, il soggetto sottoposto a *garde à vue* è legittimato ad invocare la disapplicazione della legge nazionale e richiedere la cessazione del fermo, soltanto se e in quanto risulti essere destinatario di un provvedimento di espulsione.

A ciò si aggiunge che, con sentenza del 3 febbraio 2012, n. 2011-217, il *Conseil constitutionnelle* ha ritenuto le sanzioni fissate dall'art. L. 621-1 Ceseda non manifestamente sproporzionate e, quindi, conformi alla Costituzione. Ma, soprattutto, ha dichiarato che spetta ai giudici amministrativi e di merito verificare la conformità di una legge interna con il diritto dell'Unione europea, e che la sua competenza è limitata alla verifica di congruità di una pena rispetto all'infrazione commessa.

Va osservato che, quantunque la pronuncia si ponga sicuramente nella scia di assicurare il primato del diritto dell'Unione e la sua diretta applicabilità, essa potrebbe essere utilizzata come grimaldello per dare applicazione ad una norma contraria alla direttiva rimpatri.

Anche sul piano normativo la sentenza *El Dridi* ha avuto una forte incidenza. Infatti, il legislatore francese ha recepito la direttiva rimpatri, con la legge 2011-672 (c.d. legge Besson)¹⁸, apportando numerose modifiche al Ceseda¹⁹ che hanno contribuito ad “amministrativizzare” la procedura e a penalizzare l'immigrato irregolare²⁰.

Tra le novelle più significative introdotte dalla legge 2011-672, va segnalato che essa ha previsto un'estensione territoriale della detenzione amministrativa; ovvero, sarà sufficiente un provvedimento amministrativo per creare delle *zones d'attente*, in qualsiasi area ferroviaria, portuale ed aeroportuale, al fine di trattenere gli stranieri a cui viene rifiutato l'ingresso nel territorio francese, per un periodo massimo di quattro giorni (articoli L. 221-1, L. 221-2 e L. 221-3 Ceseda). Inoltre, la legge ha esteso il termine massimo della durata della *retention administrative*, ossia del trattenimento finalizzato all'allontanamento coattivo degli stranieri dal territorio nazionale, che è stato portato da trentadue a quarantacinque giorni, senza che alcuna ragione particolare giustificasse tale prolungamento (articoli L. 551-1 e L. 552-7 Ceseda). Infine, le misure restrittive della libertà dello straniero risultano particolarmente rafforzate dalla trasforma-

¹⁸ Legge n. 2011-672 del 16 giugno 2011 sull'immigrazione, l'integrazione e la nazionalità, *JORF*, 17 luglio 2011, p. 10290 ss., entrata in vigore il 18 luglio 2011.

¹⁹ In tal modo, non soltanto molte aree del territorio nazionale sono potenzialmente suscettibili di divenire un luogo di restrizione della libertà individuale dello straniero, ma tornano alla ribalta le polemiche che hanno visto protagoniste sia le ONG (v. HUMAN RIGHTS WATCH, *Perdus en zone d'attente*, 2009, dove è chiaramente affermato che “[l]a zone d'attente est une fiction juridique en vertu de laquelle la France peut traiter une personne qui se trouve physiquement dans le pays comme si elle était encore à l'extérieur du pays”), sia la Corte europea dei diritti dell'uomo (sentenza del 29 marzo 2010, *Medvedyev e al. c. France*), sia lo stesso *Conseil constitutionnel* (décision n. 92-307 DC, 25 febbraio 1992), in relazione alle *zones d'attentes* aeroportuali.

²⁰ Cfr. M. LA ROSA, *op. cit.*

zione del divieto di ingresso in tutto lo spazio Schengen, per un periodo che va da due anni a cinque anni, da pena accessoria, applicabile dal giudice penale in caso di condanna per inottemperanza alle misure di allontanamento, a misura amministrativa, che potrà essere disposta dall'autorità competente congiuntamente all'ordine di lasciare il territorio francese (art. L.551-1 Ceseda).

Nondimeno, e ciò suscita più di una perplessità, è rimasta invariata la pena detentiva prevista per la fattispecie di reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento, sancita all'art L.621-1 Ceseda²¹. E tali perplessità non sono venute meno dopo la sentenza *Achughbabian* che, come visto, adotta una soluzione compromissoria che non aiuterà i giudici francesi a risolvere prontamente le questioni relative ai clandestini.

In definitiva occorre evidenziare che, se la necessità di assicurare l'efficacia del diritto dell'Unione europea ha permesso, nel settore in esame, di limitare il ricorso da parte delle autorità nazionali alla pena detentiva, è opportuno che questa non sia sostituita da una moltitudine di misure amministrative afflittive che nascondano perniciosi tentativi di aggirare il dettato della direttiva rimpatri e, soprattutto, eludano il rispetto dei diritti fondamentali degli stranieri irregolari.

Abstract

National Return Measures and EU Law: From *El Dridi* to *Achughbabian*

The article is devoted to the debate on the impact of the Return Directive on national criminal legislation.

In particular, the article focuses on the judgments of the Court of Justice in *El Dridi* and *Achughbabian* cases and their consequences in the French legal system. It highlights, as asserted by the EU courts, that the administrative detention of illegal alien or illegal immigrant is the last resort of the coercive measures envisaged by the Return Directive, the purpose of which is to ensure that the Member State shall make every reasonable effort to make the return with respect of the fundamental rights of citizens of Third Countries and to prevent that the deprivation of the freedom of those people would continue beyond acceptable limits and would be proportionate in order to effectively pursue expulsion. It follows that the national law-maker has full jurisdiction to resort to the criminal law and to the imprisonment or before beginning the return process and, in particular, in the preliminary stage of this procedure, which may provide for the arrest or detention of foreigners in order to identify them and prevent their flight, or when the return procedure could be considered exhausted.

²¹ Su tale articolo, v., anche, *Conseil constitutionnel*, decisione n° 2011- 631 DC, 9 giugno 2011.

Fabio Ferraro*

Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni**

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le basi giuridiche del diritto d'iniziativa dei cittadini dell'Unione. – 3. Condizioni e limiti del regolamento 211/2011. – 4. L'avvio dell'iniziativa e la sua registrazione. – 5. Brevi cenni sulle prime iniziative registrate. – 6. Raccolta delle dichiarazioni di sostegno, certificazioni e presentazione dell'iniziativa. – 7. Il discutibile potere discrezionale della Commissione di presentare la proposta. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Tra gli obiettivi qualificanti del Trattato di Lisbona vi è certamente quello di favorire una maggiore partecipazione dei cittadini europei alla vita e alle attività dell'Unione, allo scopo di contrastare un certo distacco, che sfiora talvolta la sfiducia, rispetto ai processi di integrazione europea¹. Tale obiettivo trova realizzazione attraverso quegli istituti che valorizzano e ampliano gli strumenti di democrazia partecipativa. Ciò, nell'acquisita convinzione che il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo nel procedimento normativo ed il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali nel controllo, *ex ante* ed *ex post*, del principio di sussidiarietà sono considerati necessari, ma non sufficienti per risolvere la questione del *deficit* democratico.

In questo contesto si colloca il nuovo strumento dell'iniziativa popolare introdotto dal Trattato di Lisbona, che consiste nell'attribuire per la prima volta ai cittadini europei la facoltà di richiedere direttamente alla Commissione europea di presentare una proposta di atto giuridico dell'Unione. Esso rappresenta una novità di assoluto rilievo per la storia dell'integrazione europea, non riscontrabile in altre organizzazioni internazionali ed assimilabile agli omologhi istituti utilizzati in alcuni Stati membri². L'iniziativa europea costituisce un'ulteriore

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Federico II.

** Il presente scritto è destinato anche agli *Studi in ricordo di Francesco Caruso*.

¹ Cfr. C. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in *European Public Law*, 2010, p. 123.

² L. BOBBIO, *Dilemni della democrazia partecipativa*, in *Democrazia e diritto*, 2006, p. 11; P. RIDOLA, *Principio democratico e principio parlamentare nell'Unione europea: il difficile cammino della "democrazia federalistica"*, in G. BRONZINI, F. GUARRIELLO, V. PICCONE (a cura di),

espressione – se non la principale dal punto di vista simbolico – del principio della democrazia partecipativa³. Se è vero che diverse forme di partecipazione e di coinvolgimento della società civile erano già contemplate prima dell'entrata in vigore del nuovo Trattato, la previsione espressa di un'influenza diretta del cittadino europeo sul procedimento normativo presenta elementi assolutamente innovativi ed apre inedite prospettive all'Unione europea.

A ben vedere, il Trattato di Lisbona prefigura in termini generali questo nuovo strumento partecipativo, poiché rinvia all'adozione di successivi regolamenti il compito di chiarire le condizioni e le procedure necessarie per la presentazione di un'iniziativa dei cittadini europei (art. 24 TFUE). Sennonché, a seguito di una risoluzione presentata dal Parlamento europeo alla Commissione⁴, si è data concreta attuazione alle previsioni del Trattato di Lisbona con il regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio⁵.

Con l'effettiva entrata in vigore di questo regolamento e la presentazione delle prime iniziative, il nuovo istituto di democrazia partecipativa inizia ad acquisire una propria fisionomia⁶. Ciò nonostante, le critiche non sembrano arrestarsi se solo si considera il giudizio negativo espresso dal Bundesverfassungsgericht in merito all'effettiva capacità dell'Unione europea di garantire un livello di legittimazione democratica pari a quello nazionale⁷. Del resto, in questo particolare

Scommesse dell'Europa, Roma, 2009, p. 261. Come è stato tuttavia osservato (R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, 2009, www.astrid.eu), le diverse manifestazioni di *participatory governance* non si traducono nel trasferimento del potere decisionale finale in capo ai partecipanti, bensì hanno in comune l'obiettivo di consentire ai cittadini europei di esprimersi e di partecipare alla vita dell'Unione europea.

³ Cfr. F. FILLIEZ, B. KAUFMANN (eds.), *The European Constitution: Bringing in the People*, Bern, 2004; A. AUER, *European Citizens' Initiative*, in *European Constitutional Law Review*, 2005, p. 84; Y. PAPADOPOULOS, *Implementing (and Radicalizing) art. I-47.4 of the Constitution: Is the Addition of some (Semi-)Direct Democracy to the Nascent Consociational European Federation just Swiss Folklore?*, in *Journal of European Public Policy*, 2005, p. 448; U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella Costituzione europea*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, p. 643; A. SCHRAUWEN, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All?*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2008, p. 55; M. DOUGAN, *What Are We to Make of the Citizens' Initiative?*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1807; F. RASPADORI, *La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 675; P. ZICCHITTU, *Il diritto di iniziativa dei cittadini: un nuovo strumento di partecipazione all'interno dell'Unione europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, p. 621; e G. MORGESE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, p. 37.

⁴ Risoluzione del Parlamento europeo del 7 maggio 2009, recante richiesta alla Commissione di presentare una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio per l'attuazione dell'iniziativa dei cittadini, www.europarl.europa.eu.

⁵ GUUE L 65, 11 marzo 2011, p. 1.

⁶ Tale regolamento è diventato operativo soltanto a decorrere dal 1° aprile 2012, in quanto è stato concesso agli Stati membri un anno di tempo per adottare le disposizioni specifiche necessarie ai fini dell'applicazione di questo atto dell'Unione.

⁷ Cfr. L. M. POIARES MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 503.

momento storico qualsiasi giudizio concernente la legittimazione democratica dell'Unione rischia di essere fortemente influenzato dalla crisi economica e finanziaria e dall'affiorare di istanze ed interessi nazionalistici. In questo complesso scenario, il presente contributo mira a richiamare i tratti salienti del diritto d'iniziativa europea, al fine di evidenziarne luci ed ombre, pur nella consapevolezza che soltanto l'effettiva sperimentazione può chiarirne la portata e le implicazioni istituzionali.

2. In via preliminare conviene subito partire da un'analisi delle basi giuridiche su cui si radica il nuovo istituto, costituite dagli articoli 11, par. 4, TUE e 24, par. 1, TFUE, con le quali si è postulato un legame inscindibile sia con i principi democratici che con lo *status* di cittadino europeo, e che hanno trovato piena attuazione nel regolamento 211/2011⁸.

La prima base giuridica del nuovo istituto è rinvenibile nell'art. 11, par. 4, TUE, che riprende il testo dell'art. I-47 del Trattato costituzionale e si inquadra nell'ambito del Titolo II del TUE concernente le disposizioni relative ai principi democratici⁹. Tale articolo contiene un elenco di diverse forme e strumenti di democrazia partecipativa: l'obbligo delle istituzioni di dare ai cittadini e alle associazioni rappresentative la possibilità di far conoscere e di far scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori dell'Unione europea (art. 11, par. 1), al quale si affiancano gli obblighi di mantenere con le associazioni rappresentative e la società civile un dialogo aperto, trasparente e regolare (art. 11, par. 2), nonché di procedere ad ampie consultazioni con le parti interessate (art. 11, par. 3)¹⁰.

A queste previsioni di carattere generale, contenute nell'art. 11 (paragrafi 1, 2 e 3), se ne affianca una specificatamente dedicata all'iniziativa popolare europea (art. 11, par. 4)¹¹. Quest'ultima disposizione fissa alcuni punti fermi nella

⁸ Cfr. C. KADDOUS, *L'iniziativa cittadina: un instrument de démocratie directe à l'échelle de l'Union européenne*, in C. KADDOUS, A. AUER (dirs.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Ginevra, 2006, p. 317; A. WARLEIGH, *On the Path to Legitimacy? The EU Citizens "Initiative Right from a Critical Deliberativist Perspective"*, in C. RUZZA, V. DELLA SALLA (a cura di), *Governance and Civil Society in the European Union*, Manchester, 2007, p. 55; C. PINELLI, *Le disposizioni relative ai principi democratici*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 125. Al riguardo, ci sia consentito rinviare anche a F. FERRARO, *Il diritto di iniziativa dei cittadini europei: uno strumento efficace di democrazia partecipativa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 727.

⁹ Cfr. S. LAURENT, *Le droit d'iniziativa citoyenne... En attendant l'entrée en vigueur de la Constitution européenne*, in *Revue du Marché Commun Européen*, 2006, p. 221.

¹⁰ In questo ambito è anche da ascrivere la consultazione e la partecipazione dei soggetti interessati in occasione dell'emanazione dei c.d. libri verdi da parte della Commissione europea. È singolare che proprio un libro verde dell'11 novembre 2009 abbia dato origine ad una vasta consultazione pubblica, svoltasi da quest'ultima data al 31 gennaio 2010, per raccogliere pareri su come il diritto d'iniziativa europeo dovesse funzionare in pratica: v. COM(2009)622 def.

¹¹ L'art. 11, par. 4, TUE dispone testualmente che "[c]ittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono pren-

disciplina del nuovo strumento di democrazia partecipativa, stabilendo che l'iniziativa di invitare la Commissione a presentare una proposta dovrà essere presa da un milione di cittadini provenienti da un numero significativo di Stati membri. Dalla raccolta di firme sono esclusi i cittadini di Stati terzi, in quanto si tratta di un'iniziativa collegata esclusivamente alla cittadinanza europea. L'indicazione poi che i firmatari debbano provenire da "un numero significativo di Stati membri" trova la sua motivazione nell'esigenza che l'iniziativa risulti sufficientemente rappresentativa di un interesse dell'Unione¹².

È il caso di rilevare che l'art. 11, par. 4, TUE fa espresso riferimento alla possibilità di portare all'attenzione della Commissione proposte di *atti giuridici*, di modo che l'iniziativa dovrebbe riguardare non solo gli atti legislativi, ma anche quelli non legislativi. Nondimeno, si richiede di verificare la legittimità dell'iniziativa alla luce delle competenze attribuite dai Trattati alla Commissione, la quale nel seguire le indicazioni dei cittadini dell'Unione è tenuta a rispettare anche i principi di sussidiarietà e proporzionalità, sebbene questi principi – a differenza di quello di attribuzione – non siano richiamati espressamente nell'art. 11, par. 4, TUE.

L'altro fondamento giuridico del nuovo regolamento è costituito dall'art. 24, par. 1, TFUE, il quale si inquadra nell'ambito della parte II del TFUE concernente la non discriminazione e la cittadinanza dell'Unione¹³. Il nuovo istituto si aggiunge ad altri strumenti che discendono dallo *status* di cittadino europeo, quali il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, quello di ricorrere al Mediatore europeo, quello di rivolgersi alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione in una delle lingue dei Trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua (art. 24, paragrafi 2-4, TFUE). Come è noto, questo *status* viene riconosciuto automaticamente a tutte le persone che abbiano la cittadinanza di uno Stato membro, attribuendo loro la titolarità di significativi diritti, oltre quello fondamentale di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri (art. 21 TFUE)¹⁴.

dere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati".

¹² Y. PAPADOPOULOS, *op. cit.*, p. 455.

¹³ L'art. 24, co. 1, TFUE dispone testualmente: "Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le disposizioni relative alle procedure e alle condizioni necessarie per la presentazione di un'iniziativa dei cittadini ai sensi dell'articolo 11 del trattato sull'Unione europea, incluso il numero minimo di Stati membri da cui i cittadini che la presentano devono provenire".

¹⁴ Cfr. sulla cittadinanza europea in generale, *ex multis*, R. ADAM, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 622; R. KOVAR, D. SIMON, *La citoyenneté européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 1993, p. 286; A. ROSAS, E. ANTOLA, *A Citizens' Europe: In Search of a New Legal Order*, Londra, 1995; J. H. H. WEILER, *Les droits des citoyens européens*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, p. 35; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed.; E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sovranazionale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 441 ss.; F. CHENEVAL, *'Caminante, no hay camino, se hace*

In tale contesto si colloca l'art. 24, co. 1, TFUE, il quale rappresenta il necessario completamento dell'altra base giuridica laddove prescrive l'utilizzo della procedura legislativa ordinaria per l'adozione dei regolamenti necessari a dare attuazione al diritto d'iniziativa dei cittadini europei di cui all'art. 11, par. 4, TUE. È pienamente condivisibile la scelta di dare attuazione al nuovo istituto mediante la procedura legislativa ordinaria, che pone, formalmente e sostanzialmente, il Parlamento europeo sullo stesso piano del Consiglio, garantendo in tal modo la legittimazione democratica dell'Unione. Non possiamo poi fare a meno di evidenziare che l'art. 24 TFUE lascia un certo margine di discrezionalità al diritto derivato, in particolare rimandando ai futuri regolamenti la responsabilità di stabilire il numero minimo di Stati membri da cui i cittadini che presentano l'iniziativa devono provenire.

In definitiva, dalla doppia base giuridica del nuovo istituto (articoli 11 TUE e 24 TFUE) si desume agevolmente che esso riflette i principi democratici che attualmente ispirano l'ordinamento europeo ed al contempo è volto a valorizzare lo *status* di cittadino dell'Unione, quale principio connettivo e qualificante dell'ordinamento dell'Unione, come tale suscettibile di differenziarsi da qualsiasi altra organizzazione internazionale. Il cittadino europeo vede aumentare i propri spazi di partecipazione ed i suoi diritti sul presupposto che il diritto dell'Unione "riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini"¹⁵. Nondimeno, occorre rilevare che nel loro complesso le disposizioni del diritto primario sull'iniziativa dei cittadini europei si presentano piuttosto scarse e non risolvono una serie di problemi concernenti il funzionamento dell'istituto popolare.

3. Delineati i principi generali ed i criteri direttivi entro i quali deve muoversi il diritto derivato, possiamo ora addentrarci nell'esame dei contenuti del nuovo regolamento, precisando subito che il testo definitivo non coincide del tutto con la proposta della Commissione¹⁶ e ciò perché il Parlamento e il Consiglio hanno

camino al andar': *EU Citizenship, Direct Democracy and Treaty Ratification*, in *European Law Journal*, 2007, p. 647; F. G. JACOBS, *Citizenship of the European Union: A Legal Analysis*, *ivi*, 2007, p. 591; J. SHAW, *EU Citizenship and Political Rights in an Evolving European Union*, in *Fordham Law Review*, 2007, p. 2549; C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010, p. 61.

¹⁵ Corte di giustizia, parere del 14 dicembre 1991, n. 1/91, *Raccolta*, p. I-6079, punto 21. In precedenza la Corte (sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, *ivi*, p. 1127, punto 3) si era espressa negli stessi termini, affermando: "A differenza dei comuni trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti ad osservare. Infatti, istituendo una Comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni degli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi".

¹⁶ M. MORELLI, *La democrazia partecipativa nella governance dell'Unione europea*, Milano, 2011, p. 79.

avvertito l'esigenza di disciplinare le modalità di esecuzione del nuovo strumento in modo non eccessivamente rigido, al fine di evitare che tale strumento assuma un valore soltanto simbolico¹⁷. È fuor di dubbio, infatti, che il regolamento si propone di incoraggiare un'autentica partecipazione dei cittadini dell'Unione, cercando di realizzare un giusto temperamento tra i loro diritti e i loro doveri.

Per comprendere a pieno il funzionamento del nuovo istituto, occorre richiamare alcuni limiti e condizioni stabiliti dal regolamento, per poi soffermarci sulla procedura da esso prevista.

Innanzitutto, vengono in rilievo le previsioni contenute nell'art. 3, paragrafi 1 e 4, del regolamento 211/2011, che subordinano il sostegno ad un'iniziativa popolare al possesso sia della cittadinanza europea, sia dell'età minima richiesta per acquisire il diritto di voto per le elezioni del Parlamento europeo. Tali condizioni preliminari devono essere soddisfatte non solo dai firmatari dell'iniziativa (art. 1, par. 4), ma anche dagli organizzatori (art. 1, par. 1). E il caso di precisare che l'età minima è di 18 anni in tutti Paesi dell'Unione, ad eccezione dell'Austria dove l'età minima è di 16 anni. Come evidenziato nel libro verde che ha preceduto l'adozione del regolamento¹⁸, questa impostazione rispecchia la prassi esistente per l'elezione dei membri del Parlamento europeo, ma solleva qualche dubbio di compatibilità con il principio di non discriminazione fondata sulla nazionalità, poiché consente ai cittadini austriaci di godere prima degli altri cittadini dell'Unione del diritto di sostenere un'iniziativa normativa.

Un'ulteriore condizione discende dall'art. 7 del regolamento, ai sensi del quale i firmatari devono appartenere ad almeno un quarto degli Stati membri dell'Unione¹⁹, e cioè a 7 Paesi, considerato che attualmente fanno parte dell'Unione 27 Stati, anche se a breve diventeranno 28 con l'adesione della Croazia²⁰. Tuttavia, è necessario ma non sufficiente rispettare tale requisito, atteso che si richiede anche un numero minimo di firme in ogni singolo Stato membro, che si ottiene moltiplicando per 750 il numero di membri del Parlamento europeo eletti in ciascuno Stato membro. Da questo calcolo si ricava attualmente che il maggior numero minimo di firme è richiesto alla Germania, e cioè è pari a 74.250, mentre alla Francia sono richieste 55.500 firme e all'Italia e al Regno Unito 54.750 firme²¹. Questi numeri non corrispondono a quelli originariamente pre-

¹⁷ La discussione del Parlamento europeo in merito all'approvazione del regolamento è consultabile *online* all'indirizzo www.europarl.europa.eu.

¹⁸ COM(2009)622 def.

¹⁹ Il numero minimo di Paesi da cui le firme devono provenire era inizialmente – almeno nelle intenzioni della Commissione – di un terzo del totale degli Stati membri, ma poi è stato ridotto ad un quarto sotto la spinta del Parlamento europeo.

²⁰ La Croazia entrerà nell'Unione europea il 1° luglio 2013.

²¹ Il numero minimo di firme per gli altri Stati membri è il seguente: Austria 14.250; Belgio 16.500; Bulgaria 13.500; Cipro 4.500; Repubblica ceca 16.500; Danimarca 9.750; Estonia 4.500; Finlandia 9.750; Grecia 16.500; Ungheria 16.500; Irlanda 9.000; Lettonia 6.750; Lituania 9.000; Lussemburgo 4.500; Malta 4.500; Paesi Bassi 19.500; Polonia 38.250; Portogallo 16.500; Romania 24.750; Slovacchia 9.750; Slovenia 6.000; Spagna 40.500; Svezia 15.000.

visti, in quanto essi sono stati modificati a seguito del mutamento della composizione del Parlamento europeo²². Ciò nonostante, sembra che il sistema continui ad essere congegnato in modo tale da richiedere un numero proporzionalmente inferiore di firmatari per gli Stati membri più popolati e un numero proporzionalmente superiore per gli Stati con una popolazione non numerosa.

Dalla formulazione letterale di diverse previsioni del regolamento (1° ‘considerando’, articoli 2 e 4, e allegato II) sembra poi evincersi che i cittadini dell’Unione possano invitare la Commissione a presentare soltanto una proposta di *atto legislativo*. Sotto questo limitato profilo, il regolamento non appare in linea con l’art. 11, par. 4, TUE, che invece contempla anche la possibilità di richiedere un atto non legislativo laddove richiama la categoria più generale di atto giuridico²³. L’equivoco è stato verosimilmente determinato da un’errata traduzione in lingua italiana del testo del regolamento. Infatti, è stata successivamente adottata una rettifica dell’edizione italiana del regolamento 211/2011 che estende la sfera di applicazione del nuovo istituto anche gli atti non legislativi²⁴.

È il caso altresì di rilevare che l’art. 12 del regolamento 211/2011 garantisce la protezione dei dati personali, da parte degli organizzatori, della Commissione e delle autorità competenti degli Stati membri, nell’organizzazione e nel *follow up* di un’iniziativa dei cittadini europei. In questa prospettiva, si applica la normativa dell’Unione e quella nazionale in tema di trattamento di dati personali, in modo da assicurare, in particolare, che i dati raccolti per un’iniziativa dei cittadini non siano utilizzati per scopi diversi dal sostegno dichiarato all’iniziativa stessa e che le dichiarazioni di sostegno siano distrutte entro un mese dalla presentazione dell’iniziativa oppure entro diciotto mesi dopo la data di registrazione (art. 12, par. 3), salvo casi eccezionali giustificati dall’esistenza di procedimenti amministrativi e giudiziari (art. 12, par. 5)²⁵.

Per completezza espositiva, si segnala che il nuovo istituto si adegua alle moderne tecnologie informatiche e di comunicazione. Difatti, gli organizzatori possono raccogliere le dichiarazioni di sostegno non solo su carta, ma anche per via elettronica in modo conforme ai relativi modelli organizzativi (di cui all’allegato III del regolamento), che variano a seconda del Paese interessato. In quest’ottica si spiega l’adozione di un successivo regolamento di esecuzione che fissa le specifiche tecniche per i sistemi di raccolta elettronica delle dichiarazioni

²² Questo cambiamento è derivato dall’entrata in vigore, il 1° dicembre 2011, del Protocollo che modifica il protocollo sulle disposizioni transitorie allegato al TUE, al TFUE e al Trattato Euratom. Cfr. il regolamento delegato (UE) n. 268/2012 della Commissione, del 25 gennaio 2012, che modifica l’allegato I del regolamento n. 211/2011 del Parlamento e del Consiglio riguardante l’iniziativa dei cittadini, *GUUE* L 89, 27 marzo 2012, p. 1.

²³ F. RASPADORI, *op. cit.*, pp. 681 e 685.

²⁴ V. la rettifica del regolamento 211/2011, *GUUE* L 330, 14 dicembre 2011, p. 47, che ha riguardato la versione in lingua italiana. Per mera completezza, si segnala che il 1° ‘considerando’ dell’edizione italiana continua a menzionare soltanto gli atti legislativi.

²⁵ È consentito comunque agli organizzatori di richiedere ai firmatari di fornire separatamente i loro dati allo scopo di tenerli informati sull’esito dell’iniziativa, sempreché venga rispettata la loro *privacy*.

di sostegno²⁶. Per semplificare tale raccolta, la Commissione europea ha poi messo a disposizione degli organizzatori un *software* gratuito con un codice sorgente aperto. In tal modo si cerca di agevolare la raccolta delle firme necessarie, pur se occorrerà vigilare per contrastare le false dichiarazioni rese dagli organizzatori e l'utilizzo fraudolento dei dati, nonché evitare che si avvalgano di questa opportunità soltanto le *lobbies* ed i gruppi maggiormente organizzati²⁷. Seguendo la soluzione già adottata in altri atti normativi²⁸, queste competenze sono essenzialmente devolute alla discrezionalità dei legislatori nazionali giacché il regolamento, invece che indicare la natura e il livello della risposta punitiva, si limita a richiedere agli Stati membri di prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive (art. 14).

4. La procedura che risulta dal regolamento si snoda attraverso diverse fasi, le quali devono rispettare il principio di trasparenza e precisi vincoli temporali. Queste fasi si possono convenzionalmente suddividere in tre: 1) avvio dell'iniziativa dei cittadini e registrazione formale della proposta; 2) raccolta delle dichiarazioni di sostegno e relative certificazioni; e 3) presentazione della proposta.

Va da sé che si rende necessaria una struttura organizzativa minima per consentire ad un'iniziativa del genere di avere un buon esito²⁹.

Nella prima fase gli organizzatori, cittadini dell'Unione che abbiano l'età minima per acquisire il diritto di voto per elezioni del Parlamento europeo, dovranno istituire un comitato composto da almeno sette persone residenti in almeno sette diversi Stati membri. Il comitato può essere considerato l'organizzatore ufficiale dell'iniziativa, che assume la responsabilità dell'intera procedura e designa un rappresentante e un supplente (c.d. "persone di contatto") con il compito di mettere in collegamento lo stesso comitato e le istituzioni dell'Unione.

Prima di iniziare la raccolta delle dichiarazioni di sostegno dei firmatari per una proposta d'iniziativa dei cittadini, il comitato è tenuto a presentare un'apposita richiesta di registrazione alla Commissione in una delle lingue ufficiali dell'Unione, fornendo alcune informazioni fondamentali riguardanti il titolo dell'iniziativa, la descrizione dell'oggetto, gli obiettivi, i dati necessari per contattare i sette membri e le forme di finanziamento dell'iniziativa. Ciò significa che i proponenti non sono tenuti a presentare una vera e propria bozza di testo suddivisa in articoli, bensì possono limitarsi a fornire alcune indicazioni nel loro invito a presentare una proposta rivolto alla Commissione, senza però oltrepas-

²⁶ Regolamento di esecuzione (UE) n. 1179/2011 della Commissione, del 17 novembre 2011, *GUUE* L 301, 18 novembre 2011, p. 3.

²⁷ Cfr. R. BELLAMY, *The Democratic Limits of EU Citizenship*, in R. BELLAMY, D. CASTIGLIONE, D. SHAW (eds.), *Making European: Citizens Civic Inclusion in a Transnational Context*, London, 2006, p. 257.

²⁸ Cfr., ad es., gli articoli 5 e 7 della direttiva 2008/99/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, sulla tutela penale dell'ambiente, *GUUE* L 328, 6 dicembre 2008, p. 28.

²⁹ Vedi l'8° 'considerando' del regolamento.

sare un numero massimo di battute. Tuttavia, un coinvolgimento così esteso dei cittadini europei dovrebbe tradursi nella presentazione di una proposta di atto giuridico piuttosto che limitarsi a formulare alcune indicazioni di massima. Indipendentemente dal fatto che i cittadini presentino soltanto le informazioni necessarie o una vera e propria bozza di testo, la scelta della tipologia di atto da proporre (regolamento, direttiva o decisione) e della procedura da utilizzare viene comunque rimessa alla discrezionalità della Commissione europea.

Dall'esegesi delle disposizioni procedurali del regolamento si ricava però che non necessariamente si arriverà a questa fase finale, in quanto occorrerà prima superare dei passaggi intermedi. Più precisamente, entro due mesi dalla data di ricevimento delle suddette informazioni, la Commissione registra una proposta d'iniziativa dei cittadini e le attribuisce un numero individuale soltanto a condizione che siano soddisfatti determinati requisiti. In sostanza, l'organizzatore è obbligato a richiedere alla Commissione una decisione sull'ammissibilità dell'iniziativa, in modo da evitare che l'istituto sia utilizzato illegittimamente o al solo fine di ottenere una visibilità pubblica³⁰. La richiesta deve rispettare le seguenti condizioni preliminari (art. 4, par. 2): il comitato dei cittadini è stato costituito e le persone di contatto sono state designate; l'iniziativa non esula manifestamente dalla competenza della Commissione di presentare una proposta di atto legislativo dell'Unione ai fini dell'applicazione dei trattati; l'iniziativa non è manifestamente ingiuriosa, futile o vessatoria; e l'iniziativa non è manifestamente contraria ai valori dell'Unione quali enunciati nell'art. 2 TUE.

Nell'ambito di questa fase si aprono quindi due scenari differenti, a seconda che la Commissione accerti o meno l'esistenza dei predetti requisiti e, conseguentemente, dichiari l'ammissibilità o l'inammissibilità dell'iniziativa. Qualora la risposta sia negativa, la Commissione informa gli interessati dei motivi della sua decisione e di tutte le possibili azioni, giudiziarie e non, a loro disposizione. Il regolamento non precisa i rimedi effettivamente esperibili, ma verosimilmente le azioni giudiziarie a cui fare prioritariamente riferimento dovrebbero essere quelle di annullamento, in carenza e di risarcimento dei danni³¹. Certo è che la Corte di giustizia potrebbe trovarsi in una situazione difficile, se non di imbarazzo, qualora dovesse pronunciarsi in merito ad una decisione di inammissibilità della Commissione avente ad oggetto un tema particolarmente delicato, quale ad esempio l'aborto ed il matrimonio tra gli omosessuali. In tali casi, la rilevazione dei presupposti sui quali si fonda l'iniziativa può essere fortemente dipendente da considerazioni non strettamente giuridiche. Verosimilmente, per questo motivo la Commissione ha dato il via libera ad una proposta che interviene sulla protezione giuridica dell'essere umano fin dal concepimento, richiedendo l'introduzione di un divieto al finanziamento da parte dell'Unione di tutte

³⁰ Cfr. B. DE WITTE, A. H. TRECHSEL, D. DAMJANOVIĆ, E. HELLQUIST, J. HIEN, P. PONZANO, *Legislating after Lisbon. New Opportunities for the European Parliament*, Firenze, 2010, p. 8.

³¹ Non è da escludere, almeno in linea di principio, che si presenti l'opportunità per un giudice nazionale di sollevare un rinvio pregiudiziale d'interpretazione o di validità.

le attività di ricerca che presuppongano o attuino la distruzione degli embrioni umani³².

Infine, resta da puntualizzare che alle azioni giudiziarie si dovrebbero affiancare tutti i rimedi non giudiziari, quali, ad esempio, il ricorso al Mediatore europeo e la presentazione di una petizione al Parlamento europeo.

5. Se la proposta è ritenuta ammissibile, la Commissione registra formalmente l'iniziativa e le attribuisce un numero individuale. Al momento, sono state registrate sul sito web della Commissione europea 10 iniziative aperte alla firma dei cittadini europei che toccano le tematiche più disparate³³.

Passando ora ad esaminare brevemente il loro contenuto, è il caso innanzitutto di richiamare, oltre la già citata iniziativa sulla protezione dell'embrione, la proposta avente ad oggetto il tema particolarmente rilevante ed attuale del diritto all'acqua ed ai servizi igienico-sanitari, che coincide in parte con alcune questioni sollevate in sede nazionale nell'ambito dei referendum abrogativi del 12 e 13 giugno 2011. Sotto quest'ultimo profilo, si richiede di escludere l'approvvigionamento di acqua potabile e la gestione delle risorse idriche dalle logiche del mercato unico europeo e, più in generale, da qualsiasi processo di liberalizzazione. È dubbio se questa proposta venga ad incidere sull'art. 345 TFUE (già art. 295 TCE) – che afferma espressamente la neutralità del diritto dell'Unione in merito al regime della proprietà, pubblica o privata, vigente negli Stati membri – e sia quindi necessaria una revisione del Trattato per la sua adozione. Resta fermo ovviamente il diritto, da parte di tutti i cittadini dell'Unione, di avere accesso a questi servizi fondamentali. Un'altra iniziativa nel campo dei servizi di interesse generale concerne la promozione di un'elevata qualità dei sistemi di istruzione e formazione, a vantaggio di tutti i cittadini degli Stati membri e sulla base di valori comuni dell'Unione, per la cui realizzazione si richiedono investimenti più mirati, duraturi e consistenti.

Non meno significative sono altre iniziative che si collocano sempre nella prospettiva di una maggiore integrazione sociale, politica e civile dei cittadini dell'Unione. È il caso, ad esempio, della proposta di estendere il diritto di voto del cittadino dell'Unione in relazione a tutte le elezioni politiche nello Stato membro di residenza ed alle stesse condizioni dei cittadini nazionali. Allo stato attuale, infatti, il diritto di elettorato attivo e passivo riguarda soltanto le elezioni del Parlamento europeo e quelle amministrative, senza contare che gli Stati hanno la facoltà di riservare ai propri cittadini la carica di capo di un ente locale di base (come, ad esempio, quella di sindaco)³⁴. Strettamente connessa a questa

³² La proposta intitolata “*Uno di noi*” è stata registrata in data 11 maggio 2012.

³³ Le iniziative registrate sono consultabili sul sito internet della Commissione europea all'indirizzo ec.europa.eu/citizens-initiative.

³⁴ Direttiva 94/80/CE del Consiglio, del 19 dicembre 1994, *GUCE* L 368, 31 dicembre 1994, p. 38, modificata dalla direttiva 96/30/CE del Consiglio, del 13 maggio 1996, *ivi* L 122, 22 maggio 1996, p. 14, e dalla direttiva 2006/106/CE del Consiglio, del 20 novembre 2006, *GUUE* L 363, 20 dicembre 2006, p. 409.

proposta è l'ultima iniziativa in ordine temporale, che è stata registrata con il titolo "*Central public online collection platform for the European Citizen Initiative*", la quale persegue l'obiettivo ambizioso di favorire la partecipazione di tutti i cittadini europei alla vita e alla politica dell'Unione, semplificando gli strumenti per il loro coinvolgimento.

Merita altresì di essere segnalato che la prima iniziativa registrata, denominata "*Fraternité 2020 – Mobility. Progress. Europe*", ha richiesto alla Commissione europea di proporre il rafforzamento dei programmi di scambio tra i cittadini dell'Unione, quali l'Erasmus ed il servizio di volontariato europeo, con l'evidente obiettivo di promuoverne la mobilità. A tal fine, l'iniziativa sollecita un significativo incremento dei fondi destinati al finanziamento di questi programmi, che dovrebbero auspicabilmente impegnare il 10% del *budget* dell'Unione.

A dimostrazione del fatto che gli interessi della società civile sono alquanto eterogenei, un'altra iniziativa riguarda la tutela degli animali ed è finalizzata a fermare la pratica della sperimentazione ai fini scientifici sugli animali (c.d. vivisezione). In realtà, era stata presentata anche un'altra iniziativa sul miglioramento del benessere delle vacche da latte, ma è stata successivamente ritirata, verosimilmente per la difficoltà di raccogliere le firme necessarie a sostegno di questa iniziativa.

Scorrendo la lista delle iniziative registrate si ricava che non è stato tralasciato neppure il tema della telefonia mobile, in quanto un'iniziativa, intitolata "*Single Communication Tariff Act*", richiede l'istituzione di una tariffa comune su tutto il territorio dell'Unione. Infine, occorre ricordare due iniziative che si occupano del tema della tutela dell'ambiente, di cui una intende realizzare, mediante l'adozione di una direttiva, il duplice obiettivo di rafforzare la raccolta differenziata dei rifiuti e di vietare gli inceneritori³⁵.

Questo elenco di iniziative è destinato inevitabilmente ad ampliarsi con il passare del tempo, se solo si considera che dopo la redazione del Trattato costituzionale, non ratificato dagli Stati membri, erano state presentate alla Commissione europea una ventina di proposte informali da parte dei cittadini europei. Allo stato, il sito web della Commissione dove sono pubblicate le iniziative registrate è in continuo aggiornamento, di guisa che occorre consultarlo frequentemente per rendersi conto delle materie interessate da questo nuovo istituto di democrazia partecipativa.

6. Dopo la registrazione delle iniziative, si apre la seconda fase della raccolta delle dichiarazioni di sostegno e della loro presentazione alle competenti autorità nazionali, al fine di verificarne l'autenticità e di fornire le relative certificazioni³⁶.

³⁵ L'altra iniziativa, registrata in data 8 agosto 2012, è intitolata "*Suspension of the EU Climate & Energy Package*".

³⁶ In Italia, l'autorità che certifica i sistemi di raccolta *online* è l'Ente nazionale per la digitalizzazione della Pubblica Amministrazione (DigitPA), mentre l'autorità che certifica le dichiarazioni di sostegno è il Ministero dell'Interno.

Gli interessati hanno un anno di tempo a disposizione per raccogliere un milione di firme, che decorre dalla data di registrazione dell'iniziativa sul registro pubblico da parte della Commissione. Da parte loro, le autorità nazionali rilasciano entro tre mesi dalla richiesta un certificato che attesta il numero di dichiarazioni provenienti dallo Stato membro interessato. È il caso di aggiungere che queste autorità si avvalgono di appositi strumenti, tra cui controlli a campione, per verificare l'autenticità delle dichiarazioni. Queste verifiche da parte delle autorità nazionali potrebbero comportare la certificazione di un numero di dichiarazioni di sostegno inferiore a quello fornito dagli organizzatori, sicché è opportuno raccogliere un numero di firme superiore a quello richiesto. La scelta di affidare alle autorità nazionali questi delicati compiti è stata in un certo senso obbligata, non sussistendo a livello dell'Unione un organismo in grado di svolgere le attività di controllo.

Ottenuto il certificato, l'iniziativa dei cittadini potrà essere presentata all'esame della Commissione e si aprirà quindi la terza fase. In quest'ultima, la Commissione darà pubblicità alla proposta dei cittadini, riceverà gli organizzatori per consentire loro di presentare la loro iniziativa e, infine, entro tre mesi dovrà esporre in una comunicazione motivata le conclusioni raggiunte e le azioni che eventualmente intende intraprendere (art. 10, par. 1). Dunque, la risposta della Commissione assume la forma della comunicazione adottata dal collegio dei commissari e nondimeno rappresenta la decisione finale, considerato che essa presuppone una valutazione "a tutto tondo" della proposta dei cittadini dell'Unione, a differenza di quella precedente sull'ammissibilità che ha carattere sommario e provvisorio. Inoltre, tale comunicazione è pubblicata in tutte le lingue, nonché notificata agli organizzatori, al Parlamento europeo e al Consiglio, in modo da garantire un ulteriore controllo di natura politica.

Completa il quadro l'opportunità attribuita agli organizzatori di presentare la loro iniziativa mediante un'audizione pubblica presso il Parlamento europeo, se del caso con la presenza – oltre della Commissione – delle altre istituzioni e degli organismi interessati a parteciparvi. Invero, l'iniziativa popolare dovrebbe essere portata all'attenzione quantomeno del Consiglio e del Parlamento europeo, oltre che della Commissione, che nel loro insieme costituiscono il c.d. triangolo istituzionale all'interno del quale si sviluppa il processo decisionale dell'Unione. La discussione orale delle istituzioni dell'Unione in merito all'iniziativa proposta rappresenta uno dei momenti più significativi del procedimento, ma occorre segnalare che non si è manifestata un'identità di vedute tra Parlamento europeo e Commissione in ordine alla sede dell'audizione, sicché il regolamento si è limitato ad affermare che essa si tiene presso l'istituzione che rappresenta gli interessi dei cittadini dell'Unione. Oltretutto, come avremo modo di evidenziare nel prossimo paragrafo, la previsione di un'audizione pubblica non garantisce di per sé che l'iniziativa realizzerà il suo obiettivo, ma è finalizzata soltanto a condizionare sul piano politico la Commissione europea.

7. Esaurito l'*iter* di formazione dell'iniziativa popolare si pone l'interrogativo cruciale di stabilirne la vincolatività ai fini delle successive attività che

occorre compiere. In altri termini, cosa accade se la Commissione europea decide di non seguire, ovvero di seguire solo in parte, le indicazioni dei cittadini europei?

Si tratta di una questione affine a quella sollevata in relazione al rifiuto della Commissione di accogliere la richiesta del Consiglio (ex art. 208 TCE, ora art. 241 TFUE) e, soprattutto, del Parlamento europeo (ex art. 192, par. 2, TCE, ora art. 225 TFUE) di presentare adeguate proposte per l'elaborazione di un atto ritenuto necessario ai fini dell'attuazione dei Trattati. L'orientamento maggioritario in relazione agli articoli 225 e 241 TFUE riconosce al Parlamento e al Consiglio un mero potere d'impulso dell'iniziativa detenuta dalla Commissione europea³⁷, in modo da escludere il ricorso all'azione in carenza e, più in generale, qualsiasi efficace reazione all'inattività dell'istituzione dell'Unione³⁸. Questo orientamento potrebbe trovare ulteriore fondamento nell'art. 17, par. 2, TUE, che ha codificato il generale potere di iniziativa della Commissione europea³⁹.

In realtà, il problema del riconoscimento di un obbligo della Commissione di presentare la proposta si pone non tanto per il potere d'impulso del Consiglio quanto per quello del Parlamento europeo, istituzione che rappresenta gli interessi dei cittadini europei e quindi contribuisce in modo determinante alla legittimazione democratica dell'Unione⁴⁰. Tuttavia, lo stesso Parlamento europeo non sembra intenzionato a ricercare rimedi sul piano giurisdizionale all'inazione della Commissione europea⁴¹. Ciò fornisce una chiara dimostrazione dei limiti dei poteri d'impulso devoluti al Parlamento europeo in presenza di un comportamento omissivo della Commissione europea non motivato da alcuna valida giustificazione.

³⁷ In questi termini v. R. ADAM, *Art. 192 Trattato CE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 930; A. LOMONACO, *Art. 208 Trattato CE*, *ivi*, p. 982.

³⁸ In tal senso, v. anche l'accordo quadro del 5 luglio 2000 sui rapporti tra il Parlamento europeo e la Commissione (in *Bollettino UE*, 2000, n. 7-8, p. 149 ss.).

³⁹ L'art. 17, par. 2, TUE prevede: "Un atto legislativo dell'Unione può essere adottato solo su proposta della Commissione, salvo che i trattati non dispongano diversamente. Gli altri atti sono adottati su proposta della Commissione se i trattati lo prevedono".

⁴⁰ Ad esempio, appare significativo che nonostante i ripetuti inviti del Parlamento europeo a proporre una direttiva sulla libertà, il pluralismo e l'indipendenza della *governance* dei media, la Commissione europea non abbia ancora presentato una proposta legislativa. Per la prassi in materia di pluralismo dell'informazione, cfr. R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009, p. 48. Di recente è stata presentata un'iniziativa dei cittadini europei, dal titolo "*European Initiative for Media Pluralism*", ma non è stata ancora registrata.

⁴¹ Cfr. la risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2011 sulla legge ungherese sui media, approvata con 362 voti favorevoli, 264 contrari e 33 astenuti su 736 membri che compongono il Parlamento europeo. Invece, l'art. 225 TFUE richiede: "A maggioranza dei membri che lo compongono, il Parlamento europeo può chiedere alla Commissione di presentare adeguate proposte sulle questioni per le quali reputa necessaria l'elaborazione di un atto dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Se la Commissione non presenta una proposta, essa ne comunica le motivazioni al Parlamento europeo".

C'è da chiedersi quindi se la medesima soluzione negativa debba adottarsi con specifico riferimento all'ipotesi in cui la Commissione decida di non accogliere l'iniziativa dei cittadini europei. In linea di massima, lo stesso principio dovrebbe applicarsi, *mutatis mutandis*, al nuovo istituto, visto l'ampio potere discrezionale riconosciuto alla Commissione. Lo stesso sito internet della Commissione europea dedicato all'iniziativa dei cittadini europei non sembra lasciare spazio ad alcun dubbio al riguardo, in quanto afferma espressamente che “[u]n’iniziativa dei cittadini è un atto politico, nel senso che obbliga la Commissione ad esaminare con attenzione una richiesta avanzata dai cittadini, senza tuttavia imporle di darvi seguito”⁴².

A ben vedere, però, il Trattato di Lisbona introduce un elemento di novità e di discontinuità rispetto al passato, prescrivendo alla Commissione di motivare il suo rifiuto di presentare la proposta richiesta dal Consiglio e dal Parlamento europeo. L'obbligo di motivazione a carico della Commissione sussiste pure per quanto concerne l'iniziativa dei cittadini europei, sebbene non sia sancito nel diritto primario (articoli 11 TUE e 24 TFUE), ma nell'art. 10, par. 1, lett. c) del regolamento. L'introduzione di questo obbligo può aprire nuovi scenari, in quanto la mera inattività della Commissione potrebbe giustificare un'azione in carenza, mentre un espresso diniego di agire non sorretto da alcuna motivazione ovvero accompagnato da una motivazione insufficiente o contraddittoria potrebbe aprire la strada ad un ricorso di annullamento dell'atto di rigetto. Se così non fosse, l'obbligo di motivazione risulterebbe non conforme al principio dell'effetto utile che impone un'applicazione e/o un'interpretazione delle norme dell'Unione che sia funzionale al raggiungimento delle loro finalità. Nella direzione auspicata si colloca altresì il principio secondo il quale, tra due diverse interpretazioni, deve essere preferita quella che meglio rafforza la partecipazione democratica al processo decisionale dell'Unione⁴³.

Come evidenziato in dottrina⁴⁴, questo orientamento sembra anche maggiormente in linea con il mutato contesto istituzionale dell'Unione. Difatti, il quasi monopolio dell'iniziativa legislativa della Commissione trovava in origine il suo fondamento nell'esigenza di controbilanciare il potere del Consiglio, nelle cui mani era essenzialmente concentrato il potere legislativo, in quanto rappresentante degli interessi degli Stati. Tuttavia, questa impostazione non sembra più giustificata, in considerazione del diverso equilibrio istituzionale che ha iniziato a manifestarsi già prima del Trattato di Lisbona, con la crescita in senso esponenziale del ruolo del Parlamento europeo e, più in generale, con l'aumento del

⁴² V., in particolare, le domande e le risposte riguardanti un'iniziativa dei cittadini europei consultabili all'indirizzo ec.europa.eu/citizens-initiative.

⁴³ Sentenza Corte di giustizia dell'11 giugno 1991, causa 300/89, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, p. I-2867, punto 10. V. anche le sentenze del 29 ottobre 1980, causa 138/79, *Roquette Frères c. Consiglio*, *ivi*, p. 3333; e del 5 luglio 1989, causa C-21/94, *Parlamento c. Consiglio*, *ivi*, p. I-1827.

⁴⁴ Cfr. R. MASTROIANNI, *L'iniziativa legislativa nel processo legislativo comunitario tra deficit democratico ed equilibrio istituzionale*, in S. GAMBINO (a cura di), *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, p. 433.

tasso di democraticità del sistema dell'Unione europea. Lo stesso art. 17 TUE, pur riconoscendo il monopolio dell'iniziativa legislativa in favore della Commissione, prevede espressamente la possibilità di derogarvi.

Peraltro, non si condivide l'orientamento restrittivo, anche perché non vi è alcuna certezza che la proposta della Commissione che recepisce l'iniziativa dei cittadini europei (oppure del Parlamento o del Consiglio) sia successivamente approvata dal legislatore dell'Unione⁴⁵. Quest'ultimo, infatti, non è tenuto ad approvare la proposta della Commissione che accoglie l'iniziativa dei cittadini europei, ma può respingerla nell'ipotesi in cui non si formi la maggioranza prevista per l'adozione dell'atto.

Inoltre, seguendo l'orientamento che riconosce piena discrezionalità alla Commissione, si realizzerebbe una situazione contraddittoria tra la decisione preliminare sull'ammissibilità e quella finale, poiché soltanto la prima verrebbe sottoposta a sindacato giurisdizionale. Anzi, si potrebbe finanche determinare una situazione paradossale se la Commissione decidesse di non dar seguito ad un'iniziativa ritenuta ammissibile dal giudice dell'Unione.

Nonostante diverse voci discordanti⁴⁶, si continua a ritenere che anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona la Commissione non sia tenuta a presentare la proposta, ma solo a fornire ai promotori della richiesta le motivazioni della decisione di diniego⁴⁷. Tale impostazione, come si è detto, non sembra affatto ineccepibile già alla luce delle richiamate istanze politiche e sociali che intendono valorizzare un maggior coinvolgimento dei cittadini europei nelle scelte dell'Unione. Se non fosse accolto l'orientamento teso a vincolare la Commissione, il potere d'iniziativa rimarrebbe saldo nelle sue mani, tranne che nel settore della PESC ed in alcune ipotesi sporadiche che comunque non consentono un'influenza diretta dei cittadini europei nel procedimento di formazione degli atti.

In altri termini, il condizionamento della Commissione europea risulterebbe confinato in una dimensione meramente politica, sicché l'iniziativa europea rischierebbe di diventare assai poco incisiva rispetto ad altri istituti di democrazia partecipativa che si rivelano sicuramente più agevoli da realizzare. Non vi è dubbio che la sovrapposizione del nuovo istituto con altre forme di partecipazione finisce inevitabilmente per avvantaggiare queste ultime. Come è stato evidenziato, in proposito, i cittadini europei non sarebbero interessati a presen-

⁴⁵ Sotto questo profilo, il diritto di iniziativa popolare è autonomo e distinto dai vari istituti referendari, che realizzano una più forte e incisiva partecipazione diretta dei cittadini, consentendogli di esprimere il proprio parere o la propria decisione in merito ad un tema specifico oggetto di discussione, ma che non sono contemplati dal diritto dell'Unione.

⁴⁶ In tal senso v. R. MASTROIANNI, *L'iniziativa legislativa*, cit.; E. BERNARD, *La démocratie participative sous l'angle du dialogue civil et du dialogue social*, in V. CONSTANTINESCO, Y. GAUTIER, V. MICHEL (dirs.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, Strasbourg, 2005, p. 365.

⁴⁷ Cfr., *ex multis*, U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea*, Milano, 2009, V ed., p. 149; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 186; F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, XI ed., p. 146.

tare un'iniziativa legislativa se gli stessi effetti di natura meramente politica potessero essere conseguiti con una semplice petizione al Parlamento europeo⁴⁸. Quest'ultima, infatti, può essere presentata da qualsiasi cittadino dell'Unione europea o residente in uno Stato membro, individualmente o in associazione con altri, senza particolari formalità⁴⁹.

Resta ferma in ogni caso la possibilità per il Parlamento europeo di utilizzare tutti i poteri a sua disposizione per contrastare l'inattività dell'istituzione competente a presentare la proposta, fino ad arrivare al caso limite dell'approvazione di una mozione di censura (*ex* articoli 17, par. 8, TUE e 234 TFUE), che comporterebbe le dimissioni per tutti i membri della Commissione dalle loro funzioni. È tuttavia difficilmente ipotizzabile che sia utilizzato questo rimedio eccezionale nell'ipotesi in cui la Commissione trascuri l'iniziativa dei cittadini europei, poiché nella storia dell'integrazione europea la mozione di censura, pur essendo stata talvolta presentata, non è mai stata approvata⁵⁰.

8. Alla luce della ricostruzione dell'istituto, e nonostante gli elementi di incertezza che affiorano, deve convenirsi che il nuovo regolamento realizza un significativo passo in avanti nella direzione della formazione di una vera e propria coscienza europea, che incontra ancora molteplici resistenze nell'ambito delle varie realtà nazionali. La legittimazione democratica dell'Unione e l'integrazione tra i cittadini degli Stati membri non passano solo attraverso il rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali. Anzi, le due forme di democrazia, quella rappresentativa e quella partecipativa, non sono affatto alternative, ma complementari se non addirittura in un certo senso coesenziali. Di guisa che l'estensione dei poteri delle assemblee parlamentari non esclude il rafforzamento degli strumenti di partecipazione diretta dei cittadini europei.

Come dimostrato dalle prime iniziative registrate, i cittadini europei possono portare all'attenzione della Commissione europea temi di primaria importanza, nel rispetto vuoi dei limiti delle competenze di attribuzione dell'Unione, vuoi dei noti principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Difatti, è fortemente avvertita l'esigenza di un utilizzo più mirato e tempestivo del potere d'iniziativa della Commissione su alcune questioni fondamentali⁵¹. Peraltro, il regolamento ha fissato condizioni minime, in relazione al numero sia di Paesi da coinvolgere che di firme necessarie per ciascuno Stato, che dovrebbero costituire un freno ad un utilizzo eccessivo e disinvolto del nuovo istituto.

Va da sé che la Commissione ha la facoltà di presentare una proposta relativa ad un'iniziativa popolare che non abbia ottenuto il sostegno necessario, ma che solleva una questione di sicuro interesse per l'Unione europea. In caso di esito

⁴⁸ In tal senso v. B. DE WITTE, A. H. TRECHSEL, D. DAMJANOVIĆ, E. HELLQUIST, J. HIEN, P. PONZANO, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ Cfr. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, VI ed., p. 29.

⁵¹ Cfr. la comunicazione della Commissione, del 25 luglio 2001, Governance europea – Un libro bianco, COM(2001)428 def.

negativo dell'iniziativa anche il Parlamento europeo e il Consiglio sarebbero legittimati a richiedere alla Commissione di attivarsi.

Nel suo complesso, il nuovo istituto presenta non solo luci ma anche delle ombre. Le nuove opportunità offerte da questo istituto di democrazia partecipativa non ci esimono dal rilevare i suoi notevoli limiti. In particolare, il rischio è che l'iniziativa di cui si discute si traduca in uno strumento privo di alcuna efficacia pratica, che riproponga limiti e criticità degli omologhi istituti nazionali di partecipazione democratica⁵². Ed infatti, a voler seguire l'interpretazione più restrittiva, che allo stato risulta maggioritaria, uno dei limiti maggiori del nuovo istituto deriverebbe dall'ipotizzata assenza di un obbligo a carico della Commissione di dare seguito all'iniziativa dei cittadini europei. Mettere in moto un meccanismo così complesso di partecipazione senza che poi la Commissione sia obbligata a presentare una vera e propria proposta di atto significherebbe tradire la volontà dei cittadini europei. Tanto più che l'iniziativa dei cittadini tende inevitabilmente, così come, del resto, gli altri strumenti di democrazia diretta dell'Unione e nazionali, ad essere in qualche modo mediata non solo dai tradizionali apparati istituzionali e politici, ma anche dalle associazioni e dai mass-media⁵³.

Ciò nonostante, non sembra che nella prassi sia stato finora messo in discussione l'orientamento tradizionale secondo il quale l'interesse dell'Unione nella fase della proposta sarebbe meglio rappresentato dalla Commissione piuttosto che dai cittadini europei, dal Parlamento europeo e dal Consiglio. Questo orientamento risente evidentemente dell'esigenza di non alterare l'originario equilibrio tra Commissione, Consiglio e Parlamento europeo nella fase di formazione degli atti e tuttavia sembra non tenere adeguatamente conto del fatto che l'assetto istituzionale dell'Unione è ormai profondamente modificato e risulta altresì in continua evoluzione. Del resto, è fortemente avvertita l'esigenza di ricondurre il processo di produzione della normativa dell'Unione all'interno di un più appropriato, corretto e democratico quadro istituzionale.

Certo è che un'espressa menzione del nuovo istituto nella Carta dei diritti fondamentali, al momento assente, avrebbe potuto dare una spinta decisiva nella direzione di una tutela giurisdizionale effettiva dei diritti dei cittadini europei partecipanti all'iniziativa che risultassero vanificati dalla Commissione. Si potrebbe nondimeno discutere se il diritto ad una buona amministrazione contenuto nell'art. 41 della Carta sia sufficiente a rovesciare l'orientamento tradizionale della Commissione europea, considerato che il Trattato di Lisbona ha espressamente attribuito efficacia vincolante alla Carta dei diritti fondamentali (art. 6 TUE), elevandola al rango di diritto primario. Ed invero, la buona amministrazione andrebbe interpretata come principio generale che conferisce ai cittadini europei il diritto di reagire al rigetto, espresso o tacito, della Commissione europea di

⁵² M. A. FERNÁNDEZ FERRERO, *La iniciativa legislativa popular*, Madrid, 2001; A. RYTEL, *The Popular initiative in Poland*, 2006, www.democracy-international.org; C. BOVA, *L'iniziativa legislativa popolare ed il referendum in Italia e Svizzera*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2007, p. 1793.

⁵³ M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 1813.

presentare una proposta di atto⁵⁴. Se non fosse consentita la sindacabilità sul piano giurisdizionale della scelta della Commissione, risulterebbe invece fondata la tesi secondo cui l'iniziativa europea non riguarderebbe dei veri e propri diritti dei cittadini europei, "ma lo svolgimento di attività connesse all'indirizzo politico"⁵⁵.

Indipendentemente dal fatto che l'iniziativa si traduca o meno in una proposta di atto giuridico, non è di poco conto che determinate tematiche siano portate all'attenzione delle istituzioni e dell'opinione pubblica, stimolandone il coinvolgimento e la riflessione. Si consente in tal modo anche a posizioni minoritarie o poco rappresentate, ma che comunque coinvolgono un numero significativo di cittadini dell'Unione, di far sentire la loro voce.

Infine, si rileva che il condizionamento politico del Parlamento europeo e la pressione dell'opinione pubblica, agevolata dalla pubblicità e trasparenza dell'iniziativa popolare, potrebbero fornire comunque un'eco alle istanze dei cittadini europei. Sotto altro profilo, il successo del nuovo istituto potrebbe avere dei riflessi positivi sinanche sulle varie iniziative nazionali di partecipazione popolare, che spesso hanno un peso marginale ovvero sono del tutto ignorate dai Parlamenti nazionali⁵⁶.

Abstract

The New Instrument of the Participatory Democracy and Its First Applications

This article deals with the European citizens initiative, which is a topic of great relevancy and interest in strengthening the democratic legitimacy of the European Union. Indeed, this new instrument of participatory democracy gives EU citizens the possibility to invite the European Commission to present a proposal for a legal act. The article touches upon the most salient aspects and problems of the citizens initiative, recalling the first registered initiatives published on the Commission's website. The major problem regarding implementation of the citizens initiative is that the Commission is not obliged to propose a legal act at the completion of the procedure.

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 18 marzo 1997, causa C-282/95 P, *Guérin*, *Raccolta*, p. I-1503, punto 36 ss.; sentenze del Tribunale del 30 gennaio 2002, causa T-54/99, *Max.mobil c. Commissione*, *ivi*, p. II-313, punto 41; del 4 ottobre 2006, causa T-193/04, *Tillack c. Commissione*, *ivi*, p. II-3597, punto 43.

⁵⁵ Cfr. L. ELIA, *Forme di governo e procedimento legislativo negli Stati Uniti*, Milano, 1961, p. 180.

⁵⁶ Per quanto concerne l'Italia, cfr. A. A. CERVATI, *Iniziativa legislativa*, in *Enciclopedia giuridica*, 1989, p. 1; A. PIRRO, *Un istituto di democrazia diretta "sui generis": l'iniziativa legislativa popolare*, in *Nuovi studi politici*, 1995, p. 100; R. DICKMANN, *Procedimento legislativo e coordinamento delle fonti*, Padova, 1997, p. 4; C. BOVA, *op. cit.*; A. VANZETTA, *Non Binding Citizen and Regional Initiatives in Italy from 1948 to 2005*, 2006, www.democracy-international.org.

Alessandra Mignolli*

Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione

SOMMARIO: 1. L'adesione dell'Unione europea alla CEDU nel Trattato di Lisbona: competenza e procedura. – 2. L'avvio dei negoziati. – 3. La portata dell'adesione dell'Unione alla CEDU. – 4. L'esigenza di preservare l'autonomia del diritto dell'Unione. – 5. Il meccanismo di *co-respondency*: presupposti di applicazione e modalità di funzionamento. – 6. Aspetti problematici del meccanismo di *co-respondency*. – 7. L'estensione del controllo della Corte EDU e della Corte di giustizia sul rispetto dei diritti umani nel sistema dell'Unione europea: una possibile asimmetria? – 8. Osservazioni conclusive.

1. Il Trattato di Lisbona, come è noto, ha inserito nel Trattato sull'Unione europea una disposizione volta a rendere possibile – anzi obbligatoria – l'adesione dell'Unione europea alla CEDU. L'art. 6, par. 2, TUE, nella riforma di Lisbona infatti recita: “L'Unione aderisce [“l'Union adhère” nel testo francese, “the Union shall accede” in quello inglese] alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei Trattati”. Come si vede, il testo della nuova disposizione si preoccupa certamente di dotare l'Unione di una base giuridica specifica *ad hoc* per permettere l'adesione alla CEDU – dopo che la Corte di giustizia si era espressa in senso negativo rispetto all'adesione proprio per assenza di competenza in quanto l'adesione alla CEDU riveste per l'Unione una portata costituzionale¹ – ma è formulato in modo tale da rendere tale ade-

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma “La Sapienza”.

¹ V. parere del 28 marzo 1996, 2/94, *Raccolta*, p. I-1759 ss. Sul tema della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea, e su come si è fatta strada la decisione di prevedere l'adesione dell'Unione alla CEDU v. per tutti U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 73 ss.

sione non solo possibile in termini di competenza, ma obbligatoria per le istituzioni dell'Unione e per gli Stati membri². Questi dunque sono tenuti a porre in essere tutti i passi necessari per avviare e condurre a buon fine i negoziati con le altre Parti contraenti della CEDU e con gli organi del Consiglio d'Europa per la conclusione di un accordo di adesione dell'Unione europea alla CEDU³. Si tratta, dunque, di una base giuridica dalle caratteristiche molto particolari che la differenziano dalle altre, anche attributive di competenze esterne, presenti nei Trattati. La disposizione in parola, infatti, da un lato attribuisce alle istituzioni non una competenza generale a concludere accordi internazionali in materia di diritti umani, bensì la competenza specifica diretta all'adesione alla sola CEDU, e, dall'altro, essa comprime in misura considerevole la discrezionalità delle istituzioni, limitata alla definizione, attraverso la negoziazione con il Consiglio d'Europa, delle modalità dell'adesione. Tali particolarità derivano dal fatto che la scelta politica in ordine all'adesione dell'UE alla CEDU è stata operata in sede costituente.

Le disposizioni del diritto UE relative all'adesione sono completate dal Protocollo n. 8, allegato ai Trattati, che fissa alcuni criteri che l'accordo di adesione dovrà rispettare, e sui quali si tornerà tra breve, e dall'art. 218 TFUE, che fornisce indicazioni in tema di procedura. Da tale ultima disposizione si ricava che la conclusione dell'accordo di adesione alla CEDU dovrà essere deliberata dal Consiglio all'unanimità (art. 218, par. 8, co. 2, TFUE) previa approvazione del Parlamento europeo (art. 218, par. 6, co. 2, lett. a, ii), e che tale accordo potrà entrare in vigore dopo aver ottenuto l'approvazione di tutti gli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali⁴. Si tratta di un'approvazione

² È stato sostenuto in dottrina che il fatto che l'art. 6, par. 2, TUE, espressamente richieda l'adesione dell'Unione alla CEDU potrebbe limitare in qualche misura l'autonomia del diritto dell'Unione. Tale interpretazione presupporrebbe che l'art. 6, par. 2, abbia un qualche contenuto sostanziale, e non costituisca una mera attribuzione di competenza esterna. In particolare, le istituzioni incontrerebbero un vincolo nel negoziato, vincolo che consisterebbe precisamente nell'obbligo di aderire, e nella necessità quindi di addivenire a soluzioni che potrebbero comportare delle restrizioni all'autonomia del diritto UE (T. LOCK, *Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1025 ss., a p. 1032 ss.).

³ Non è il caso di entrare qui nel merito del dibattito circa l'opportunità della scelta di moltiplicare i livelli di tutela dei diritti umani nel sistema dell'Unione, dopo la decisione di attribuire alla Carta di Nizza valore di diritto primario. Mi limito pertanto a rinviare alle osservazioni – e alle perplessità – di A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 29 ss. Altra autorevole dottrina suggerisce che l'adesione alla CEDU risulta più che altro preordinata all'istituzione di un meccanismo di raccordo istituzionale tra la Corte di giustizia e la Corte EDU, al fine di offrire ai cittadini maggiori garanzie giurisdizionali (L. DANIELE, *La protezione dei diritti dell'uomo nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, *ivi*, 2009, p. 645 ss., a p. 650; v. anche le osservazioni di P. IVALDI, C. E. TUO, *Diritti fondamentali e diritto internazionale privato nell'Unione europea nella prospettiva dell'adesione alla CEDU*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 7 ss., a p. 21 s.).

⁴ È stato sostenuto che tale procedura sarebbe ancor più rigida e complessa rispetto a quella prevista dall'art. 48 TUE per la revisione dei Trattati (A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2009, p. 683 ss.).

sui generis, che non corrisponde a un atto di ratifica – la CEDU infatti non è un accordo misto, e l'Unione vi parteciperà in proprio nome⁵; tra l'altro, gli Stati membri saranno chiamati ad esprimere la vera e propria ratifica dell'accordo di adesione dell'UE nella loro qualità di Alte parti contraenti della CEDU. Non è chiaro quale forma debba assumere l'"approvazione" richiesta dall'art. 218 TFUE, che presenta più i contorni di un atto interno al sistema UE, alla stessa stregua dell'approvazione del Parlamento europeo, che di un atto di carattere internazionale. È certo che le esigenze costituzionali degli Stati membri comunque richiederanno una qualche forma di coinvolgimento dei parlamenti nazionali. Infine, ancora in tema di procedura occorre segnalare che con tutta probabilità l'accordo di adesione sarà sottoposto al vaglio preventivo della Corte di giustizia con una richiesta di parere ai sensi dell'art. 218, par. 11, TFUE, ed è superfluo ricordare che in caso di parere negativo sulla compatibilità dell'accordo con i Trattati, sarà necessario concordare, con le altre Parti contraenti, una modifica dell'accordo conformemente alle indicazioni della Corte, e si sa che la Corte è assai attenta nella valutazione della conformità con i Trattati di accordi internazionali che prevedono forme di controllo giurisdizionale, soprattutto sotto il profilo della preservazione dell'autonomia dell'ordinamento dell'Unione⁶.

2. Il mandato di negoziazione alla Commissione è stato approvato dal Consiglio il 4 giugno 2010⁷; dal lato del Consiglio d'Europa, il Comitato dei Ministri ha attribuito un mandato *ad hoc* allo *Steering Committee for human rights* (26 maggio 2010). I negoziati sono stati avviati nel luglio dello stesso anno, e si sono conclusi il 24 giugno 2011 con l'approvazione, da parte del gruppo di lavoro informale CDDH-UE (gruppo di negoziato composto da 14 membri dello *Steering Committee* del Consiglio d'Europa, di cui 7 appartenenti a Stati membri dell'UE e 7 a Paesi contraenti della CEDU ma non membri dell'UE, e dalla Commissione) di un progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla

⁵ Secondo A. POTTEAU, *Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?*, in *Revue générale de droit international public*, 2011, p. 77 ss., si tratta di un consenso strettamente "intracomunitario". Il medesimo A. aggiunge che gli Stati membri sono obbligati, in virtù del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, a permettere all'Unione di rispettare l'obbligo di aderire alla CEDU, obbligo che come si è visto nel testo deriva dall'art. 6, par. 2, TUE.

⁶ V., da ultimo, parere della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, 1/09, relativo all'accordo istitutivo del Tribunale per i brevetti, un organismo che avrebbe dovuto acquisire competenza esclusiva per le controversie tra privati in materia di brevetti, e che avrebbe anche dovuto interpretare e applicare il relativo diritto dell'Unione, in particolare il regolamento sul brevetto comunitario, ma non solo. La Corte si è espressa per l'incompatibilità con i Trattati di questo accordo, in quanto esso, prevedendo anche una competenza pregiudiziale di detto Tribunale, avrebbe privato i giudici nazionali della possibilità di rivolgersi alla Corte attraverso il rinvio pregiudiziale, così compromettendo l'autonomia del diritto dell'Unione e la struttura stessa del sistema di tutela giurisdizionale, centrato proprio sul rapporto tra i giudici nazionali, giudici comuni del diritto dell'Unione, e i giudici dell'Unione.

⁷ Il mandato del Consiglio non è stato reso pubblico, ma il testo è comunque informalmente circolato.

CEDU, che ha fatto seguito a una serie di altri *drafts* circolati nei mesi precedenti. Al momento in cui si scrive, tuttavia, e ormai a più di un anno dall'approvazione del progetto, il processo negoziale per l'adesione sembra aver raggiunto un momento di stallo. Infatti, nel corso di una sessione straordinaria dello *Steering Committee* del Consiglio d'Europa tenuta il 12-14 ottobre 2011, pare siano emerse difficoltà all'interno del gruppo degli Stati membri dell'Unione europea, tanto che in sede di *Steering Committee* si è dovuti giungere alla conclusione dell'impossibilità di una soluzione positiva, e si è deciso di trasmettere il rapporto del Gruppo di lavoro, il verbale della riunione, e il *draft* dell'accordo di adesione al Comitato dei ministri per ulteriore considerazione. Dal canto suo, l'Unione europea ha avviato una fase di riflessione interna sull'argomento, al fine di superare le riserve e perplessità manifestate dalle delegazioni di alcuni Stati membri, nonché definire le procedure interne che saranno necessarie per dare attuazione all'accordo di adesione. Nonostante il desiderio di procedere con rapidità sulla via dell'adesione, pertanto, la strada da percorrere sembra ancora lunga e alcune questioni appaiono di non immediata soluzione. Tuttavia, il fatto che nella primavera del 2012 le discussioni sull'elaborazione degli strumenti giuridici necessari per definire le modalità di adesione dell'Unione alla CEDU siano riprese, e che il 15 giugno 2012 il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa abbia incaricato un gruppo *ad hoc* 47 + 1⁸ di concludere con urgenza il processo di elaborazione dei testi lascia sperare che i negoziati possano giungere a conclusione in tempi relativamente brevi⁹.

Nelle pagine che seguono saranno prese in esame alcune delle questioni problematiche sollevate dal negoziato in corso e dal progetto di accordo, in par-

⁸ Si tratta di un gruppo di negoziato composto da tutti i 47 Membri del Consiglio d'Europa e parti contraenti della CEDU (i 27 Stati membri dell'Unione, più 20 Stati membri del Consiglio d'Europa non membri dell'UE), più la Commissione, in rappresentanza dell'Unione europea. La composizione di questo gruppo è dunque molto più ampia rispetto al gruppo di lavoro CDDH-UE che aveva negoziato nei mesi precedenti. È evidente che si cerca di far convergere sul futuro accordo il maggior consenso possibile. La ripresa dei negoziati è stata resa possibile anche dal risultato positivo delle discussioni in seno al Consiglio dell'Unione, che emerge dalle conclusioni del 27 aprile 2012 (comunicato stampa della 3162^a riunione del Consiglio, disponibile sul sito web www.consilium.eu); dal documento che è stato reso pubblico si ricava che gli Stati membri avrebbero raggiunto una posizione comune sulle questioni più delicate del negoziato – oltre a quelle di cui si discute nel presente contributo, le modalità di partecipazione dell'Unione agli organi del Consiglio d'Europa e alla Corte europea dei diritti dell'Uomo – il che avrebbe sbloccato la situazione e reso possibile la ripresa del dialogo al livello internazionale.

⁹ Si vedano in particolare le decisioni del Comitato dei Ministri CM/Del/Dec(2012)1138/4.2E/30 marzo 2012 e CM/Del/Dec(2012)1145/4.5E/15 giugno 2012, disponibili sul sito web del Consiglio d'Europa (www.coe.int). La prima riunione del Gruppo si è tenuta il 21 giugno 2012, e i lavori proseguiranno nel corso dell'autunno. La Commissione ha annunciato la presentazione di emendamenti al *draft* del luglio 2011, e altre delegazioni hanno pure annunciato la presentazione di emendamenti. Il testo analizzato nel contributo in esame è pertanto ancora ben lungi dall'essere definitivo (v. *First negotiation meeting between the CDDH and the European Commission on the accession of the EU to the ECHR*, doc. 47+1(2012)R01 del 21 giugno 2012, disponibile sul sito web del Consiglio d'Europa, www.coe.int).

ticolare il problema della portata dell'adesione alla CEDU (par. 3), il funzionamento del meccanismo di *co-respondency* e la sua idoneità a preservare al tempo stesso l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione, ma anche l'effettività della tutela dei diritti garantiti dalla CEDU (par. 4), e, infine, la questione dell'estensione del controllo della Corte EDU rispetto a quello della Corte di giustizia: in sostanza si tratta di verificare l'incidenza dell'art. 275 TFUE sulla ripartizione di giurisdizione delle due Corti¹⁰ (par. 5). Il problema che si pone a quest'ultimo riguardo è sostanzialmente che, in rapporto alla materia PESC, in assenza di giurisdizione da parte della Corte di giustizia, il controllo sul rispetto dei diritti umani potrebbe essere solo nelle mani della Corte di Strasburgo. Tenteremo di capire in seguito se questa situazione possa compromettere l'unità e l'autonomia del diritto dell'Unione, che comunque l'accordo di adesione si propone di tutelare, e la coerenza complessiva del rispetto del diritto nell'ordinamento europeo.

3. La scelta relativa alla portata dell'adesione dell'Unione al sistema CEDU non è stata, a quanto è dato evincere dai documenti a disposizione, una delle questioni più problematiche nel corso dei negoziati, o meglio, lo è stata in sede di definizione del mandato negoziale della Commissione, e ha dunque costituito l'oggetto di una discussione puramente interna all'Unione. Essa è a mio avviso indicativa di un atteggiamento di diffidenza da parte degli Stati membri nei confronti della possibilità di un'eccessiva autonomia dell'Unione da una parte, mentre per altro verso essa testimonia del timore di alcuni Stati membri di assumere obblighi ulteriori e non espressamente accettati attraverso l'adesione dell'Unione¹¹. Il problema era il seguente: l'art. 6, par. 2, TUE, prescrive l'adesione dell'Unione alla CEDU, ma nulla dice riguardo ai protocolli allegati alla CEDU stessa. Ora, mentre *tutti* gli Stati membri dell'Unione sono parti contraenti della Convenzione, per quanto riguarda i protocolli la situazione delle ratifiche da parte degli Stati membri dell'Unione è invece assai diversificata, solo alcuni dei protocolli essendo stati ratificati da tutti gli Stati membri.

L'adesione dell'Unione potrebbe essere estesa ai protocolli sulla base di una valutazione caso per caso (era quello che chiedeva la Commissione), il cui criterio guida avrebbe potuto essere quello della presenza del relativo diritto nella Carta di Nizza¹².

¹⁰ Quello indicato è l'unico aspetto che vorrei toccare della questione dei rapporti fra le Corti. Per un'ampia e acuta analisi della materia rinvio senz'altro ad autorevole dottrina: A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 37 ss.

¹¹ Questione degli obblighi che entrano dalla porta di servizio, temuti dal Regno Unito e causa principale dell'ostilità del governo di questo Paese all'adesione dell'UE alla CEDU. Su questi aspetti v. J. P. JACQUÉ *The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 995 ss., a p. 1003).

¹² Come suggerito da J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1003 ss., il quale opportunamente sottolinea come in questo caso il criterio della competenza non sia applicabile, dato il carattere trasversale della tutela dei diritti umani, per cui per esempio anche il divieto della pena di morte avrebbe rilievo nel sistema dell'Unione, perché pur non essendo questa competente a legiferare in materia,

Il Consiglio, tuttavia, per evitare il rischio che gli Stati membri potessero essere chiamati a rispondere per violazioni di protocolli che essi non avevano ratificato (ipotesi peraltro poco probabile, tranne che nel caso in cui lo Stato abbia agito in esecuzione del diritto dell'Unione, ma in questo caso il meccanismo di *co-respondency* verrebbe a tutelare la posizione dello Stato membro, come si vedrà), ha optato invece per un'applicazione rigorosa del principio della neutralità dell'adesione rispetto agli Stati membri, principio già introdotto nel Protocollo n. 8 allegato al Trattato di Lisbona¹³: in altre parole, l'idea è che l'adesione non deve in alcun modo produrre effetti sugli obblighi degli Stati membri derivanti dalla Convenzione. Di conseguenza è stata accolta la poco soddisfacente soluzione di limitare il negoziato di adesione ai soli protocolli che sono stati ratificati da tutti gli Stati membri (e che si riducono al Protocollo addizionale, sulla tutela della proprietà, il diritto all'istruzione e il diritto a libere elezioni, e al Protocollo n. 6, sull'abolizione della pena di morte). Questa soluzione, certamente efficace come compromesso, lascia però insolte diverse questioni, e pone la Corte di giustizia UE nella difficile posizione di dover attribuire un peso diverso ai protocolli cui l'Unione avrà aderito rispetto a quelli ai quali non avrà aderito, e che saranno utilizzabili dal giudice dell'Unione solo attraverso il richiamo ai principi generali di cui all'art. 6, par. 3, TUE e, nel caso abbiano ad oggetto diritti contenuti anche nella Carta di Nizza, attraverso le disposizioni degli articoli 52, par. 3, e 53 di questa, che sanciscono una generale esigenza di compatibilità tra i diritti garantiti contemporaneamente dalla Carta e dalla CEDU, e che sono comunque applicabili, quale che sia la portata dell'adesione dell'Unione¹⁴.

D'altra parte, se pure è comprensibile il timore degli Stati membri di assumere attraverso l'Unione obblighi non voluti, è tuttavia importante sottolineare che l'adesione dell'Unione alla CEDU avviene effettivamente a proprio nome, e con modalità che dovrebbero risultare del tutto svincolate dalla partecipazione degli Stati membri. Concettualmente questa situazione non è di immediata per-

il tema potrebbe assumere rilievo nel settore della cooperazione giudiziaria penale, come nella negoziazione di accordi di estradizione con Paesi terzi (come è stato il caso per quanto riguarda l'accordo sull'extradizione tra l'Unione e gli Stati Uniti d'America del 2003, la cui disposizione sull'extradizione in materia di reati punibili negli USA con la pena di morte era incompatibile con un divieto assoluto quale quello contenuto nel Protocollo n. 6 alla CEDU. Sul punto mi permetto di rinviare, per considerazioni analoghe, a A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009, p. 160 ss.

¹³ L'art. 2, seconda frase, del Protocollo n. 8 stabilisce che l'accordo di adesione deve "garantire che nessuna disposizione dello stesso incida sulla situazione particolare degli Stati membri nei confronti della Convenzione europea e, in particolare, riguardo ai suoi protocolli, alle misure prese dagli Stati membri in deroga alla Convenzione europea ai sensi del suo art. 15 e a riserve formulate dagli Stati membri nei confronti della Convenzione europea ai sensi del suo art. 57". Anche la questione delle riserve a rigore potrebbe dar luogo a problemi: si dovrebbe ipotizzare che l'Unione presenti le stesse riserve (ammesso che ve ne siano) che sono state presentate da tutti gli Stati membri? E come si configura la situazione in riferimento a disposizioni della Convenzione relativamente alle quali uno Stato membro abbia apposto una riserva se la disposizione dovesse venire invocata con riferimento al diritto dell'Unione così come attuato da quello Stato membro?

¹⁴ In questo senso v. ancora J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1004.

cezione per chi si è abituato, nel corso dei decenni, a considerare la partecipazione della Comunità prima e dell'Unione poi ad accordi ed organizzazioni internazionali solo o principalmente in termini di ripartizione di competenza tra la Comunità/Unione e gli Stati membri, per cui la prima interviene solo nei limiti della propria competenza, trasferita ad essa dai Trattati, e gli Stati membri, attraverso la prassi degli accordi misti, suppliscono la eventuale carenza di competenza dell'Unione. Qui la situazione si presenta in modo del tutto diverso. Non si pone un problema di ripartizione di competenza, né di condivisione di competenza (*shared competence*) relativamente all'adesione, ma è l'Unione in quanto soggetto autonomo e portatore di una propria volontà e di un proprio ordinamento giuridico ad aderire, ad impegnarsi a rispettare la Convenzione nell'esercizio delle proprie attività statutarie, e a sottoporre azioni ed atti dei suoi organi ed agenti al controllo della Corte EDU. Se quanto appena detto è vero, si vede bene come l'adesione da parte dell'Unione dovrebbe essere del tutto svincolata da quella degli Stati membri – altro e successivo essendo il problema del rapporto tra il diritto dell'Unione e il diritto degli Stati membri relativamente all'applicazione della Convenzione e soprattutto al sindacato della Corte EDU – e la scelta di aderire o meno a un Protocollo guidata solo da considerazioni giuridico-politiche indipendenti dal numero di Stati membri che hanno ratificato il Protocollo di cui si tratta.

4. Quanto detto sopra è un corollario del principio secondo il quale l'Unione, nell'aderire alla CEDU, si presenta (o dovrebbe presentarsi) alla stessa stregua di ogni altra Parte contraente, titolare dei medesimi diritti e soggetta ai medesimi obblighi derivanti dalla Convenzione¹⁵. Tuttavia, l'Unione ha una struttura assai diversa da quella di uno Stato, pertanto è difficile configurare la sua posizione rispetto al controllo della Corte EDU in modo identico alla posizione di uno Stato. In particolare, per quanto riguarda la posizione dell'Unione e dei suoi Stati membri rispetto alla CEDU, si verifica l'inedita situazione che un atto giuridico può essere emanato da una Parte contraente, mentre una diversa Parte contraente vi dà esecuzione¹⁶. Questo avviene, come subito vedremo, per gli atti nazionali adottati in esecuzione di obblighi europei, e per gli atti delle istituzioni adottati in esecuzione di obblighi previsti nei Trattati istitutivi, anche se quest'ultima ipotesi solleva numerosi dubbi, derivanti dalla riflessione sulla natura giuridica dei Trattati medesimi, ormai difficili da considerare come mere “creature” degli Stati membri, ma su ciò torneremo tra breve.

Lo stesso Protocollo n. 8 al Trattato di Lisbona chiede che, nel negoziare l'accordo di adesione alla CEDU, si tengano in conto e “siano preservate le caratteristiche specifiche dell'Unione e del diritto dell'Unione”. I due profili maggiormente rilevanti a questo riguardo, secondo quanto indicato dal Protocollo

¹⁵ Al riguardo, v. le considerazioni della vicepresidente della Corte EDU, F. TULKENS, *Pour et vers une organisation harmonieuse*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 27 ss., a p. 28.

¹⁶ Si veda il commento al *draft* di giugno 2011, CDDH-UE (2011)16 fin, disponibile sul sito web del Consiglio d'Europa (www.coe.int), a p. 16.

medesimo, sono le modalità di partecipazione dell'Unione agli organi di controllo della Convenzione europea¹⁷ (art. 1, lett. a, del Protocollo n. 8), e la predisposizione di meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri¹⁸ e le domande individuali siano indirizzati correttamente, a seconda dei casi, agli Stati membri o all'Unione (art. 1, lett. b, del Protocollo n. 8). Quest'ultima previsione, in particolare, risponde all'esigenza, specificata nell'art. 2 del Protocollo, che l'adesione alla CEDU non incida in alcun modo sulle competenze dell'Unione e sulle attribuzioni delle istituzioni. La determinazione del corretto convenuto in un procedimento dinanzi alla Corte EDU potrebbe in effetti implicare l'interpretazione da parte di questa del diritto UE, primario e derivato¹⁹, e soprattutto della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri e del rapporto tra diritto dell'Unione e diritto interno degli Stati membri, tutti temi, questi, che ineriscono alla struttura stessa dell'Unione e che rivestono un carattere esclusivamente interno all'Unione²⁰. Il problema è di rilievo, benché per prassi consolidata la Corte EDU consideri l'interpretazione del diritto interno come un compito spettante in via esclusiva ai giudici nazionali.

Come sopra accennato, un'altra delicata questione richiede la predisposizione di meccanismi particolari per l'Unione, quella della sottoposizione del diritto primario al controllo della Corte di Strasburgo. In effetti, non si può escludere che una controversia di fronte a quest'ultima giurisdizione investa profili di interpretazione ed applicazione degli stessi Trattati istitutivi dell'UE e degli strumenti giuridici aventi pari valore giuridico, tra cui la stessa Carta dei diritti fondamentali. Ci si chiede se il diritto primario dell'Unione debba essere incluso nella portata del controllo della Corte EDU, o, al contrario, escluso sulla base della considerazione che esso sarebbe fuori dal controllo delle istituzioni:

¹⁷ In particolare la partecipazione al Comitato dei ministri e alla stessa Corte EDU, con la presenza di un giudice dell'Unione, nonché all'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. Su questi aspetti si vedano gli articoli 6, 7, 8, del *draft* del luglio 2011, nonché le osservazioni di A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 35, e di J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1009 s.

¹⁸ I procedimenti avviati da Stati membri sono esclusi per effetto dell'art. 344 TFUE, richiamato e fatto salvo anche dall'art. 3 del Protocollo n. 8, ai sensi del quale "gli Stati membri si impegnano a non sottoporre una controversia relativa all'interpretazione o all'applicazione dei trattati a un modo di composizione diverso da quelli previsti dai trattati stessi".

¹⁹ Secondo T. LOCK, *op. cit.*, p. 1034 ss., in realtà questo rischio sarebbe molto limitato, in quanto la Corte EDU in linea di massima non sarebbe chiamata a fornire un'interpretazione vincolante del contenuto del diritto UE, né avrebbe mai la possibilità di dichiarare l'invalidità di un atto UE, in quanto le decisioni della Corte EDU hanno meramente valore vincolante sul piano internazionale, e non producono quindi effetti diretti negli ordinamenti delle parti contraenti della Convenzione. Tuttavia, se questo è vero, è anche vero che un'interpretazione proveniente dalla Corte EDU, benché rivolta esclusivamente a verificare la compatibilità dell'atto UE con la Convenzione (P. IVALDI, C. E. TUO, *op. cit.*, p. 23), non sarebbe priva di effetti, ed avrebbe un'influenza sul carattere esclusivo della competenza della Corte di giustizia in questa materia.

²⁰ Significativa su questo problema è la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 gennaio 2011, n. 30696/09, *MSS c. Belgio e Grecia*.

come è stato osservato, infatti, non è l'Unione l'autore dei Trattati, ma gli Stati membri, che sono a tutti gli effetti "signori dei Trattati": le istituzioni non hanno il potere di modificare i Trattati, e la stessa Corte di giustizia non ha il potere di pronunciarsi sulla legalità di questi, ma solamente di interpretarli (art. 263 TFUE)²¹. Peraltro, tale potere interpretativo della Corte sarebbe probabilmente sufficiente a mettere l'Unione al riparo da qualsiasi contestazione relativa all'incompatibilità del diritto primario con la CEDU, in quanto la Corte di giustizia è chiamata ad interpretare le disposizioni del diritto primario UE in modo conforme alla CEDU, risultando la posizione di quest'ultima nel sistema delle fonti dell'Unione comunque rafforzata per effetto della Carta di Nizza, a sua volta dotata di valore primario attraverso l'art. 6 TUE²²; nonostante ciò, Stati membri ed istituzioni hanno preferito cercare soluzioni che permettessero o di escludere il diritto primario dalla portata del controllo della Corte EDU, o di affiancare in qualche modo gli Stati membri all'Unione nel caso una situazione del genere dovesse avere a presentarsi.

5. Il negoziato si è orientato dunque verso la predisposizione di un meccanismo particolare che permetterà all'Unione e agli Stati membri di presentarsi affiancati nei procedimenti di fronte alla Corte EDU. Tale meccanismo, cosiddetto di *co-respondency*, o del secondo convenuto, assolve alla funzione di superare le difficoltà che potrebbero porsi in caso di estensione del controllo CEDU al diritto primario dell'Unione (art. 3, par. 3, del *draft*, su cui si tornerà nel dettaglio tra poco). D'altra parte, questo meccanismo serve anche a preservare il carattere interno della ripartizione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri, impedendo al potere di controllo della Corte EDU di spingersi fino al cuore della struttura dell'Unione.

Inoltre, nella visione dei negoziatori, questo sistema dovrebbe anche servire ad alleggerire il compito dei ricorrenti, siano questi Stati non membri dell'UE o singoli, nell'individuare il corretto destinatario della domanda, in particolare ogni volta in cui la presunta violazione coinvolga norme nazionali o comportamenti adottati in attuazione di atti dell'Unione, o norme dei Trattati²³.

²¹ Si veda ancora J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1005 s.

²² V. le considerazioni di A. POTTEAU, *op. cit.*, p. 93, il quale aggiunge che il diritto internazionale non giustifica tale preoccupazione; infatti, l'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1986 prevede che un'organizzazione internazionale non possa invocare le sue regole interne per giustificare la mancata esecuzione di un trattato da essa sottoscritto, e l'art. 2, lett. f) della stessa Convenzione include gli atti istitutivi tra le regole interne dell'organizzazione. Peraltro, anche l'art. 31 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali del 2011 stabilisce che un'organizzazione non può invocare le sue regole per giustificare la mancata esecuzione degli obblighi incombenti su di essa. Da tali osservazioni si ricava che in effetti non sarebbe necessario prevedere delle regole specifiche per impedire all'Unione di rispondere delle violazioni della CEDU derivanti dal proprio diritto primario.

²³ La situazione più frequente è quella del ricorrente che abbia subito la violazione da parte di un comportamento dello Stato (il caso *Bosphorus*, per intenderci, dalla sentenza della Corte euro-

Diamo ora uno sguardo a come funziona, tecnicamente, questo meccanismo di *co-respondency*, prima di effettuare qualche commento²⁴.

L'art. 3 del progetto di accordo prevede innanzitutto che l'art. 36 CEDU, che come è noto disciplina l'intervento del terzo nel procedimento di fronte alla Corte EDU, sia modificato nel senso di prevedere, accanto all'intervento del terzo, anche il secondo convenuto. Si predispone anche l'aggiunta di un par. 4 alla fine dell'art. 36, in cui si stabilisce che l'Unione europea o uno Stato membro dell'Unione europea possono chiedere di diventare secondi convenuti nei procedimenti di fronte alla Corte EDU, per decisione della Corte stessa e nei casi previsti dall'accordo di adesione. Occorre precisare che comunque tale posizione nel procedimento non può essere attribuita contro la volontà del soggetto interessato. Il secondo convenuto, in altre parole, differisce dal convenuto anche sotto questo profilo: infatti, mentre per il convenuto tale posizione processuale è una conseguenza obbligatoria del ricorso, nel caso del secondo convenuto essa deriva esclusivamente dalla sua richiesta. Tuttavia, una volta assunto lo *status* di secondo convenuto, precisa la disposizione, questo è "parte della causa".

Un'ulteriore precisazione riguarda il ruolo della Corte EDU nell'attribuzione dello *status* di *co-respondent*. Tale attribuzione avviene infatti per decisione della Corte stessa, la quale delibera dopo aver sentito le parti e dopo aver verificato che "è plausibile" che le condizioni richieste siano presenti. Si tratta dunque di un apprezzamento *prima facie* della situazione, che non permette alla Corte di effettuare un'interpretazione del merito della ripartizione delle competenze tra Unione e Stati membri, ma che non la priva neanche di ogni margine di discrezionalità. La Corte, insomma, non è tenuta ad accogliere la richiesta, qualora la ritenga fondata su presupposti non "plausibili".

I paragrafi successivi dell'art. 3 specificano quali sono le circostanze in cui questo meccanismo è applicabile.

Sono previste tre ipotesi: ricorso diretto contro uno o più Stati membri dell'Unione, ricorso diretto contro l'Unione, ricorso diretto congiuntamente contro l'Unione e uno o più dei suoi Stati membri. Il primo caso (art. 3, par. 2, del *draft*) è quello in cui il ricorso abbia a oggetto un comportamento o un atto di uno Stato membro dell'Unione, comportamento o atto posto in essere in esecuzione di una disposizione del diritto dell'Unione. In una situazione di questo genere, se la violazione di una norma CEDU contestata allo Stato membro appare in realtà dipendere dall'incompatibilità con la Convenzione di una dispo-

pea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 30 giugno 2005, n. 45036/98, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*) posto in essere per ottemperare a un obbligo dell'Unione, in quanto di regola il diritto dell'Unione è attuato dagli Stati membri. Ma non può escludersi il caso di ricorrenti che siano direttamente danneggiati da un comportamento dell'Unione (per esempio un'omissione), senza bisogno di un intervento dello Stato. Ancora, una situazione che si è già posta in concreto è quella dei funzionari dell'UE (v. la sentenza della Corte di giustizia del 6 marzo 2001, causa C-274/99 P, *Connolly, Raccolta*, I-1611).

²⁴ Per un'analisi delle differenze tra i testi dei vari *drafts* che si sono susseguiti, differenze che sul funzionamento del meccanismo del *co-respondent* sono sensibili, v. T. LOCK, *op. cit.*, p. 1039 ss.

sizione vincolante (“*obligation*”) del diritto dell’Unione che lo Stato avrebbe dovuto disattendere al fine di evitare la violazione, l’Unione può chiedere e ottenere dalla Corte EDU di figurare come secondo convenuto nel procedimento. Questa situazione riflette la preoccupazione di salvaguardare l’autonomia della struttura dell’Unione, nel senso di evitare che spetti alla Corte o ai ricorrenti il delicato compito di decidere sulla ripartizione delle competenze, e di conseguenza dell’attribuzione di un potere decisionale, tra l’Unione e gli Stati membri. Quando infatti un provvedimento nazionale è adottato sulla base di un atto europeo, per stabilire in quale passaggio abbia avuto luogo una eventuale violazione di una norma della CEDU occorre prendere in esame l’esistenza e la portata della relativa competenza dell’Unione, il suo carattere esclusivo o concorrente, la portata dell’atto adottato, il margine di discrezionalità lasciato allo Stato membro nell’esecuzione dell’obbligo europeo. Il meccanismo del secondo convenuto intende evitare che tutte queste operazioni interpretative siano effettuate dalla Corte EDU.

Il secondo caso, di cui al par. 3 dell’art. 3 del *draft*, è quello in cui il ricorso, presentato questa volta contro l’Unione, abbia a oggetto la violazione di una norma CEDU a causa dell’incompatibilità con la medesima di una disposizione del TUE, del TFUE, e di altri strumenti giuridici aventi pari valore. Come sopra accennato, l’obiettivo di questa disposizione è quello di permettere il controllo CEDU sul diritto primario UE, diritto sul quale le istituzioni non hanno potere, né di modificarlo né di dichiararne l’illegittimità; la Corte di giustizia, infatti, può esclusivamente essere chiamata ad interpretare il diritto primario dell’Unione, ma non ha alcuna competenza riguardo alla sua legittimità rispetto a parametri “esterni”, come la stessa CEDU o il diritto internazionale generale, tranne l’obbligo di interpretazione conforme dei Trattati. La posizione degli Stati membri come “signori del Trattati”, dunque, fa sì che le fonti primarie del diritto dell’Unione siano sottratte al potere di intervento delle istituzioni, e impedisce pertanto che l’Unione sia da sola chiamata a rispondere nel caso in cui la denunciata violazione della CEDU origini in una disposizione dei Trattati. Due considerazioni si impongono relativamente a questo punto. La posizione della Carta di Nizza da una parte, e, dall’altra, l’applicazione delle regole introdotte dal Trattato di Lisbona in materia di revisione dei Trattati istitutivi, che prevedono, in taluni, limitati casi, che tale revisione sfugga, almeno in parte, al potere esclusivo degli Stati membri.

La Carta di Nizza, come è noto, trova la sua origine nell’opera di elaborazione svolta da una Convenzione convocata dal Consiglio europeo appunto allo scopo di circondare l’elaborazione del catalogo dei diritti fondamentali dell’Unione di un dibattito, una partecipazione e un consenso più ampi. Fu poi solennemente proclamata dai presidenti delle tre istituzioni politiche dell’Unione (Consiglio, Parlamento, Commissione), in occasione del Consiglio europeo di Nizza del 2000 e soggetta a qualche modifica nel 2007, in occasione della CIG che ha condotto al Trattato di Lisbona. La Carta, però, ha acquisito valore giuridico di diritto primario solo a seguito della previsione in tal senso inserita nell’art. 6 TUE, previsione ratificata da tutti gli Stati membri. Nel caso della Carta di

Nizza, dunque, istituzioni e Stati membri condividono, in qualche maniera, la titolarità dell'atto, se non sotto il profilo formale – la Carta ha assunto solo attraverso l'art. 6 TUE la natura di norma convenzionale – certamente sotto il profilo sostanziale.

Un discorso sostanzialmente simile può essere svolto con riferimento al nuovo art. 48 TUE, il quale prevede, accanto alla tradizionale procedura di revisione dei Trattati di stampo internazionalistico, alcune procedure di revisione semplificate, che coinvolgono le istituzioni congiuntamente agli Stati membri, o che addirittura escludono la partecipazione degli Stati membri. Benché quest'ultimo caso riguardi esclusivamente modifiche di carattere procedurale (passaggio dal voto all'unanimità alla maggioranza qualificata, o da una procedura legislativa speciale alla procedura legislativa ordinaria), è interessante la linea di tendenza di introdurre la possibilità per le istituzioni di intervenire in modo pressoché autonomo sul diritto primario. Anche nei casi in cui l'art. 48 prevede il concorso degli Stati membri, come avviene nella prima procedura di revisione semplificata, applicabile alla parte del TFUE relativa alle politiche interne dell'Unione, tuttavia, si può ragionare in modo analogo alle considerazioni svolte sulla Carta di Nizza: Stati membri e istituzioni condividono in qualche maniera il potere, e dunque la responsabilità, in ordine alle modifiche al diritto primario. Ma non basta: la prassi di convocare una convenzione dalla partecipazione più ampia rispetto alle tradizionali conferenze intergovernative, inaugurata con la Carta di Nizza, è stata seguita anche in occasione della redazione del progetto di Trattato costituzionale, i cui contenuti, come è noto, sono stati in larga misura trasfusi nel Trattato di Lisbona. E tale medesima procedura è stata a sua volta codificata nella procedura di revisione ordinaria dei Trattati (art. 48, par. 3, TUE), che prevede la convocazione di una convenzione aperta a rappresentanti dei parlamenti e dei governi nazionali e delle istituzioni europee, per tutte le revisioni più importanti da apportare ai Trattati. Tutti questi elementi della prassi degli ultimi anni si combinano poi con le più ampie riflessioni che si possono fare – e che sono effettivamente state fatte – relativamente alla natura giuridica dei Trattati europei, mero strumento di cooperazione giuridica internazionale o “carta costituzionale di una comunità di diritto”²⁵?

Sotto il profilo della posizione processuale di fronte alla Corte EDU, appare in tutta evidenza come la delimitazione dei poteri in questi casi sia sfumata, e quanto grande sia l'interesse che istituzioni e Stati membri hanno a mantenere il carattere interno delle relative procedure decisionali. Tuttavia, è opportuno ribadire che il potere interpretativo della Corte di giustizia avrebbe potuto porre l'Unione al riparo da eventuali ricorsi diretti contro il diritto primario, e certamente evitato la necessità di ricorrere al meccanismo del doppio convenuto.

²⁵ Non è evidentemente questa la sede per approfondire questo tema. Mi limito a rinviare alle considerazioni di J. H. H. WEILER, U. HALTERN, *The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass*, in *Harvard International Law Journal*, 1996, p. 411 ss., trad. it. *L'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario: Alice nel paese degli specchi*, in J. H. H. WEILER (a cura di), *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 391 ss.

Peraltro, mi pare che la scelta effettuata confermi la diffidenza degli Stati membri verso qualsiasi forma di “costituzionalizzazione” dei Trattati.

Tornando al funzionamento del meccanismo di *co-respondency*, il terzo ed ultimo caso in cui esso è applicabile è quello descritto al par. 4 dell'art. 3, che costituisce una composizione di entrambi i casi precedentemente descritti. La situazione è quella di un ricorso indirizzato ad entrambi, Unione europea e uno o più Stati membri. Se ricorrono i presupposti di uno dei due casi precedenti (la presunta violazione da parte dello Stato membro è stata provocata dall'aver esso ottemperato a un obbligo derivante dal diritto dell'Unione, o la presunta violazione da parte dell'Unione è stata causata dall'impossibilità di violare una norma del diritto primario dell'Unione stessa), l'uno o l'altro dei convenuti può chiedere di cambiare la propria posizione processuale in quella di secondo convenuto. Di conseguenza, in quest'ultimo caso, la posizione di secondo convenuto spetta al soggetto – Unione o Stato membro – che non è direttamente autore della presunta violazione, ma il cui atto ha costituito la base giuridica della violazione stessa.

Da quanto appena detto si evince che la posizione del secondo convenuto differisce sia da quella del terzo interveniente, che può presentare commenti scritti e partecipare alle udienze, ma non è a tutti gli effetti una parte del procedimento, sia da quella del convenuto. Infatti, secondo il nuovo par. 4 che sarà aggiunto all'art. 36 della CEDU, un *co-respondent* è una parte del procedimento. Meno chiara è, almeno a prima vista, la differenza tra il convenuto e il *co-respondent*, a parte il carattere volontario della partecipazione di quest'ultimo al procedimento.

6. Fondamentalmente qui si apre il problema essenziale, sopra accennato, che è quello della struttura molecolare stessa dell'Unione. Il commento all'art. 3 sostiene che il meccanismo di cui si è finora discusso serve essenzialmente a impedire che un ricorso sia dichiarato inammissibile nei confronti di una delle parti (qualora entrambi i soggetti comparissero come convenuti) perché inammissibile *ratione personae* (in altre parole, perché quella parte non sarebbe direttamente autore della violazione). In realtà la situazione è assai più complessa. Si vuole evitare che la Corte EDU sia chiamata a introdursi nelle pieghe, non sempre ben delineate, delle competenze rispettive di Unione e Stati membri, della portata degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione, dell'estensione del potere discrezionale degli Stati membri nel dare attuazione agli atti dell'Unione. Tanto per fare un esempio, in un caso che investa misure nazionali di attuazione di una direttiva, la Corte di Strasburgo potrebbe trovarsi a dover valutare se la direttiva è stata attuata correttamente, il che comporterebbe un'interpretazione del diritto UE e una valutazione del margine di discrezionalità degli Stati membri. Per altro verso, nello stesso esempio, si vuole anche impedire che lo Stato membro invochi la propria mancanza di discrezionalità per sottrarsi alla responsabilità. Tutto ciò si vuole evitare attraverso il meccanismo di *co-respondency*. Se *prima facie* la violazione statale deriva dall'attuazione di un obbligo di diritto UE, l'Unione chiederà lo *status* di *co-respondent*, affiancherà cioè lo Stato

membro o gli Stati membri coinvolti nel procedimento, e sarà vincolata, alla stessa stregua di questi, alla sentenza che ne seguirà. Lo stesso si verificherà per lo Stato membro o gli Stati membri, nel caso in cui la violazione discenda da una disposizione del diritto primario. In sostanza, il meccanismo di *co-respondency* intende trasferire sul piano interno all'Unione il momento dell'attribuzione della titolarità e della responsabilità per la condotta illecita, evitando che tale operazione sia effettuata dalla Corte EDU. D'altra parte, la struttura dell'Unione, e il carattere integrato degli ordinamenti – europeo e degli Stati membri – che concorrono a dare forma a tale struttura, fanno sì che la produzione giuridica che ne deriva sia il frutto di un unico procedimento complesso e strutturato in modo unitario, al cui interno si possono individuare diverse fasi, al livello di istituzioni europee e nazionali, facenti capo ad attori decisionali diversi, ma in cui al tempo stesso è arduo tracciare in modo definito confini e limiti delle rispettive competenze e responsabilità.

Applicando il meccanismo previsto dal progetto di accordo, dunque, il problema necessariamente si sposta alla fase successiva di accertamento del soggetto tenuto alla riparazione. Dal commento al *draft* quanto appena detto emerge con molta chiarezza, proprio nell'ambiguità del testo. In un primo momento, nel commento della disposizione relativa ai ricorsi diretti contro l'Unione e gli Stati membri, si legge che la parte che diventa *co-respondent* dovrebbe essere la parte che non è responsabile per l'atto o l'omissione che ha causato la presunta violazione, ma solo per la base giuridica di tale atto o omissione²⁶. Più avanti però, nello spiegare gli effetti del meccanismo, il commento precisa che il convenuto e il secondo convenuto possono essere congiuntamente responsabili (*jointly responsible*) per la presunta violazione rispetto alla quale una parte contraente è diventata *co-respondent*. E prosegue precisando che, se la Corte dovesse accertare la violazione, ci si attende che lo faccia appunto congiuntamente contro il *respondent* e il *co-respondent*; in caso contrario ci sarebbe il rischio che la Corte debba statuire circa la distribuzione delle competenze tra l'Unione e i suoi Stati membri²⁷. Tuttavia, non sembra potersi ricavare né dal testo né dal commento, che la Corte EDU, una volta accettato l'intervento del *co-respondent*, sia tenuta a pronunciarsi per una responsabilità congiunta. Sembra rimanere, infatti, impregiudicata la possibilità per la Corte di stabilire l'esclusiva responsabilità dell'uno o dell'altro dei soggetti coinvolti, ma in tal caso tutta la costruzione perderebbe gran parte della sua utilità, in quanto la Corte potrebbe raggiungere tale determinazione solo attraverso una valutazione della divisione dei poteri all'interno dell'Unione²⁸.

Dalla ricostruzione appena effettuata mi sembra di poter ricavare che nei casi in cui si applica il descritto meccanismo di *co-respondency*, si vada a verificare

²⁶ V. p. 18 del citato progetto.

²⁷ V. il citato progetto, a p. 19.

²⁸ Al riguardo v. J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1016, il quale teme proprio che, nonostante il commento indichi la scelta della *joint responsibility* come regola, la Corte disponga comunque dell'opzione di indicare essa stessa l'unico responsabile, così vanificando lo sforzo di tenerla fuori dalla determinazione delle divisione dei poteri all'interno dell'Unione.

una distinzione tra il soggetto *autore* della violazione e il soggetto *responsabile* della violazione stessa. In altre parole, sia nel caso del comportamento statale posto in essere in attuazione di un obbligo UE, sia nel caso del comportamento delle istituzioni UE posto in essere in attuazione di un obbligo derivante dai Trattati, il soggetto cui la violazione è attribuibile è un soggetto – nel primo caso uno o più Stati membri, nel secondo l'Unione – mentre il responsabile è un altro soggetto, l'Unione che ha adottato misure contrarie alla CEDU e obbligatorie per gli Stati membri nel primo caso, questi ultimi, “autori” dei Trattati, nel secondo. Tale scollamento tra imputabilità del comportamento e responsabilità può trovare un fondamento nel diritto internazionale, come si ricava dagli articoli 14-18 e 58-62 del Progetto della CDI sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali, nonché dall'art. 48, dai quali emerge la possibilità di una responsabilità congiunta dell'organizzazione internazionale e dei suoi Stati membri (*joint and several*)²⁹. Infatti, la regola generale in materia di responsabilità è che lo Stato è comunque responsabile della propria condotta, anche se questa è frutto di un obbligo vincolante per lo Stato stesso, tranne nel caso in cui esso ponga i suoi organi a disposizione e sotto l'esclusivo controllo dell'organizzazione (in questo caso gli organi statali diventerebbero organi *de facto* dell'organizzazione). I casi presi in considerazione dagli articoli del progetto sulla responsabilità delle organizzazioni, sopra citati, sono quelli dell'utilizzo fraudolento del vincolo tra organizzazione e Stati membri, per cui l'una o gli altri approfittano di tale vincolo per impunemente commettere violazioni di obblighi internazionali³⁰. Resta comunque aperta la possibilità, prevista anche dal citato Progetto CDI, di dare vita mediante accordo a regimi speciali di responsabilità (art. 64), e quello istituito dall'accordo di adesione dell'UE alla CEDU potrebbe rientrare in questa categoria.

Nella prassi finora sviluppata in materia di rapporti fra Unione e Stati membri, in assenza di adesione dell'Unione alla CEDU, la Corte di Strasburgo ha

²⁹ L'art. 48 del progetto di articoli sulla responsabilità internazionale delle organizzazioni internazionali prevede infatti la possibilità che sia l'organizzazione sia uno o più Stati membri siano responsabili per il medesimo atto illecito. Questo si verifica nei casi descritti agli articoli 14-18 (responsabilità di un'organizzazione in connessione con un atto di uno Stato) e 58-62 (responsabilità di uno Stato in connessione con un atto dell'organizzazione) del medesimo progetto. Durante i lavori della CDI, la Commissione ha sostenuto l'attribuzione all'UE della responsabilità degli Stati membri quando danno esecuzione ad atti UE vincolanti, affermando che ciò avverrebbe in virtù di una *special rule* in base alla quale gli Stati membri agirebbero quali organi *de facto* dell'Unione. Nel corso di questo negoziato, invece, sembra che la Commissione tenda a preferire una soluzione di tipo *Bosphorus*: uno Stato non si può liberare dei suoi obblighi CEDU trasferendo funzioni a un'organizzazione internazionale (ma, come vedremo, questo approccio è strettamente legato al fatto che l'organizzazione internazionale in questione non sia parte contraente della CEDU). A me sembra che, al di là dell'approccio teorico, quello che veramente sta a cuore alla Commissione è preservare l'autonomia della struttura dell'Unione, ed evitare che spetti alla Corte EDU statuire sulle rispettive competenze e responsabilità dell'Unione e degli Stati membri.

³⁰ V. il commento della CDI agli articoli citati, in particolare, per quanto ci interessa, agli articoli 17 e 61 del Progetto.

elaborato dei criteri di carattere generale, che troviamo enunciati nella articolata argomentazione della sentenza nel caso *Bosphorus*, in cui la Corte di Strasburgo ha esaminato il caso di una presunta violazione dei diritti CEDU da parte di uno Stato membro per un comportamento posto in essere in esecuzione di un regolamento comunitario. Vale la pena di riprendere in mano l'argomentazione svolta dalla Corte in quell'occasione, benché nota, in quanto mi pare che potrebbe avere implicazioni in caso di futura adesione dell'UE alla CEDU. In sostanza, disse la Corte nel caso *Bosphorus*, gli Stati, pur liberi di trasferire a un'organizzazione sovranazionale parte dei loro poteri sovrani, non possono tuttavia farsi scudo delle competenze di tale organizzazione per sfuggire ai propri obblighi derivanti dalla CEDU (è il caso preso in considerazione dall'art. 61 del progetto CDI 2011). Il presupposto di questo ragionamento era il seguente: "Even as the holder of such transferred sovereign power, that organisation is not itself responsible under the Convention for proceedings before, or decisions of, its organs *as long as it is not a Contracting Party*" (par. 152). Evidentemente, con l'adesione, l'Unione diventerà *Contracting Party*, e i presupposti dell'approccio *Bosphorus* sono destinati a mutare. Diventando l'Unione una Parte contraente, essa dovrà essere "itself responsible" per l'esercizio delle proprie competenze in modo incompatibile con la Convenzione. Per altro verso, l'adesione dell'Unione dovrebbe far venire meno anche la presunzione di conformità con i diritti CEDU che la Corte aveva enunciato nella medesima pronuncia: "in the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides (...). By 'equivalent' the Court means 'comparable'; any requirement that the organisation's protection be 'identical' could run counter to the interest of international cooperation pursued (...). However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights protection (...) the Court finds that the protection of fundamental rights by Community law can be considered to be, and to have been at the relevant time, 'equivalent' (...) to that of the Convention system"³¹. La Corte di Strasburgo raggiunse tale conclusione, come è noto, sulla base di considerazioni come l'esistenza della Carta di Nizza, largamente ispirata alla CEDU, e sull'impegno della Corte di giustizia nella tutela dei diritti fondamentali. Tale presunzione di conformità, che ad autorevole dottrina ricorda da vicino la giurisprudenza *Solange* della Corte costituzionale tedesca, sarà mantenuta anche in presenza dell'adesione dell'Unione alla CEDU? A me pare che una simile presunzione discenda, nel ragionamento della Corte, dal presupposto dell'impossibilità di assoggettare l'Unione in quanto tale, e i suoi atti, al sindacato CEDU. Che essa sia conservata in presenza di un accordo di adesione avrebbe la conseguenza di diversificare

³¹ Paragraph 155 e 165.

il trattamento riservato all'Unione da quello di tutte le altre parti contraenti, in modo del tutto arbitrario³².

Come si vede, i problemi, sia teorici che pratici³³, sono di non scarsa rilevanza, e dalle soluzioni approntate non sembra emergere con chiarezza come essi verranno risolti. Il meccanismo, così come congegnato, se prevarrà la soluzione della *joint responsibility* come inevitabile conseguenza della partecipazione congiunta al procedimento, lascia imprecisata l'identificazione del soggetto obbligato a dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU, con grave pregiudizio per i diritti dei ricorrenti. Tale determinazione dovrà probabilmente avvenire sul piano interno all'Unione, e ciò richiederà la predisposizione di un apposito meccanismo (giurisdizionale? Politico? A sua volta soggetto al controllo sul rispetto dei diritti umani?). Alla luce di quanto precede, appare in tutta evidenza quanto poco soddisfacente sia un tale sistema ai fini della certezza del diritto e della realizzazione dell'obiettivo stesso dell'adesione dell'Unione alla CEDU, che è quello di rendere più efficace ed effettiva la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione.

7. Il progetto di accordo di adesione prevede, in applicazione di un criterio di sussidiarietà, che in linea di principio l'intervento della Corte EDU sia successivo alla pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito alla presunta violazione dei diritti umani da parte o per effetto di una disposizione di diritto UE. Infatti, l'art. 3, par. 6, del *draft* prevede che nei casi in cui l'Unione è *co-respondent*³⁴, alla Corte di giustizia sia offerto tempo sufficiente per pronunciarsi sulla compatibilità delle disposizioni UE controverse con i diritti tute-

³² Al riguardo v. G. GAJA, *The Review by the European Court of Human Rights of Member States' Acts Implementing European Union Law: "Solange" Yet Again?*, in *Volkerrecht als Wertordnung/Common Values in International Law, Festschrift für Christian Tomuschat*, Kehl, 2006, p. 517 ss.

³³ Altro problema pratico e politico da non sottovalutare è costituito dal possibile presentarsi di una situazione di disaccordo tra Unione e Stati membri relativamente a un ricorso, per cui l'una o l'altra non richiedono di assumere lo *status* di secondo convenuto (sul punto si veda P. IVALDI, C. E. TUO, *op. cit.*, p. 21).

³⁴ Nei casi in cui l'Unione figura come convenuto principale, infatti, si applica ad essa, come a tutte le altre parti contraenti della CEDU, la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, pertanto il ricorso può essere dichiarato inammissibile dalla Corte EDU se presentato prima che la Corte di giustizia abbia avuto modo di pronunciarsi. Quando l'Unione è *co-respondent*, viceversa, convenuto principale è uno o più Stati membri, agenti sulla base di una norma di diritto UE, ma può avvenire che la Corte di giustizia non sia stata investita della questione. Il progetto di accordo non considera il caso opposto, che può anche presentare un qualche interesse, quello cioè dello Stato membro che assuma la posizione di *co-respondent*, e i cui giudici nazionali non abbiano avuto l'opportunità di pronunciarsi. Dal momento che come si è detto *supra* nel testo ciò dovrebbe avvenire nell'ipotesi di violazione dei diritti umani che investano il diritto primario dell'Unione, ci si muoverebbe in questo caso probabilmente al livello di Corti costituzionali nazionali, le sole in grado di statuire relativamente all'incompatibilità (delle leggi di esecuzione) dei Trattati istitutivi dell'Unione con i diritti fondamentali. Si apre, a questo punto, uno scenario in cui la CEDU si affiancherebbe ai valori fondamentali delle costituzioni nazionali nella ricostruzione di quello zoccolo duro di "controlimiti" alle limitazioni di sovranità di cui

lati dalla CEDU prima che la Corte EDU si pronunci. A questo fine, si dovrà studiare un apposito meccanismo che permetta alla Corte di giustizia di pronunciarsi nei casi in cui essa non sia stata chiamata in causa in precedenza. Quest'ultima situazione, peraltro, è destinata a presentarsi solo qualora nel corso dei procedimenti di fronte ai giudici nazionali non sia stato proposto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, il che, come è noto, è in linea di massima obbligatorio per i giudici di ultima istanza. Dunque da una parte il mancato ricorso al rinvio pregiudiziale costituisce una violazione del diritto dell'Unione da parte dello Stato membro interessato³⁵, dall'altro, però, appare comunque difficile considerare l'avvenuto coinvolgimento della Corte di giustizia come un elemento del previo esaurimento dei ricorsi interni, mentre la sua mancanza potrebbe essere considerata anche una violazione, da parte dello Stato interessato, non solo di un obbligo UE, ma anche del diritto essenziale alla tutela giurisdizionale garantito dalla CEDU all'art. 6³⁶. Sono state suggerite possibili soluzioni a diritto costante³⁷, ma con ogni probabilità sarà necessario procedere a un intervento normativo, non necessariamente attraverso una revisione dei Trattati. Non sarebbe la prima volta che con un atto diverso dalla revisione dei Trattati si attribuisce una nuova competenza alla Corte di giustizia, basti pensare ai Protocolli sull'interpretazione delle Convenzioni di Bruxelles del 1968 e di Roma del 1990, e d'altra parte la stessa Corte non ha mai escluso la possibilità che un accordo esterno preveda nuove competenze per le giurisdizioni dell'Unione, purché siano compatibili con l'architettura giurisdizionale dei Trattati³⁸. Non è mia intenzione entrare nel merito di questo dibattito, ma solo svolgere

ha parlato la Corte costituzionale italiana (sentenza n. 183/73, *Frontini*, disponibile sul sito web www.giurcost.org).

³⁵ Al riguardo v. R. BARATTA, *National Courts as "Guardians" and "Ordinary Courts" of EU Law: Opinion 1/09 of the ECJ*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2011, p. 297 ss., in particolare p. 310 ss., dove sono analizzate le possibili implicazioni della ricostruzione dell'architettura giurisdizionale dell'Unione effettuata dalla Corte nel parere 1/09 per il negoziato relativo all'adesione alla CEDU.

³⁶ A questo proposito è stato addirittura osservato che la violazione dell'art. 6 CEDU dovuta al mancato previo esaurimento dei ricorsi interni per il mancato coinvolgimento della Corte di Lussemburgo attraverso il rinvio pregiudiziale assorbirebbe il sindacato della Corte EDU, così precludendo a quest'ultima l'esame della questione sostanziale che aveva dato origine al ricorso (v. R. BARATTA, *op. cit.*, p. 311 ss.). L'a. citato conclude che tutti questi argomenti militano a favore della necessità di prevedere nell'accordo di adesione un meccanismo per il coinvolgimento preventivo della Corte di giustizia ogni volta che la questione sottoposta alla Corte EDU abbia alla base un atto UE e non sia stato effettuato un rinvio pregiudiziale nel corso dei procedimenti nazionali, e questo non solo perché un tale sistema meglio si adatterebbe al carattere sussidiario della giurisdizione della Corte di Strasburgo, ma anche perché sarebbe meglio in grado di preservare l'assetto della tutela giurisdizionale dei diritti individuali nel sistema dell'Unione.

³⁷ In tema v. T. LOCK, *op. cit.*, p. 1041 ss., che suggerisce di abilitare la Commissione a presentare un ricorso *ex art.* 263 TFUE in casi del genere, con l'unica particolarità che non si tenga conto dei termini di due mesi che, nel caso di ricorso pendente davanti alla Corte EDU, saranno inevitabilmente scaduti.

³⁸ Così come da ultimo delineata, sulla base dell'art. 19 TUE, dalla Corte nel già citato parere 1/09.

qualche considerazione riguardo a un aspetto particolare del problema, ma di grande importanza per la struttura del sistema giurisdizionale dell'Unione europea, quello dell'estensione delle rispettive competenze giurisdizionali della Corte di giustizia e della Corte EDU relativamente al diritto dell'Unione, per verificare l'esistenza di asimmetrie e valutare possibili soluzioni.

Si deve partire dal considerare la portata del controllo dell'una e dell'altra Corte rispetto alla tutela dei diritti fondamentali. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha il compito di "assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli" (art. 19 CEDU). Gli impegni in parola sono quelli di cui all'art. 1 della Convenzione stessa: "le Alte parti contraenti riconoscono a tutte le persone sotto la propria giurisdizione i diritti e le libertà definiti al titolo I della presente Convenzione". Da tale formulazione si ricava innanzitutto che i diritti CEDU devono essere garantiti a prescindere da considerazioni legate alla nazionalità della persona interessata. In secondo luogo, per ricostruire la nozione di giurisdizione ai fini della Convenzione, si può far riferimento alla sentenza nel caso *Bosphorus*, dove la Corte affermò: "On the other hand, it has also been accepted that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure, concerned and does not exclude any part of a Contracting Party's 'jurisdiction' from scrutiny under the Convention"³⁹. In una competenza così definita rientrano tutti i comportamenti posti in essere dalle autorità delle Parti contraenti, sotto forma di azioni, omissioni, atti legislativi, decisioni amministrative, decisioni giudiziarie, misure di polizia, che la Corte è chiamata a valutare rispetto al parametro di legittimità costituito dai diritti tutelati dalla Convenzione. Per quanto riguarda il diritto dell'Unione europea, alla giurisdizione della Corte EDU sono soggetti, analogamente a quanto accade per tutte le altre parti contraenti, tutti gli atti ed omissioni delle istituzioni, ivi compresi quelli rientranti nell'ambito della PESC, incluse le azioni poste in essere in occasione di missioni od operazioni effettuate al di fuori del territorio degli Stati membri⁴⁰.

Sul versante dell'Unione, invece, come è noto la giurisdizione della Corte di giustizia è limitata da quanto stabilito dall'art. 275 TFUE: in particolare essa è esclusa dall'intero titolo del TUE dedicato alla PESC; inoltre, essa non si può pronunciare su questioni relative agli atti adottati dalle istituzioni nel quadro

³⁹ Sentenza *Bosphorus*, cit., par. 153. Sul punto v. anche A. POTTEAU, *op. cit.*, p. 88 ss.

⁴⁰ Al riguardo v. le considerazioni di A. POTTEAU, *op. cit.*, p. 90 ss., secondo il quale da una parte una riserva posta dall'Unione alla Convenzione e volta ad escludere l'intero settore della PESC dalla giurisdizione della Corte di Strasburgo sarebbe probabilmente inammissibile, dall'altro la giurisdizione sulle missioni fuori area non sarebbe esclusa dal principio della territorialità della giurisdizione, in quanto la Corte si è a più riprese pronunciata per una applicazione extraterritoriale della CEDU (v. *ivi*, nota 48 e la giurisprudenza *ivi* citata).

della PESC. Ai sensi dell'art. 275 TFUE, infatti, la Corte può essere chiamata a pronunciarsi esclusivamente sul rispetto dell'art. 40 TUE, e sui ricorsi di annullamento proposti da individui e riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo 2, del TUE. L'art. 40 TUE nel testo di Lisbona costituisce lo spartiacque tra la PESC, ancora prevalentemente intergovernativa, e gli altri settori di azione dell'Unione, ormai pressoché completamente confluiti nel metodo comunitario. Rispetto alla previgente disposizione, che era l'art. 47 TUE, l'art. 40 è diventato una vera e propria linea di confine tra i due ambiti dell'azione dell'Unione⁴¹, sul cui rispetto la Corte è chiamata a vigilare⁴². Sulla base della giurisprudenza precedente, e anche in assenza di pronunce basate sul nuovo testo, possiamo affermare che la disposizione di cui ci occupiamo permette alla Corte di prendere in esame gli atti PESC, ma esclusivamente sotto il profilo della base giuridica su cui sono fondati. Tale controllo, tuttavia, non è del tutto privo di influenza sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali, dal momento che l'adozione di un atto PESC è priva di tutte quelle garanzie procedurali e giurisdizionali che circondano invece gli atti adottati negli altri settori UE. Tuttavia, la Corte nel suo esame di un atto PESC non può spingersi oltre ed entrare nel merito della sua conformità con la CEDU, cosa che invece la Corte EDU è abilitata senz'altro a fare.

È vero peraltro che le situazioni in cui un problema di tutela dei diritti fondamentali si potrebbe porre più di frequente sono quelle collegate all'adozione di misure restrittive di carattere individuale, misure sulle quali la Corte di giustizia gode di giurisdizione, con un'eccezione all'assenza di giurisdizione in ambito PESC che è stata introdotta proprio nell'intento di assicurare agli individui destinatari di misure restrittive il diritto a una revisione giurisdizionale delle misure stesse⁴³.

Una situazione ancora diversa si ha nel caso di un accordo internazionale concluso sulla base giuridica dell'art. 37 TUE, rientrante dunque nel settore della PESC, secondo le procedure di cui all'art. 218 TFUE. In questo caso, nulla

⁴¹ Finora la Corte non ha avuto occasione di intervenire sull'interpretazione dell'art. 40. Sono però pendenti alcuni ricorsi individuali diretti contro decisioni che introducono misure restrittive contro l'Iran e contro individui che invocano, tra gli argomenti, la violazione dell'art. 40 TUE, in quanto gli atti impugnati sono stati adottati sulla base giuridica dell'art. 29 TUE mentre la corretta base giuridica ad avviso dei ricorrenti avrebbe dovuto essere l'art. 75 TFUE, che tra l'altro prevede la procedura di codecisione per l'adozione degli atti (ricorso proposto il 7 gennaio 2011, causa T-7/11, *Bank Mellî Iran c. Consiglio*, *GUUE* C 63, 26 febbraio 2011, p. 30; v. anche gli analoghi ricorsi presentati in pari data: causa T-12/2011, *Iran Insurance c. Consiglio*, e causa T-13/2011, *Post Bank Iran c. Consiglio*, *ivi*, rispettivamente pp. 31 e 32)

⁴² Sulla giurisprudenza relativa alla precedente versione della disposizione in esame, si veda A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2006, p. 327 ss.

⁴³ Al riguardo, si veda A. MIGNOLLI, *Art. 275 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Napoli, 2012, p. 1994 ss.

sembra escludere che un tale accordo (esclusivamente PESC o anche caratterizzato da *cross-pillar mixity*, cioè avente carattere trasversale e fondamento giuridico in più norme dei Trattati, sia relative alla PESC, sia alle cosiddette politiche materiali), sia soggetto al sindacato preventivo della Corte attraverso la richiesta di parere di cui all'art. 218, par. 11. Tale sindacato preventivo ha per oggetto, come è noto, la compatibilità dell'accordo previsto con i Trattati e, dunque, anche con i diritti fondamentali. Il profilo problematico è però il fatto che tale controllo non è obbligatorio, ma solo eventuale e dipende dalla circostanza che uno dei soggetti legittimati (Stati membri, Parlamento europeo, Consiglio e Commissione) lo richieda.

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere che nella più gran parte dei casi la Corte di giustizia avrà giurisdizione relativamente alla misura in questione, anche se si tratta di un atto PESC. Rimane tuttavia un numero significativo di situazioni in cui la giurisdizione sulla tutela dei diritti fondamentali può rivelarsi asimmetrica, ed è essenzialmente il caso degli atti PESC che istituiscono missioni civili o militari di gestione delle crisi, i quali effettivamente possono avere delle ripercussioni sulla sfera giuridica di individui, e possono pertanto costituire l'oggetto di ricorsi davanti alla Corte EDU. L'ipotesi tipica è quella di un comportamento lesivo di un diritto individuale posto in essere da un organo statale in esecuzione di un atto PESC; in un caso del genere, l'UE potrebbe figurare come *co-respondent*, ma difficilmente la Corte di giustizia potrebbe essere chiamata a pronunciarsi prima della Corte di Strasburgo⁴⁴, a meno di modificare radicalmente l'attuale assetto del sistema giurisdizionale UE. La previsione di una via di ricorso *ad hoc* nel caso appena descritto, costituendo una deroga a una espressa previsione del Trattato (l'art. 275 TFUE), dovrebbe infatti essere introdotta attraverso la procedura di revisione.

Esiste dunque la concreta possibilità di un'eventuale asimmetria nel controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali. Ma si potrebbe dire di più: ancora facendo riferimento alla sentenza *Bosphorus*, è noto che in quell'occasione la Corte di Strasburgo respinse il ricorso anche sulla base della considerazione che la Comunità/Unione rispondesse ai requisiti da essa stabiliti per una presunzione di conformità ai diritti garantiti dalla Convenzione, sulla base del principio che "State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides". Per quanto riguarda i settori che rimangono del tutto al di fuori della giurisdizione della Corte, gli indicati requisiti non sarebbero rispettati, e di conseguenza *a fortiori* la Corte EDU sarebbe indotta ad esercitare il suo sindacato.

L'auspicio è che questa situazione di ambiguità e di possibile frammentazione del sindacato giurisdizionale possa costituire l'occasione e la spinta per

⁴⁴ Su questi problemi v. diffusamente J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 1023 ss.

decidere di completare la copertura giurisdizionale del diritto dell'Unione, almeno sotto l'essenziale profilo del controllo del rispetto dei diritti fondamentali.

8. A conclusione di queste riflessioni sullo stato dei negoziati tra Unione europea e organi del Consiglio d'Europa per l'adesione dell'Unione alla CEDU, si può osservare come non tutti i problemi siano stati risolti. Molte questioni rimangono infatti da definire, alcune di esse rilevanti sul piano negoziale, altre sul piano interno dell'Unione, ma non per questo di minore importanza.

Sul piano negoziale, permangono dubbi sulla posizione processuale del *co-respondent*, soprattutto per quanto riguarda l'individuazione del soggetto responsabile della violazione. L'esigenza di preservare l'autonomia del diritto dell'Unione e il carattere interno della ripartizione delle competenze rischia di comportare per i singoli una difficoltà aggiuntiva di individuazione del soggetto obbligato a dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU, qualora questa, come appare probabile, dovesse pronunciarsi per la responsabilità congiunta dei due soggetti (Stati membri e Unione).

Le disposizioni del progetto di accordo di adesione sul meccanismo di *co-respondency* e quelle sulla possibilità per la Corte di giustizia di pronunciarsi prima della Corte EDU nei casi in cui l'Unione figuri come *co-respondent* (casi in cui, pertanto, non si applica il principio del previo esaurimento delle vie di ricorso interne, in quanto l'Unione non è il soggetto contro il quale il ricorrente ha agito⁴⁵) lanciano la palla all'Unione, la quale dovrà predisporre al suo interno meccanismi idonei a risolvere i problemi posti da quelle disposizioni. Per dare esecuzione al testo dell'accordo di adesione, se dovesse restare come quello concordato a giugno 2011, l'Unione dovrebbe dotarsi di una procedura decisionale per stabilire, dopo ogni sentenza della Corte EDU di condanna congiunta di Unione e uno o più Stati membri, chi è il soggetto tenuto a dare esecuzione alla sentenza ed eventualmente a versare la riparazione al ricorrente, sulla base delle regole interne sulla ripartizione delle competenze, da applicare anche alla ripartizione della responsabilità. Ora, dato l'assetto del sistema UE di ripartizione delle competenze, una tale procedura dovrebbe essere giurisdizionale, dal momento che è la Corte di giustizia l'organo competente ad assicurare il rispetto del diritto nel sistema UE e, in particolare, spetta alla Corte statuire sui conflitti di competenze tra Unione e Stati. Attribuire tale potere alle istituzioni politiche dell'UE o, peggio, farne oggetto di una procedura negoziale tra le istituzioni dell'Unione e i governi degli Stati membri interessati costituirebbe a mio avviso una grave crepa nel sistema giuridico su cui si fonda l'Unione. Una soluzione, basata sul carattere integrato del sistema giuridico europeo cui si accennava nelle pagine precedenti, potrebbe essere quella di mantenere, anche in fase di

⁴⁵ A questo proposito sorge il dubbio di come debba essere trattata la situazione inversa: se è lo Stato membro a comparire come *co-respondent*, perché il caso riguarda una disposizione dei Trattati, si dovrà trovare un modo per permettere alle Corti nazionali di pronunciarsi sulla questione?

esecuzione della sentenza e di riparazione, una posizione e un ruolo congiunti di istituzione e Stati.

In secondo luogo, come si è detto, l'Unione dovrebbe dotarsi di una procedura, questa certamente giurisdizionale, per permettere alla Corte di giustizia di pronunciarsi prima della Corte EDU nei casi in cui l'Unione sia *co-respondent* nel procedimento. Anche questo dunque da problema negoziale diventa un problema interno, e istituzioni e Stati membri si dovranno interrogare sulle diverse opzioni a loro disposizione. Utilizzare i mezzi di ricorso esistenti, o introdurre un nuovo procedimento speciale *ad hoc*? E in quest'ultimo caso, si può fare con un atto di diritto derivato, o occorre ricorrere alla procedura di revisione? E soprattutto, avranno gli Stati membri il coraggio di estendere tale controllo a tutti gli atti PESC? Come si vede, gli interrogativi che si pongono e le questioni aperte sono ancora molte; è una sfida per il comitato *ad hoc*, che ha ora il compito di concludere rapidamente i negoziati per la definizione degli strumenti giuridici per l'adesione dell'Unione alla CEDU. Tuttavia, come si è visto, tale conclusione costituirà solo il primo passo, in quanto toccherà poi all'Unione definire gli ulteriori strumenti e procedure che dovranno permettere al nuovo sistema di funzionare.

Abstract

The Draft Accession Agreement of the European Union to the European Convention on Human Rights: Some Critical Remarks

The article analyses the 2011 draft agreement between the European Union and the Council of Europe on the Union's accession to the European Convention on Human Rights. The study highlights some of the most controversial issues in the negotiations for accession, namely the co-respondency mechanism envisaged by the draft agreement in order to preserve the autonomy of the EU legal and institutional structure, and the asymmetries that may arise in the jurisdiction of the ECJ and the ECtHR respectively relating to human rights in the EU legal system. The article concludes that many problems still remain unsolved, and it is up to the EU institutions to put in place adequate mechanisms to ensure compliance with the ECHR and execution of ECtHR judgements, taking into account not only the preservation of the internal balance between EU and Member States, but also, and foremost, the citizens' interest in an efficient and effective system of human rights protection at the European level.

Nicola Colacino*

Ammissibilità e limiti del sindacato giurisdizionale diffuso sulle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza

SOMMARIO: 1. Il regime delle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza: cenni generali. – 2. Le procedure di *listing* e *delisting* e i problemi di compatibilità con gli standard internazionali di tutela dei diritti dell'uomo. – 3. Argomentazioni a sostegno dell'ammissibilità di un sindacato giurisdizionale diffuso sulle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza. – 4. Analisi della prassi giurisprudenziale: la "saga" *Kadi* e altre pronunce rilevanti. – 5. Considerazioni di sintesi: la legittimità delle sanzioni individuali antiterrorismo tra *rule of law* internazionale e difesa dell'ordine pubblico europeo.

1. A partire dall'ultima decade del XX secolo, il fenomeno del terrorismo internazionale si è riproposto sulla scena mondiale con una serie di sanguinosi attentati, culminata negli attacchi dell'11 settembre 2001 e nelle stragi di Madrid, Londra, Mumbai¹.

Tale "salto di qualità" nell'azione terroristica, reso possibile grazie all'accesso a cospicue risorse finanziarie e alla complicità di alcuni regimi politici, ha costretto gli Stati ad approntare misure finalizzate a reprimerne la diffusione in un contesto non più geograficamente individuato, bensì globalizzato.

Tra le varie iniziative adottate sul piano internazionale, quella più rilevante – e discussa – è senz'altro la prassi delle c.d. "sanzioni mirate" ("*targeted*" o "*smart sanctions*") contro individui e gruppi sospettati di attività terroristiche, inaugurata dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite a partire dalla nota risoluzione 1267 del 15 ottobre 1999² (d'ora in poi risoluzione 1267). Ciò non solo per l'importanza dell'organo emanante, ma soprattutto per gli effetti pro-

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università "Niccolò Cusano" di Roma.

¹ Com'è noto, sono riconducibili al terrorismo di matrice fondamentalista (e specificamente imputabili all'organizzazione terroristica *Al-Qaida*) già gli attentati compiuti ad Aden il 29 dicembre 1992 e al *World Trade Center* il 26 febbraio 1993, ai quali hanno fatto seguito quelli alle ambasciate statunitensi di Nairobi e Dar es Salaam del 7 agosto 1998 e l'attacco al cacciatorpediniere *USS Cole* nell'ottobre del 2000.

² S/RES/1267 (1999) del 15 ottobre 1999.

dotti da tali misure, sia nella sfera giuridica dei privati destinatari, sia negli ordinamenti giuridici degli Stati membri tenuti a recepirle.

Va detto subito che il regime introdotto dalla risoluzione 1267 (poi ampliato e perfezionato da risoluzioni successive), essendo diretto a colpire soggetti privati, e non anche gli Stati membri delle Nazioni Unite, ha innovato lo schema sanzionatorio abituale del Consiglio di sicurezza³.

In linea di principio, la Carta delle N.U. non autorizza né esclude espressamente una simile eventualità, ma è appena il caso di osservare che, nel corso dei lavori della Conferenza di San Francisco, essa non era mai stata concretamente presa in esame. Il sistema di sicurezza collettiva istituito dalla Carta, infatti, deve intendersi necessariamente rivolto solo agli Stati, in particolare nei casi in cui il Consiglio di sicurezza sia chiamato a esercitare la propria potestà decisoria ai sensi del Capitolo VII.

Nella prassi, fino alla risoluzione 1267, le uniche sanzioni individuali comminate dal Consiglio di sicurezza avevano colpito esponenti di regimi politici in considerazione delle rispettive qualifiche e funzioni, rilevanti sul piano pubblicistico⁴. I destinatari delle misure stabilite dalla risoluzione 1267 (e ss.), invece, non sono titolari di alcun ufficio pubblico, né è propriamente configurabile una relazione organica o funzionale con il governo dei rispettivi Stati di appartenenza. Si può affermare, pertanto, che costoro siano stati colpiti da un regime di sanzioni internazionali *in quanto semplici privati*, a prescindere, cioè, dal rilievo pubblicistico delle rispettive qualifiche o attività.

In sostanza, il presupposto su cui poggia il regime sanzionatorio in commento è costituito dal fatto che i destinatari delle misure, in quanto ideatori, autori, complici o semplici sostenitori di azioni terroristiche, rappresentano una minaccia per l'intera comunità internazionale e per il mantenimento dell'ordine pacifico delle relazioni giuridiche internazionali. Sono, in altre parole, "nemici pubblici" internazionali e, proprio per tale ragione, possono essere assoggettati a un regime repressivo idoneo a incidere sul godimento di alcuni loro diritti.

Si è già detto, tra l'altro, che la possibilità di adottare sanzioni nei confronti di soggetti privati, pur non essendo contemplata dalla Carta, non è da questa

³ Per comprendere l'importanza della prassi in commento, occorre considerare che per la prima volta si è ammessa la possibilità di includere i *non-State actors* tra i soggetti destinatari di misure a carattere afflittivo (recanti, cioè, limitazioni all'esercizio dei loro diritti), adottate sulla base di una decisione autoritativa di un organo internazionale privo di potestà giurisdizionale. Cfr. F. SALERNO, *Il rispetto delle garanzie processuali nell'attuazione delle misure del Consiglio di Sicurezza contro il terrorismo internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, pp. 5-34, in particolare pp. 11-12.

⁴ Si pensi alle sanzioni adottate nei confronti del governo illegittimo di minoranza bianca della Rhodesia del Sud, contenute nelle risoluzioni S/RES/216 (1965) e S/RES/217 (1965), rispettivamente del 12 e del 20 novembre 1965, e nella successiva risoluzione S/RES/232 (1966) del 16 dicembre 1966, ovvero alle misure restrittive indirizzate agli esponenti del governo della Liberia per il loro sostegno all'attività del *Revolutionary United Front (RUF)* nell'ambito del conflitto in Sierra Leone (S/RES/1343 (2001) del 7 marzo 2001), o ancora alle sanzioni adottate nei confronti degli oppositori al processo di pace in Costa d'Avorio (S/RES/1572 (2004) del 15 novembre 2004).

neppure espressamente vietata. Pertanto, essa potrebbe essere considerata implicitamente ammissibile nel silenzio delle norme (“*ubi noluit, dixit*”). Inoltre, non può negarsi che, nella lotta al terrorismo internazionale, le “sanzioni mirate” possono risultare di gran lunga più efficaci rispetto a quelle – per così dire – “tradizionali”, le quali, nel colpire indiscriminatamente la popolazione di uno Stato, provocano in questa un sentimento di rivalse, determinando, quindi, un effetto opposto a quello che le stesse sanzioni mirano a ottenere.

In ultima analisi, se l’intervento del Consiglio di sicurezza si giustifica in considerazione del carattere transnazionale del fenomeno terroristico e dell’esigenza di gestire a livello unitario le diverse iniziative di contrasto, l’istituzione, a tal fine, di un regime sanzionatorio “speciale” appare motivata dall’impossibilità di ritenere gli Stati formalmente responsabili per le condotte illecite di privati che (in linea di principio) agiscono al di fuori di qualsiasi controllo e senza il consenso, nemmeno implicito, dei primi. L’aspetto più significativo della risoluzione 1267 è costituito, quindi, dal rilievo inedito attribuito alla condotta internazionalmente illecita dei destinatari delle sanzioni, che ne autorizza la repressione anche in assenza di un contestuale accertamento della responsabilità dei rispettivi Stati di nazionalità.

D’altro canto, le misure in commento, pur essendo indirizzate a colpire interessi privati e a impedire o limitare l’esercizio di diritti individuali, non possono trovare concreta attuazione se non attraverso la cooperazione degli Stati membri delle Nazioni Unite, i quali – com’è noto – sono tenuti a conformarsi alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza in forza degli obblighi derivanti dagli articoli 25 e 103 della Carta. Più precisamente, se il contenuto delle sanzioni e le procedure di designazione dei relativi destinatari sono prestabiliti dal Consiglio di sicurezza, agli Stati membri spetta di precisarne le modalità applicative nei rispettivi ordinamenti. In ciò residua un margine di autonomia normativa che, per quanto esiguo, può assumere un rilievo significativo, al fine di assicurare un corretto bilanciamento tra le opposte esigenze del contrasto al terrorismo e della tutela dei diritti umani, in particolare – come si vedrà – qualora si tratti di consentire l’esercizio di una potestà giurisdizionale di controllo sugli effetti (potenzialmente lesivi) prodotti dal regime sanzionatorio in commento.

Si osserva, inoltre, che le misure antiterrorismo, essendo state adottate da un organo privo di potestà giurisdizionale, non sono certamente assimilabili a sanzioni di natura penale *stricto sensu*, alla stregua di quelle comminate dai Tribunali penali internazionali all’esito di un procedimento giudiziario. Tuttavia, il loro carattere “afflittivo”, ossia l’attitudine a ostacolare l’esercizio di alcuni diritti fondamentali, e, soprattutto, l’indeterminatezza della loro durata e l’irreformabilità da parte di un organo terzo sono caratteristiche che impediscono di considerarle come semplici sanzioni amministrative con finalità cautelari⁵.

La particolare natura delle sanzioni mirate va, quindi, accertata avendo riguardo non solo all’ampiezza dei poteri attribuiti all’organo emanante, ma

⁵ V. *supra*, nota 3.

anche al grado di incidenza nella sfera giuridica dei destinatari. Poiché esse interferiscono con il normale esercizio di diritti individuali universalmente riconosciuti, non si potrà ritenerle legittime *in abstracto* per il solo fatto che al Consiglio di sicurezza è riservata un'ampissima discrezionalità nella scelta delle iniziative più appropriate per contrastare il fenomeno del terrorismo.

Date le caratteristiche sin qui evidenziate, si è posto, quindi, il problema se l'esigenza di combattere il terrorismo internazionale, ancorché di primaria importanza, possa costituire *ex se* una motivazione sufficiente a legittimare l'inclusione di individui e gruppi privati tra i destinatari di misure sanzionatorie vincolanti, adottate a livello internazionale, in assenza del riconoscimento di idonee garanzie atte a bilanciare tale condizione di soggezione⁶. Il che equivale a verificare se e a quali condizioni il regime sanzionatorio introdotto nei confronti di individui e gruppi sospettati di attività terroristiche sia da considerarsi legittimo sul piano giuridico internazionale (assumendo l'ordinamento delle Nazioni Unite come un sistema giuridico autonomo, ma necessariamente coerente con l'ordinamento internazionale generale⁷), nonché se la sua legittimità sia sindacabile in via giurisdizionale.

A partire dal 2005, con i casi *Yusuf e Kadi*⁸, vari organi giudiziari si sono pronunciati sulla questione, giungendo a conclusioni differenti. Alcuni hanno

⁶ Secondo E. CANNIZZARO, *Machiavelli, the UN Security Council and the Rule of Law, Global Law Working Paper Series*, n. 11/05, pp. 1-32 (reperibile online), a p. 15: “[t]he adoption, at the international level, of a decision-making procedure likely to affect the legal positions of individuals, without a corresponding incorporation of safeguards and guarantees equivalent to those which have been developed at the State level, creates a clear asymmetry”. Essendo adottate da organi internazionali, infatti, “these decisions are removed from their usual national context, with the consequent waning of fundamental guarantees, which surround, in most States of the world, the processes of both making and implementing internal decisions affecting individuals”.

⁷ Cfr. G. ZICCARDI CAPALDO, *Terrorismo globale e diritti umani: a “fair balance” tra interesse generale e tutela dei diritti fondamentali individuali*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 745 ss.; v. anche ID., *Diritto globale. Il nuovo diritto internazionale*, Milano, 2010, a p. 537 ss., dove l'a. si interroga sul “rapporto tra il diritto internazionale generale e lo speciale regime sanzionatorio anti-terrorismo creato dal CdS in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, segnatamente la questione concernente la capacità di questo regime di derogare alle norme di diritto internazionale generale”. Si rinvia inoltre ai lavori ivi citati, in particolare a p. 538 (nota 29).

⁸ *Infra*, par. 4. Numerosissimi e ricchi di suggestioni i contributi della dottrina sul tema. *Inter alia*, si rinvia a: E. ROSAND, *Security Council Resolution 1373, The Counter-Terrorism Committee and The Fight Against Terrorism*, in *American Journal of International Law*, 2003, pp. 333-341; ID., *The Security Council as Global Legislator: Ultra Vires or Ultra Innovative*, in *Fordham International Law Journal*, 2004-2005, p. 542 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *The Impact of Peremptory Norms on the Interpretation and Application of United Nations Security Council Resolutions*, in *European Journal of International Law*, 2005, pp. 59-88; R. CADIN, *Le “liste nere” del Consiglio di Sicurezza e il loro recepimento da parte dell’Unione europea: quali rimedi per i sospetti terroristi?*, in M. R. SAULLE, L. MANCA (a cura di), *Migrazione e terrorismo. Due fenomeni impropriamente abbinati*, Napoli, 2006, pp. 115 ss.; A. CIAMPI, *Sanzioni del Consiglio di sicurezza e diritti umani*, Milano, 2007; P. GARGIULO, *Nazioni Unite, lotta globale al terrorismo e tutela dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2007, p. 600 ss.; U. VILLANI, *L’attuazione da parte dell’Unione Europea delle decisioni del Consiglio di sicurezza per il man-*

stabilito un ordine di prevalenza formale tra l'esigenza di garantire la sicurezza internazionale e quella di rispettare i diritti fondamentali degli individui colpiti dalle sanzioni, sostenendo la supremazia delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza su ogni altra fonte giuridica, ma riconoscendo, al contempo, il rango supremo alle norme poste a tutela dei diritti dell'uomo, se e in quanto riconducibili al ristretto novero delle norme imperative (*ius cogens*). Altri hanno proposto, invece, un bilanciamento tra le anzidette esigenze, sul presupposto che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta una componente indefettibile degli ordinamenti giuridici democratici e non può per ciò stesso ritenersi subordinata *a priori* ad altri interessi generali, vista, in particolare, l'assenza di adeguate modalità di controllo sull'attività del Consiglio di sicurezza nell'ambito delle Nazioni Unite.

Prima di esaminare in dettaglio il contenuto di tali pronunce, sembra opportuno fornire una breve ricostruzione delle caratteristiche del regime sanzionatorio introdotto a partire dalla risoluzione 1267, analizzando criticamente i meccanismi di *listing* e *delisting*.

2. Com'è noto, con la risoluzione 1267, il Consiglio di sicurezza ha adottato specifiche sanzioni nei confronti del regime dei Talebani, responsabile dell'omesso controllo sull'utilizzo del territorio afgano da parte dell'organizzazione terroristica Al-Qaida per finalità illecite: segnatamente, la realizzazione di “terrorist installations and camps” e la preparazione od organizzazione di “terrorist acts against other States or their citizens”⁹.

Le sanzioni, secondo un modello già collaudato in casi precedenti¹⁰, consistono nel divieto, rivolto agli Stati membri delle N.U., di autorizzare il decollo o l'atterraggio, sul proprio territorio, di aeromobili di proprietà o posti sotto il controllo di soggetti privati appartenenti al regime dei Talebani, e nel “congelamento” dei beni e delle risorse economiche a qualunque titolo posseduti dai

tenimento della pace e la lotta al terrorismo, in M. L. TUFANO (a cura di), *La crisi dell'Unione Europea. Problematiche e verifiche settoriali*, Napoli, 2007, p. 163 ss.; J. ALMQUIST, *A Human Rights Critique of European Judicial Review: Counter-Terrorism Sanctions*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, pp. 303-331; P. DE SENA, M. C. VITUCCI, *The European Courts and the Security Council: Between Dédoulement Fonctionnel and Balancing of Values: A Rejoinder to Gráinne de Búrca, André Nollkaemper and Iris Canor*, in *European Journal of International Law*, 2009, pp. 193-228; M. GESTRI, *Consiglio di sicurezza e sanzioni mirate: obblighi degli Stati di agire in “protezione diplomatica” dei singoli?*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, pp. 367-382; T. TREVES, *Diritto individuale di petizione e sanzioni “intelligenti”*, appunti, *ivi*, pp. 913-918; G. ABI-SAAB, *The Security Council legibus solutus?: on the Legislative Forays of the Council*, in L. B. DE CHAZOURNES, M. G. KOHEN (eds.), *International Law and the Quest for its Implementation / Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre: Liber amicorum Vera Gowlland-Debbas*, Leiden, 2010, pp. 23-44; M. LUGATO, *Sono le sanzioni individuali del Consiglio di Sicurezza incompatibili con il rispetto delle garanzie procedurali?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, pp. 309-342.

⁹ S/RES/1267 (1999), par. 1.

¹⁰ S/RES/1572 (2004).

medesimi soggetti, in quanto (presumibilmente) destinati al finanziamento di attività terroristiche.

La stessa risoluzione ha previsto l'istituzione di un Comitato delle sanzioni, quale organo sussidiario del Consiglio di sicurezza, al duplice scopo di identificare gli individui e i gruppi destinatari delle sanzioni e di vigilare sulla loro attuazione. L'attività investigativa affidata al Comitato, condotta attraverso i servizi di *intelligence* dei Paesi membri delle N.U., è, pertanto, essenzialmente rivolta all'identificazione di individui e gruppi privati fiancheggiatori dei terroristi.

Con la successiva risoluzione 1333 (2000) viene formalmente istituito il meccanismo delle c.d. "blacklists", la cui concreta operatività è demandata al Comitato delle sanzioni. Quest'ultimo, infatti, a norma del par. 8, lett. c), della risoluzione, è incaricato di redigere e aggiornare una lista di individui e gruppi che, sulla base delle pertinenti informazioni fornite dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali regionali, risultino associati a Osama Bin Laden e ad Al-Qaida.

Dopo l'11 settembre 2001, il regime delle sanzioni viene ulteriormente rafforzato ed esteso all'intero "Al-Qaida network" attraverso le risoluzioni 1373 (2001) e 1390 (2002)¹¹. Le successive risoluzioni 1452 (2002), 1455 (2003), 1526 (2004) e 1617 (2005) contribuiscono a delineare il nuovo regime sanzionatorio (anche mediante la previsione di ulteriori deroghe a carattere umanitario¹²) e a perfezionare il meccanismo di iscrizione nelle liste¹³. A tal fine, la risoluzione 1526 istituisce un "Analytical Support and Sanctions Monitoring Team", sempre sotto la direzione del Comitato, con funzioni di raccordo tra quest'ultimo e gli Stati membri¹⁴.

A causa delle forti critiche indirizzate al Comitato per la pressoché totale assenza di trasparenza nella procedura di *listing*, così come di precise garanzie in favore di coloro i quali intendano richiedere la cancellazione dalle liste, la risoluzione 1617 (2005) ha previsto che, all'atto dell'iscrizione, gli Stati membri sono tenuti a informare i destinatari, sia del contenuto delle sanzioni loro imposte, sia delle procedure seguite dal Comitato¹⁵.

Va rilevato, però, che tale informativa non è preordinata all'apertura di un contraddittorio con il destinatario delle sanzioni. In base alle linee guida allora in vigore¹⁶, infatti, il Comitato poteva autorizzare l'inserimento del sospettato nelle liste sul mero presupposto della segnalazione contenuta nei report (segreti) trasmessi dai servizi di *intelligence* di uno Stato membro (c.d. *designating State*). A quest'ultimo, tuttavia, non era richiesto espressamente di dimostrare la

¹¹ Si veda, in particolare, la risoluzione S/RES/1373 (2001) del 28 settembre 2001, al par. 1, lett. c).

¹² S/RES/1452 (2002) del 20 dicembre 2002, par. 1.

¹³ S/RES/1455 (2003) del 17 gennaio 2003, par. 4.

¹⁴ S/RES/1526 (2004) del 30 gennaio 2004, par. 6.

¹⁵ S/RES/1617 (2005) del 29 luglio 2005, par. 5.

¹⁶ Le *Guidelines of the Committee for the Conduct of its Work* (reperibili online) sono state adottate il 7 novembre 2002 e più volte emendate: il 10 aprile 2003, il 21 dicembre 2005, il 29 novembre 2006, il 12 febbraio 2007, il 9 dicembre 2008, il 22 luglio 2010 e, da ultimo, il 26 gennaio 2011.

veridicità e l'accuratezza delle informazioni ivi contenute. Sicché, qualora lo Stato segnalante avesse commesso anche un banale errore di identificazione del sospetto, le misure adottate nei confronti di quest'ultimo non avrebbero potuto essere revocate, se non per volontà unanime dei membri del Comitato¹⁷.

È in quel periodo che la procedura di *listing* inizia a essere contestata in modo sistematico per l'eccessiva discrezionalità riservata al Comitato nell'ambito della procedura in esame¹⁸. Nel *World Summit Outcome 2005*, l'Assemblea Generale, pur sottolineando che le sanzioni mirate rappresentano uno strumento fondamentale di lotta al terrorismo, ha sostenuto che esse “should be implemented and monitored effectively with clear benchmarks and should be periodically reviewed”, invitando il Comitato a fornire ampie assicurazioni sul fatto che “fair and clear procedures exist for placing individuals and entities on sanctions lists and for removing them, as well as for granting humanitarian exemptions”¹⁹.

Solo nel luglio 2006, il Comitato delle sanzioni ha acconsentito a introdurre specifici emendamenti alla procedura di *listing*, entrati in vigore il successivo 29 novembre. Questi, tuttavia, pur prevedendo alcuni elementi di garanzia per i soggetti destinatari delle sanzioni, non possono ritenersi idonei allo scopo di rendere la procedura in commento conforme ai principi del *due process*. Permangono, in particolare, i problemi della mancanza di trasparenza nella fase di formazione dei mezzi di prova, inaccessibili da parte dell'accusato, e dell'impossibilità per

¹⁷ Cfr. il *Third Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team appointed pursuant to resolution 1526 (2004) concerning Al-Qaida and the Taliban and associated individuals and entities* (S/2005/572 del 9 settembre 2005), al par. 31.

¹⁸ Nel presentare il rapporto *A More Secure World: Our Shared Responsibility*, redatto dal *High Level Panel on Threats, Challenges and Changes* su incarico del Segretario Generale delle Nazioni Unite, lo stesso Segretario Generale K. ANNAN ha affermato che “(...) the United Nations has not made the best use of its assets in the fight against terrorism. As the Panel rightly advocates, the United Nations must be able to articulate an effective and principled counter-terrorism strategy that is respectful of the rule of law and the universal observance of human rights” (A/RES/59/565 (IL) del 2 dicembre 2004, par. 11).

¹⁹ A/RES/60/1 (LX) 24 ottobre 2005, paragrafi 106-109. Nello stesso rapporto, l'Assemblea Generale ha affermato che “(...) good governance and the rule of law at the national and international levels are essential for sustained economic growth, sustainable development and the eradication of poverty and hunger” (paragrafi 11-12). Dopo il summit del 2005, il *Policy Committee* del Segretariato ha chiesto all'Ufficio affari legali (*Office of Legal Affairs – OLA*) un approfondimento del tema. L'*OLA* ha così incaricato il Prof. B. FASSBENDER di redigere uno studio sul giusto processo. Il rapporto, dal titolo *Targeted Sanctions and Due Process* (disponibile *online*) chiarisce che “[i]t is not universally accepted that there exists a right to a judicial remedy against any administrative act of a State organ or agency” (par. 1.10). Ciò nondimeno, “[t]oday international law provides for a universal minimum standard of due process which includes, firstly, the right of every person to be heard before an individual governmental or administrative measure which would affect him or her adversely is taken, and secondly the right of a person claiming a violation of his or her rights and freedoms by a State organ to an effective remedy before an impartial tribunal or authority. These rights are widely guaranteed in universal and regional human rights treaties. They can be considered as part of the corpus of customary international law, and are also protected by general principles of law in the meaning of Article 38, paragraph 1, lit. c, of the ICJ Statute” (par. 1.17).

quest'ultimo di contestare l'applicazione delle sanzioni innanzi a un organo terzo, al fine di ottenerne la revisione²⁰.

Con la risoluzione 1730 (2006), il Consiglio di sicurezza istituisce un "Focal point", al quale i destinatari delle sanzioni, direttamente o tramite i rispettivi Stati di cittadinanza, possono indirizzare le richieste di radiazione dalle liste nere²¹. La loro posizione innanzi al Comitato, tuttavia, non muta nella sostanza: la decisione finale in merito al *delisting* resta, infatti, soggetta alla regola del *consensus*, la cui applicazione presuppone un – se non impossibile, altamente improbabile – "ripensamento" da parte dello Stato promotore dell'originaria richiesta di *listing* circa la sussistenza dei relativi presupposti.

Nonostante le aperture al confronto diretto tra il "designating State" e lo Stato di nazionalità del sospetto (che, in linea di principio, dovrebbe rappresentarne gli interessi innanzi al Comitato, agendo in protezione diplomatica), la procedura in commento appare ancora ben lontana dal conformarsi al *minimum standard* delle regole del giusto processo²². Ciò anzitutto in considerazione del fatto che il Comitato delle sanzioni riunisce in sé le funzioni di accusatore e di organo decisorio di ultima istanza sull'applicazione delle sanzioni²³.

Nemmeno le successive risoluzioni del Consiglio di sicurezza hanno modificato in modo sostanziale l'impostazione del regime sanzionatorio, pur tentando di semplificarne alcuni aspetti²⁴. Così, la risoluzione 1735 (2006) ha ulteriormente innovato la procedura di *delisting* al fine di consentire la radiazione immediata del soggetto segnalato in casi determinati²⁵, mentre la risoluzione 1822 (2008), nel sollecitare gli Stati membri a fornire informazioni aggiornate sui soggetti inseriti nelle *blacklists*, ha incaricato il Comitato di effettuare la revisione, per verificare la permanenza delle condizioni che avevano determinato l'originaria iscrizione degli interessati²⁶.

²⁰ Cfr. il *Report* redatto da I. CAMERON su incarico del Consiglio d'Europa il 6 febbraio 2006, dal titolo *The European Convention on Human Rights, Due Process and United Nations Security Council Counter-Terrorism Sanctions* (reperibile online).

²¹ S/RES/1730 (2006) del 19 dicembre 2006, par. 6.

²² Cfr. M. ARCARI, *Sviluppi in tema di tutela dei diritti di individui iscritti nelle liste dei Comitati delle sanzioni del Consiglio di sicurezza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, pp. 657-680, in particolare p. 665 ss. Secondo CAMERON, *op. cit.*, p. 8, "UN blacklisting does not fit into this more traditional pattern of due process. It bears a superficial similarity to interim seizure of assets pending a trial, but it is in fact entirely different".

²³ In proposito, la Corte federale canadese, nella sentenza del 4 giugno 2009 sul caso *Abousfian Abdelrazik c. The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada* (reports.fja.gc.ca), ha chiarito che "[t]here is nothing in the listing or de-listing procedure that recognizes the principles of natural justice or that provides for basic procedural fairness. (...) It can hardly be said that the 1267 Committee process meets the requirement of independence and impartiality when (...) the nation requesting the listing is one of the members of the body that decides whether to list or, equally as important, to de-list a person. The accuser is also the judge" (par. 51).

²⁴ Si fa riferimento alle risoluzioni 1735 (2006) del 22 dicembre 2006, 1822 (2008) del 30 giugno 2008, 1904 (2009) del 17 dicembre 2009 e 1963 (2010) del 20 dicembre 2010.

²⁵ S/RES/1735 (2006), par. 14.

²⁶ S/RES/1822 (2008), paragrafi 24-26.

La risoluzione 1904 (2009) ha istituito un nuovo organo, l'*Ombudsperson*, per assistere il Comitato nell'istruttoria concernente le richieste di *delisting*. L'organo è chiamato a svolgere il proprio ufficio "in an independent and impartial manner" e, a tal fine, "shall neither seek nor receive instructions from any government"²⁷. A differenza del *Focal point*, l'*Ombudsperson* è legittimato a ricevere le richieste di cancellazione direttamente dai destinatari delle sanzioni (senza l'intermediazione dei rispettivi Stati di nazionalità). Tuttavia, esso non ha alcun potere di sindacare le scelte del Comitato, né di promuovere o raccomandare la cancellazione dei sospetti dalle liste²⁸.

Da ultimo, con due risoluzioni "gemelle" del 2011²⁹, il Consiglio di sicurezza ha deciso di riorganizzare il sistema delle liste (gestite, a partire dalla risoluzione 1333 (2000), in modo unitario), separando l'elenco dei nominativi di individui ed enti "associated with the Taliban"³⁰, da quello recante i nominativi degli affiliati e dei sostenitori di Al-Qaida, per consentire un maggiore coinvolgimento del governo afgano nell'applicazione (e nell'eventuale revoca) delle sanzioni nei confronti degli oppositori interni³¹. In sostanza, il Consiglio di sicurezza sembra orientarsi verso una progressiva "nazionalizzazione" del regime sanzionatorio stabilito per i Talebani, trattandosi di questione essenzialmente rilevante in ambito interno e, come tale, gestibile – in prospettiva – esclusivamente dalle istituzioni afgane, senza l'ausilio delle Nazioni Unite³².

Mentre l'apparato delle sanzioni rimane inalterato, sul piano procedurale si possono notare alcune significative differenze tra i due diversi regimi scaturiti dalle recenti decisioni del Consiglio di sicurezza. La risoluzione 1988 (quella relativa ai Talebani), oltre a istituire un apposito Comitato delle sanzioni³³, prevede che le richieste di *delisting* presentate senza l'assistenza di uno Stato

²⁷ S/RES/1904 (2009), paragrafi 20-21. L'attivazione dell'*Ombudsperson* ha sancito, di fatto, il fallimento dell'esperienza del *Focal point*, che rimane operativo esclusivamente "to receive requests from individuals and entities seeking to be removed from other sanctions lists" (*ibidem*, par. 21).

²⁸ Nella sentenza del 30 settembre 2010, causa T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione* (il terzo episodio della ormai celebre "saga" giurisprudenziale, su cui *infra*, par. 4), il Tribunale dell'Unione europea ha incidentalmente rilevato che "[l]e considerazioni svolte (...) dalla Corte (...) per quanto riguarda il Punto Focale, rimangono, ad oggi, fondamentalmente valide, anche tenendo conto dell'ufficio del mediatore" (...). In sostanza, il Consiglio di sicurezza non ha ancora ritenuto opportuno istituire un organo indipendente ed imparziale con il compito di decidere, in diritto e in fatto, dei ricorsi diretti contro le decisioni individuali adottate dal comitato per le sanzioni".

²⁹ S/RES/1988 (2011) e S/RES/1989 (2011), entrambe del 17 giugno 2011.

³⁰ S/RES/1988 (2011), par. 1.

³¹ *Ivi*, par. 29: "(...) Welcomes the Government of Afghanistan's desire to assist the Committee in the coordination of listing and delisting requests and in the submission of all relevant information to the Committee".

³² Sull'esigenza di coordinare l'attività dei comitati delle sanzioni per migliorarne l'efficacia, cfr. A. BIANCHI, *Ad-hocism and the Rule of Law*, in *European Journal of International Law*, 2002, pp. 263-272, in particolare a p. 270 ss.

³³ S/RES/1988 (2011), par. 30 ss.

membro debbano essere indirizzate al *Focal point*, organo della cui collaborazione il nuovo Comitato si avvale a pieno titolo³⁴.

La risoluzione 1989, invece, proroga di 18 mesi l'attività dell'*Ombudsperson*, riservando in via esclusiva a tale organo la gestione della procedura di cancellazione dalle liste per i sospetti fiancheggiatori di Al-Qaida. In proposito, va dato atto di un ulteriore tentativo di semplificazione, consistente nella previsione di un meccanismo di silenzio-assenso, che entra in funzione nel momento in cui il Comitato delle sanzioni, entro 60 giorni dal completamento dell'esame di un rapporto dell'*Ombudsperson* in cui si raccomanda il *delisting*, ometta di pronunciarsi sul punto. In tal caso, le sanzioni a carico dell'interessato dovranno essere immediatamente revocate, a meno che il Comitato, nel medesimo termine di 60 giorni, non decida *per consensus* di mantenerle comunque in vigore³⁵. Vale la pena di rilevare che, in questa specifica fase del procedimento, il *consensus* viene utilizzato con finalità opposte a quelle generalmente previste nell'ambito della procedura di *delisting*, il che contribuisce – sia pure in minima parte – a migliorare la posizione del destinatario delle sanzioni innanzi al Comitato. Non si comprende, peraltro, se alla revoca delle sanzioni (in ragione del silenzio del Comitato), consegua necessariamente anche la cancellazione dell'interessato dalla lista. Quel che è certo è che non muta la sostanza del meccanismo di cancellazione, posto che la decisione finale in ordine al *delisting* rimane comunque riservata al Comitato, anche contro il parere favorevole dell'ufficio del mediatore.

3. La prassi sin qui descritta, stante il suo progressivo consolidamento attraverso i successivi interventi del Consiglio di sicurezza, deve certamente valutarsi alla stregua di *ius positivum*. Pertanto, all'interrogativo posto in apertura del presente lavoro – vale a dire se, ai sensi della Carta, la potestà sanzionatoria del Consiglio di sicurezza possa legittimamente indirizzarsi nei confronti dei privati – non può che darsi risposta affermativa. La prassi delle sanzioni individuali, infatti, è stata pienamente accettata dagli Stati membri delle Nazioni Unite, che non ne hanno mai formalmente contestato l'applicazione, anche in assenza di puntuali riferimenti normativi che la autorizzassero³⁶.

³⁴ *Ivi*, par. 20: “(...) *Decides* that individuals and entities seeking removal from the List without the sponsorship of a Member State are eligible to submit such requests to the Focal Point mechanism established in resolution 1730 (2006)”.

³⁵ S/RES/1989 (2011), par. 23.

³⁶ Al contrario, in diverse occasioni, gli stessi governi degli Stati membri delle N.U. hanno espresso opinione favorevole all'applicazione delle misure decise dal Consiglio di sicurezza, sostenendo la prevalenza del regime sanzionatorio su ogni altro obbligo derivante dalla ratifica di accordi internazionali successivi, inclusi quelli in materia di diritti umani, giusta l'applicazione dell'art. 103 della Carta. Tale, ad esempio, è la posizione assunta dai governi di Francia, Regno Unito e Paesi Bassi a sostegno della Commissione e del Consiglio nel procedimento innanzi alla Corte di giustizia CE sul caso *Yassin Abdullah Kadi, Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea, Commissione delle Comunità europee, Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord* (Grande sezione, del 3 settembre 2008, cause riuni-

Tuttavia, proprio per il fatto di interferire con il godimento di diritti individuali senza assicurare ai destinatari delle sanzioni adeguati strumenti di opposizione, essa non può certamente ritenersi conforme agli standard internazionali di tutela dei diritti umani. A tal fine, infatti, sarebbe necessario che la procedura attraverso cui tali diritti vengono limitati od ostacolati nel loro esercizio (il *listing*) e quella che regola le modalità di revoca delle sanzioni (il *delisting*) fossero “riequilibrata” a favore dei soggetti privati coinvolti. Una simile condizione verrebbe a realizzarsi solo qualora costoro fossero messi in grado di contestare l’applicazione delle sanzioni e di dimostrare l’infondatezza delle accuse mosse nei loro confronti innanzi a un organo imparziale.

In proposito, si è avuto modo di constatare l’insufficienza degli espedienti introdotti dalle successive risoluzioni del Consiglio di sicurezza per rendere le procedure di *listing* e *delisting* più eque e trasparenti. A tale constatazione – per quanto ovvia – non consegue, tuttavia, alcuna conferma dell’illegittimità delle sanzioni antiterrorismo sul piano giuridico internazionale, qualora non si ritenga possibile, in linea di principio, sottoporre il regime sanzionatorio in commento a una qualche forma di controllo.

Più precisamente, data l’assenza di adeguate procedure di riesame, la segnalata esigenza di riequilibrare la posizione dei destinatari delle sanzioni innanzi al Comitato può ritenersi soddisfatta solo ammettendo l’esercizio di un sindacato giurisdizionale effettivo sulle decisioni del Consiglio di sicurezza, e/o sui relativi effetti nell’ambito delle normative interne di recepimento, sotto il profilo della loro liceità in rapporto agli standard internazionali di protezione dei diritti dell’uomo.

In ultima analisi, dopo aver preso atto che le decisioni del Consiglio di sicurezza, preordinate all’introduzione di uno specifico regime sanzionatorio, possono legittimamente indirizzarsi, anche in assenza di esplicite previsioni della Carta, nei confronti di *non-State actors*, e che, tuttavia, detto regime denuncia evidenti lacune sotto il profilo della conformità agli standard internazionali di tutela dei diritti umani, si tratta di verificare se questi ultimi siano effettivamente applicabili nella circostanza, ovvero se le stesse decisioni del Consiglio, in quanto *lex specialis*, debbano ritenersi “immuni” da un simile controllo³⁷.

A tal fine, è necessario, anzitutto, stabilire se le prerogative riconosciute dalla Carta delle Nazioni Unite autorizzino il Consiglio di sicurezza, per garantire il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale di fronte alla minaccia terroristica, ad agire in deroga ai principi e alle regole che pertengono

te C-402 e 415/05 P). Cfr. i punti 262-263 della sentenza. Per una disamina delle pronunce v. *infra*, par. 4.

³⁷ Il primo organo giurisdizionale ad ammettere la possibilità di un sindacato incidentale di legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza è stata la Camera d’Appello del Tribunale penale internazionale per l’ex-Jugoslavia nella nota pronuncia sul caso *Tadić*. In tale circostanza, il Tribunale ha sostenuto che i poteri riconosciuti al Consiglio di sicurezza in base al Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite, ancorché estremamente ampi, non possono ritenersi illimitati. Ciò in quanto “(...) neither the text nor the spirit of the Charter conceives of the Security Council as *legibus solutus* (unbound by law)” (ICTY, IT-94-AR72, *Appeals Chamber, Interlocutory Judgment on Jurisdiction*, del 2 ottobre 1995, par. 28).

al funzionamento dello stesso sistema giuridico previsto dalla Carta, nonché alle norme e ai principi del diritto internazionale generale³⁸.

In secondo luogo, si tratta di individuare quale organo possa ritenersi titolare di una simile potestà di valutazione, distinguendo tra l'esercizio di un sindacato *formale e accentrato* sulla legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza – che in linea di principio potrebbe spettare solo ad altri organi interni alle Nazioni Unite, in quanto dotati di una competenza conforme – e quello di un controllo *sostanziale e diffuso* sugli effetti di tali decisioni, laddove questi interferiscano con l'osservanza di altre normative in vigore negli ordinamenti degli Stati membri³⁹.

In proposito, è appena il caso di rilevare che, all'interno del sistema giuridico delle Nazioni Unite, il Consiglio di sicurezza occupa una posizione di preminenza assoluta, poiché tutti gli Stati membri dell'Organizzazione sono tenuti a dare attuazione alle sue decisioni (art. 25) anche qualora il loro contenuto sia in contrasto con obblighi dai medesimi assunti a diverso titolo in via convenzionale, anche posteriormente all'entrata in vigore della Carta (art. 103).

Ciò premesso, è necessario verificare se, nonostante tale primato, il Consiglio di sicurezza sia comunque vincolato al rispetto: (a) dei principi sanciti dalla Carta e (b) del diritto internazionale generale, incluse – ovviamente – le norme di natura imperativa.

Solo dopo aver stabilito (se e) quali limiti incontra l'azione del Consiglio, si potrà verificare a chi spetti l'accertamento di eventuali violazioni, all'interno del medesimo sistema delle Nazioni Unite, ovvero al di fuori di questo.

Riguardo al primo aspetto, senza addentrarsi specificamente nell'analisi del funzionamento del sistema onusiano, si può partire dall'ovvia considerazione che le finalità e i principi generali delle Nazioni Unite, come sanciti agli articoli 1 e 2 della Carta, vincolano sia gli Stati membri – i quali, attraverso l'adesione, manifestano la loro piena volontà di perseguirli – sia gli stessi organi delle Nazioni Unite. In specie, è l'art. 24, par. 2, a obbligare il Consiglio di Sicurezza

³⁸ Sul punto, si rinvia all'analisi di A. BIANCHI, *Assessing the Effectiveness of the UN Security Council's Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion*, in *European Journal of International Law*, 2007, pp. 881-919, in particolare pp. 886-887.

³⁹ Tale distinzione assume un'importanza fondamentale, perché consente di estendere la gamma dei controlli che possono essere effettuati sul corretto esercizio della potestà decisoria del Consiglio di sicurezza (ad esempio, qualora si ritenga che essa sia esercitata *ultra vires*), senza, tuttavia, interferire formalmente con l'esercizio delle competenze riservate a tale organo. Sul punto, cfr. E. ROSAND, *The Security Council*, cit., p. 522, secondo cui “[t]he question is pressing in light of the criticism that the Council, in assuming this “global legislating” function – which critics claim was not assigned under the Charter – has in fact acted contrary to the Charter. Whether or not this is viewed as a legitimate innovation or an *ultra vires* exercise of the Council's powers could have an impact on States' willingness to implement the obligations imposed by these resolutions”. V. anche R. CADIN, *I presupposti dell'azione del Consiglio di sicurezza nell'art. 39 della Carta delle Nazioni Unite*, Milano, 2008, p. 243, nota 36, il quale sottolinea come “l'attivismo del Consiglio di sicurezza dopo la fine del mondo bipolare ha riproposto con una urgenza prima sconosciuta, il problema dell'esistenza di limiti giuridici ai poteri del Consiglio e quello ad esso intimamente collegato della loro ‘giustiziabilità’”.

ad agire “in conformità ai fini ed ai principi delle Nazioni Unite”, tra cui certamente rientra quello di “promuovere ed incoraggiare il rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per tutti senza distinzione di razza, di sesso, di lingua o di religione” (art. 1, par. 3)⁴⁰.

Orbene, al riguardo, è significativo rilevare che lo stesso art. 24, al par. 1, esplicita il contenuto della delega attribuita dagli Stati membri al Consiglio di sicurezza. Questa, com’è noto, consiste nella “responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale”, e nel conseguente riconoscimento che “il Consiglio di Sicurezza, nell’adempiere i suoi compiti inerenti a tale responsabilità, agisce in loro nome”. Si è già detto, però, che nel perseguimento di tale obiettivo *in nome e per conto degli Stati membri*, il Consiglio di sicurezza resta subordinato al rispetto dei fini e dei principi sanciti dalla Carta⁴¹.

Ne consegue che l’assunzione di responsabilità riguardo al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale non esonera il Consiglio dal rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, poiché, in tal caso, il potere ricevuto in delega dagli Stati membri sarebbe esercitato in modo infedele⁴².

Una volta riconosciuto che il Consiglio di sicurezza resta vincolato, in base alle stesse disposizioni della Carta, al rispetto dei diritti umani, si tratta di stabilire se le norme internazionali poste a protezione di tali diritti siano di rango pari o superiore a quelle che conferiscono uno specifico potere sanzionatorio al Consiglio di sicurezza. Ciò al fine di accertare l’eventuale esistenza di una gerarchia normativa (all’interno delle stesse disposizioni della Carta o tra queste e il diritto generale di natura cogente) ovvero di ammettere la possibilità di un bilanciamento tra le due diverse finalità (di lotta al terrorismo e di tutela dei diritti dell’uomo) quale criterio applicabile nell’ipotesi di conflitto.

Per rispondere a tale ulteriore interrogativo, sembra opportuno rilevare che l’Organizzazione delle Nazioni Unite non è formalmente parte dei trattati internazionali aventi a oggetto la tutela dei diritti dell’uomo. Gli unici obblighi per essa rilevanti, quindi, dovrebbero, in linea di principio, farsi discendere dal

⁴⁰ Nella recente decisione sul caso *Al-Jedda c. Regno Unito* (Grande Camera, del 7 luglio 2011), la Corte europea dei diritti dell’uomo ha sostenuto un’interpretazione *human rights-oriented* delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza (cfr. i paragrafi 102 ss. della sentenza). Per un approfondimento sui contenuti della decisione, v. *infra*, par. 5.

⁴¹ Secondo l’autorevole opinione di G. ABI-SAAB, *op. cit.*, pp. 23-44, “there exists no express text providing for the control of legality of Security Council decisions or a specific mechanism assigned for that purpose”, benché l’assenza di un simile meccanismo di controllo “does not render action in violation of the Charter legal” (p. 35).

⁴² B. FASSBENDER, *op. cit.*, par. 2, sostiene che “[t]he UN Security Council being a principal organ of the United Nations, a legal obligation of the Council to comply with standards of due process, or ‘fair and clear procedures’, for the benefit of individuals and ‘entities’ presupposes that the United Nations, as a subject of international law, is bound by respective rules of international law”. Osserva, tuttavia, A. BIANCHI, *Assessing*, cit., p. 887, che “it is hard to deny that the ‘textual constraints’ are tenuous, if not altogether non-existent, and that, rather than highly sophisticated scholarly constructions, the ultimate test of the legitimacy of the SC’s action remains the level of acceptance of its practice by the UN Member States”.

diritto internazionale generale. Tuttavia, tale argomento – per così dire – “prova troppo”, perché sarebbe del tutto illogico sostenere che l’organizzazione cui si deve la proclamazione della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo (e l’adozione di strumenti a carattere vincolante, primi fra tutti i Patti del 1966), non sia essa stessa soggetta all’obbligo di tutelare e promuovere tali diritti, stante, altresì, l’esplicito richiamo di cui all’art. 1, par. 3 della Carta.

Né potrebbe sostenersi che il primato del diritto onusiano fissato dall’art. 103 possa essere utilizzato per legittimare eventuali elusioni del predetto obbligo da parte del Consiglio di sicurezza, essendo tale disposizione esclusivamente finalizzata a impedire che gli Stati membri si rifiutino di osservare gli obblighi derivanti dalla Carta, opponendo quale giustificazione la successiva assunzione di obblighi diversi in via convenzionale. L’ambito di applicazione di tale principio è, quindi, circoscritto ai rapporti tra gli Stati membri e il Consiglio, mentre non rileva ai fini della valutazione della legittimità dell’operato di quest’ultimo. D’altro canto, se gli Stati membri intendessero ricorrere allo “schermo” delle decisioni del Consiglio di sicurezza al solo fine di eludere l’obbligo di rispettare i diritti dell’uomo, si renderebbero responsabili di una condotta di per sé illecita⁴³.

Si pone allora il problema di verificare se gli obblighi derivanti dal rispetto dei diritti dell’uomo possano ritenersi prevalenti e condizionare l’esercizio della potestà sanzionatoria del Consiglio di sicurezza, in quanto limiti *interni* o *esterni* alla Carta delle Nazioni Unite.

In proposito, non sembra potersi sostenere l’esistenza di una gerarchia interna tra le norme della Carta. Se è vero che gli organi delle Nazioni Unite, incluso il Consiglio di sicurezza, sono vincolati all’osservanza dei fini e dei principi in essa sanciti, è altrettanto vero che alle norme recanti detti fini e principi non è attribuito alcun rango formale superiore alle altre disposizioni del trattato, né emergono, in via interpretativa, idonei riscontri in tal senso nell’ambito della prassi internazionale⁴⁴.

Non può escludersi, quindi, la possibilità di un bilanciamento, tutto interno alla Carta, tra l’amplissima discrezionalità riservata al Consiglio di sicurezza nel perseguire l’obiettivo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale attraverso gli strumenti ritenuti più idonei – com’è il caso del regime delle sanzioni “intelligenti” – e l’esigenza che detti strumenti non siano utilizzati in modo da compromettere la realizzazione delle (altre) finalità delle Nazioni Unite, tra cui la promozione e il rispetto dei diritti dell’uomo.

È, altresì, possibile che il riferimento dell’art. 1, par. 3 della Carta alla promozione del “rispetto dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” sia da intendersi come un rinvio a norme generali di natura imperativa, la cui osservanza deve ritenersi prevalente anche rispetto agli obblighi contenuti nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza.

⁴³ Sul punto, si rinvia alle considerazioni di A. BIANCHI, *Assessing*, cit.

⁴⁴ Per la relativa analisi, v. *infra*, par. 4.

Un'interpretazione di tal genere è stata avanzata dal Tribunale di primo grado della Comunità europea (oggi Tribunale dell'Unione europea) nella celebre pronuncia sul caso *Kadi* del 21 settembre 2005 (di cui si tratterà più diffusamente nel paragrafo successivo), laddove si afferma che “i poteri sanzionatori che il Consiglio di Sicurezza possiede (...) devono (...) essere usati nel rispetto del diritto internazionale e, in particolare, dei fini e dei principi delle Nazioni Unite”. Essendo a questi ultimi riconducibile, nel suo complesso, la categoria delle norme imperative, secondo il Tribunale, “il diritto internazionale consente (...) di considerare che esiste un limite al principio dell'effetto vincolante delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza: esse devono rispettare le norme imperative fondamentali dello *ius cogens*. In caso contrario, per quanto improbabile, esse non vincolerebbero gli Stati membri dell'ONU né, pertanto, la Comunità”⁴⁵.

Anche tale ricostruzione, tuttavia, pone alcuni problemi: in primo luogo, quello di stabilire con certezza quali, tra i diritti dell'uomo, siano effettivamente tutelati da norme imperative. A tal fine, la difficoltà maggiore sembra quella di individuare, a livello universale, un criterio di classificazione generalmente accettato in base alla prassi rilevante. Come si vedrà, infatti, proprio con riguardo all'applicazione dei principi del *due process of law*, già solo in ambito europeo si registrano orientamenti tra loro divergenti⁴⁶.

Altrettanto problematica appare l'individuazione del “giudice naturale” al quale deferire un simile accertamento. In proposito, deve certamente escludersi che tale organo possa essere rintracciato all'interno delle Nazioni Unite, in quanto, com'è noto, la configurazione dell'Organizzazione non prevede alcuna possibilità di controllo preventivo o successivo sul contenuto delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza da parte della Corte internazionale di giustizia, se non a titolo meramente incidentale⁴⁷.

Quanto alla diversa ipotesi di un sindacato diffuso (esercitabile non già in via principale sulla legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza – perché ciò, com'è ovvio, implicherebbe una lesione delle prerogative di cui gode detto organo nel proprio ordinamento – bensì sui relativi effetti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri), essa presuppone preliminarmente il riconoscimento, da parte dell'organo chiamato a pronunciarsi, dell'autonomia sostanziale

⁴⁵ Si veda la sentenza del Tribunale di primo grado della Comunità europea, del 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. II-3649, punti 229-230.

⁴⁶ *Infra*, par. 4.

⁴⁷ Cfr. le celebri ordinanze della Corte internazionale di giustizia del 14 aprile 1992 sul caso *Questioni d'interpretazione e applicazione della Convenzione di Montreal del 1971 sorte in seguito all'incidente aereo di Lockerbie (misure provvisorie)*, in *ICJ Reports*, 1992, rispettivamente a p. 16, par. 42, e a p. 113, par. 39. Peraltro, già nel parere del 1948 sulle *Condizioni di ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite*, la Corte aveva avuto occasione di affermare che “[t]he political character of an organ does not release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its power or criteria for its judgement” (*ivi*, 1948, p. 64).

dell'ordinamento di cui tale organo è parte rispetto al sistema delle Nazioni Unite, a fronte della subordinazione (formale) all'obbligo di dare esecuzione alle predette decisioni *ex art. 25* della Carta. In difetto, non potrebbe ritenersi ammissibile alcun tipo di controllo esterno, perché impedito *ab origine* dall'accettazione incondizionata del primato del diritto onusiano.

D'altro canto, per quanto controverso, il sindacato giurisdizionale diffuso sembra l'unica modalità idonea a conformare la potestà sanzionatoria del Consiglio di sicurezza al rispetto dei diritti umani. Tale valutazione trova conferma nell'analisi della giurisprudenza pertinente.

4. Il primo significativo intervento della giurisprudenza sulla questione in esame risale, come anticipato, al 2005, ed è ascrivibile al Tribunale di primo grado della Comunità europea nella controversia *Kadi c. Consiglio e Commissione*⁴⁸.

La pronuncia muove dalla constatazione del primato degli obblighi derivanti dalla partecipazione alle Nazioni Unite rispetto a ogni altro obbligo di diritto interno o di diritto internazionale gravante sugli Stati membri, inclusi quelli derivanti dalla ratifica della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dei Trattati istitutivi e modificativi della Comunità europea⁴⁹. Quest'ultima, da parte sua, pur non essendo formalmente membro delle Nazioni Unite, deve ritenersi comunque vincolata, ancorché indirettamente, alla loro osservanza, in conformità al disposto dell'art. 307 TCE⁵⁰. Ne consegue che gli Stati membri (delle Nazioni Unite e) della CE sono tenuti a “disapplicare qualsiasi disposizione di diritto comunitario, seppur di diritto primario o un principio generale di tale diritto, che ostacoli la buona esecuzione dei loro obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite”⁵¹.

Nel contesto normativo così delineato, si inquadra la vicenda attinente all'impugnazione del regolamento CE n. 881/2002, che dà esecuzione alle sanzioni economiche imposte dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Ad avviso del Tribunale, nell'adozione del regolamento, le istituzioni comunitarie hanno agito in base a una “competenza vincolata”, non disponendo di un margine di discrezionalità autonomo per “modificare direttamente il contenuto delle risoluzioni” o “prevedere un meccanismo che potesse dar luogo ad una modifica del genere”. Ne consegue che un eventuale controllo sulla legittimità interna di tale

⁴⁸ Sentenza *Kadi* (T-315/01); si veda anche la sentenza adottata contestualmente dal medesimo Tribunale nella causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. II-3533.

⁴⁹ Sentenza *Kadi* (T-315/01), punti 181-184.

⁵⁰ Si tratta dell'attuale art. 351 TFUE, a norma del quale “le disposizioni del presente trattato non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, anteriormente al 1° gennaio 1958 o, per gli Stati aderenti, anteriormente alla data della loro adesione tra uno o più Stati membri da una parte e uno o più Stati terzi dall'altra”.

⁵¹ Sentenza *Kadi* (T-315/01), punto 190.

atto avrebbe implicato la verifica, in via incidentale, della legittimità delle risoluzioni del Consiglio⁵².

Tuttavia, proprio in ragione delle anzidette premesse, una simile verifica resta preclusa, perché incompatibile sia con gli impegni assunti dagli Stati membri per effetto dell'adesione alle Nazioni Unite, sia con le stesse disposizioni del Trattato CE. La sostanza del ragionamento è ravvisabile nel seguente passaggio: “qualora il Tribunale (...) dovesse annullare il regolamento impugnato benché tale atto risulti essere imposto dal diritto internazionale, in ragione del fatto che esso viola i diritti fondamentali del ricorrente tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario, tale annullamento implicherebbe, indirettamente, che le risoluzioni stesse del Consiglio di Sicurezza di cui trattasi violano i detti diritti fondamentali”⁵³.

Secondo il Tribunale, quindi, l'eventuale annullamento del regolamento avrebbe implicitamente condotto ad accertare l'illegittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Tale effetto, però, non sarebbe stato in linea di principio ammissibile, assumendosi come punto di partenza il primato degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite.

In buona sostanza, nell'interpretazione fornita dal Tribunale, l'ordinamento comunitario non gode di alcun margine di autonomia rispetto a quello onusiano, pur non essendo a questo formalmente subordinato. In altre parole, non c'è alcun “filtro di protezione” che consenta di esercitare un sindacato di legittimità sulle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, neppure in conseguenza della loro applicazione mediante un atto interno della Comunità, perché ciò si tradurrebbe in un'indebita elusione dell'obbligo di dare esecuzione alle sanzioni antiterrorismo gravante sugli Stati membri⁵⁴.

Il Tribunale, però, non ritiene che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza godano di un'immunità giurisdizionale assoluta. L'esistenza di limiti esterni inderogabili alla potestà sanzionatoria del Consiglio di sicurezza, rappresentati dalle norme imperative del diritto internazionale, autorizza, infatti, l'esercizio di un sindacato giurisdizionale di tipo diverso, consistente nella valutazione della loro legittimità alla luce dello *ius cogens*, inteso alla stregua di “ordinamento pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi dell'ONU, e al quale non è possibile derogare”⁵⁵.

⁵² *Ivi*, punti 214-215.

⁵³ *Ivi*, punto 216.

⁵⁴ Sul punto, cfr. le osservazioni di P. DE SENA, M. C. VITUCCI, *op. cit.*, p. 196, secondo cui “the role played by the CFI as much as by the ECtHR in relation to the implementation of the measures imposed by the resolutions can be interpreted in the light of the *dédoublement fonctionnel* (role splitting) theory and, in more general terms, of Scelle's visions of relations between legal orders”. Per un approfondimento sulla celebre teoria di G. SCELLE, cfr. A. CASSESE, *Remarks on Scelle's Theory of “Role Splitting” (dédoublement fonctionnel) in International law*, in *European Journal of International Law*, 1990, pp. 211-231.

⁵⁵ Sentenza *Kadi* (T-315/01), punto 226. Molto critico rispetto a tale ricostruzione è B. CONFORTI, *Decisioni del Consiglio di sicurezza e diritti fondamentali in una bizzarra sentenza del Tribunale comunitario di primo grado*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 333-341, il quale si domanda se, “anche ammesso che il Consiglio di sicurezza sia obbligato dal diritto inter-

La sentenza non esplicita, tuttavia, il fondamento di tale attribuzione. Dopo aver illustrato le ragioni che lo obbligano ad astenersi dall'esercitare un controllo di legittimità sul regolamento impugnato, in quanto esso si risolverebbe in un *vulnus* al primato riconosciuto al diritto delle Nazioni Unite su quello comunitario, il Tribunale non ritiene, infatti, di dover giustificare, in modo altrettanto puntuale, l'avocazione a sé della competenza a giudicare della possibile violazione di norme imperative.

Data l'assenza di riferimenti normativi utili nell'ambito del Trattato CE, si è indotti a ipotizzare che il Tribunale abbia ritenuto applicabili alla fattispecie le norme imperative del diritto internazionale, in quanto principi generali riconosciuti (anche) dall'ordinamento comunitario. Più precisamente, ricadendo quest'ultimo, al pari del sistema onusiano, nel più esteso ambito dell'ordinamento internazionale generale, gli atti normativi interni, benché attuativi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, non possono andare esenti da un controllo di legittimità rispetto alle norme di diritto cogente. Solo così può essere assicurata la coerenza tra il regime "speciale" delle sanzioni individuali e gli atti comunitari di recepimento, da un lato, e i principi fondamentali dell'ordinamento internazionale, dall'altro.

L'esigenza di assicurare la giusta coerenza tra sistemi giuridici legati da un rapporto di continenza non presuppone, però, che il Tribunale di primo grado sia legittimamente investito di una potestà giurisdizionale corrispondente. A tal fine, dovrebbe ammettersi, infatti, che nell'ordinamento internazionale si sia formata una regola avente a oggetto l'attribuzione agli organi giurisdizionali (interni e internazionali) della competenza a valutare la legittimità degli atti degli Stati e delle organizzazioni internazionali al cospetto dello *ius cogens*. La trattazione di tale specifico profilo esula dai contenuti del presente lavoro. Può osservarsi, nondimeno, che la prassi più recente, nonostante alcune aperture, non sembra supportare una simile tendenza⁵⁶.

nazionale generale, si possa porre un problema di *jus cogens* nel caso di specie (...). Secondo l'a., "è (...) assurdo sostenere che il Consiglio di sicurezza, o qualsiasi altro organo politico internazionale, sia obbligato a riconoscere il diritto alla difesa e, più in generale, il diritto ad un ricorso innanzi ad un giudice indipendente ed imparziale (...). Le stesse norme della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del Patto sui diritti civili e politici, citate dal Tribunale, a parte la loro non appartenenza allo *jus cogens*, stabiliscono come gli Stati devono comportarsi nei loro ordinamenti e nulla hanno a che vedere con quanto avviene nell'ambito della comunità degli Stati" (pp. 340-341). *Contra* A. ORAKHELASHVILI, *op. cit.*, p. 60.

⁵⁶ L'individuazione del "giudice naturale" dello *ius cogens* (legittimato, cioè, a sanzionarne la violazione anche in assenza del previo deferimento di tale specifica competenza) è una delle questioni più attuali e controverse in ambito giuridico internazionale, rilevante ben oltre la specifica questione oggetto del presente contributo. Senza avere la pretesa di esaurire l'argomento in questa sede, sembra opportuno richiamare la pronuncia della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012 sul caso delle *Immunità giurisdizionali dello Stato (Germania c. Italia)*, www.icj-cij.org, in cui la Corte, smentendo le precedenti aperture della Corte di cassazione italiana e di alcune Corti greche (v. in particolare l'ordinanza della Corte di cassazione 11 marzo 2004, n. 5044 sul caso *Ferrini*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 539 ss.; per un commento, sia consentito rinviare a N. COLACINO, *Limiti all'immunità giurisdizionale degli Stati per le azioni di risarcimen-*

In ogni caso, anche l'accertamento "supplementare" in ordine alla legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza alla luce dello *ius cogens* conduce a un esito negativo. Il Tribunale, infatti, giunge alla conclusione che non vi è stata alcuna violazione delle norme imperative da parte del Consiglio, con riferimento sia alla misura del congelamento dei capitali⁵⁷, sia alla posizione del destinatario delle sanzioni nell'ambito delle procedure di *listing* e *delisting*. Riguardo a quest'ultimo aspetto, osserva in particolare il Tribunale che "in una situazione in cui si controverte di misure cautelari che limitano la disponibilità dei beni dell'interessato, il rispetto dei diritti fondamentali di quest'ultimo non esige che i fatti e gli elementi di prova ritenuti a suo carico gli siano comunicati, quando il Consiglio di Sicurezza o il suo comitato per le sanzioni ritengono che vi ostino motivi riguardanti la sicurezza della comunità internazionale". Parimenti, la rilevata assenza di un organo terzo e imparziale al quale deferire la richiesta di riesame e revoca delle sanzioni, definita dal Tribunale quale "lacuna nella tutela giurisdizionale del ricorrente", non viene ritenuta "di per sé contraria allo *ius cogens*", posto che il diritto a un giudice non riveste carattere assoluto, ma può ben essere limitato, proprio in considerazione dell'immunità giurisdizionale "di cui godono, in via di principio, le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza adottate ai sensi del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite"⁵⁸.

Nella ricostruzione fornita dal Tribunale, il diritto a un ricorso effettivo è considerato, al pari del diritto di proprietà, una situazione giuridica in linea di principio spettante, in base al diritto cogente, ai destinatari delle sanzioni.

to dei danni derivanti da crimini internazionali (Nota a Corte di Cassazione, SS.UU. Civ., 11 marzo 2004, n. 5044), in Rivista della cooperazione giuridica internazionale, 2005, pp. 105-116; v. anche P. DE SENA, F. DE VITTOR, State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case, in European Journal of International Law, 2005, pp. 89-112; C. FOCARELLI, I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente, in Rivista di diritto internazionale, 2007, pp. 637-656; ID., Diniego dell'immunità giurisdizionale degli Stati stranieri per crimini, jus cogens e dinamica del diritto, ivi, 2008, pp. 737-757), che avevano sostenuto l'inapplicabilità della regola dell'immunità statale dalla giurisdizione interna di altri Stati in caso di violazione di norme imperative (giusta la prevalenza del dovere di sanzionare detta violazione sulla norma generale che garantisce l'immunità), ha negato che una simile eccezione abbia acquisito carattere consuetudinario. La Corte ha ritenuto, infatti, che il conflitto tra "a rule, or rules, of jus cogens" (nel caso di specie, il divieto di deportazione dei cittadini e dei prigionieri di guerra nell'ambito di un conflitto, da parte dello Stato occupante) e "the rule of customary law which requires one State to accord immunity to another" è solo apparente, in quanto "the two sets of rules address different matters" (par. 93). Nel successivo par. 95, la Corte chiarisce, altresì, che "a jus cogens rule is one from which no derogation is permitted but the rules which determine the scope and extent of jurisdiction and when that jurisdiction may be exercised do not derogate from those substantive rules which possess jus cogens status, nor is there anything inherent in the concept of jus cogens which would require their modification or would displace their application", richiamando le proprie precedenti pronunce sui casi delle Attività armate sul territorio del Congo (Repubblica democratica del Congo c. Uganda), sentenza del 3 febbraio 2006, in ICJ Reports, 2006, paragrafi 64 e 125, e del Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000 (Repubblica democratica del Congo c. Belgio), sentenza del 14 febbraio 2002, ivi, 2002, paragrafi 58 e 78.

⁵⁷ Sentenza *Kadi* (T-315/01), punto 240 ss.

⁵⁸ *Ivi*, punti 274 ss. e 286 ss.

Nondimeno, entrambi tali diritti possono andare soggetti a limitazioni, in ragione del superiore interesse alla sicurezza internazionale di fronte alla minaccia del terrorismo. A ben vedere, però, la stessa ammissibilità di un bilanciamento tra opposti interessi determina l'impossibilità di assegnare alle norme che proteggono i diritti anzidetti il rango di norme imperative, a meno di ritenere che il medesimo rango sia attribuibile anche al regime sanzionatorio in deroga, in ossequio alla previsione di cui all'art. 53 della Convenzione di Vienna.

Altro, invece, è sostenere che i diritti in parola non siano in realtà tutelati da norme inderogabili, e che, pertanto, il loro libero esercizio possa essere condizionato, in casi determinati, dal perseguimento di finalità generali come la lotta al terrorismo internazionale. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, il bilanciamento operato dal Tribunale sarebbe risultato solo apparente, risolvendosi immediatamente in favore del regime sanzionatorio in contestazione, stante la (già riscontrata) prevalenza degli obblighi di cui agli articoli 25 e 103 della Carta delle Nazioni Unite su quelli posti a tutela dei diritti fondamentali.

In ultima analisi, dopo aver constatato che i diritti invocati dal ricorrente non sono tutelati da norme di *ius cogens* (in quanto gli stessi non rivestono carattere assoluto e inderogabile), il Tribunale avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il loro bilanciamento rispetto al regime delle *smart sanctions*, in coerenza con quanto affermato nella prima parte delle motivazioni della sua decisione.

Anche alcune corti nazionali hanno avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità del regime sanzionatorio in commento, con esiti differenti. Si può citare, anzitutto, un'ordinanza del Tribunale federale elvetico del 14 novembre 2007⁵⁹, concernente l'ammissibilità di un ricorso amministrativo avverso l'applicazione delle sanzioni previste dall'atto federale di recepimento delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Il Tribunale, pur ravvisando in tali risoluzioni evidenti lacune sotto il profilo delle garanzie procedurali, ha stabilito che il governo federale non fosse legittimato a riesaminare autonomamente la posizione del ricorrente, ma dovesse avvalersi esclusivamente della procedura di *delisting* istituita nell'ambito del Comitato delle sanzioni, essendo la Svizzera vincolata al rispetto degli obblighi derivanti dalla partecipazione alle Nazioni Unite, nei limiti in cui questi non risultassero in contrasto con le norme imperative del diritto internazionale⁶⁰.

Nel 2008, la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court*, confermando l'orientamento espresso dalla *House of Lords* nella nota pronuncia sul caso *Al-Jedda*⁶¹, ha parimenti ritenuto che l'obbligo di dare ese-

⁵⁹ Cfr. la decisione del Tribunale federale di Losanna (Svizzera) del 14 novembre 2007 sul caso *Youssef Mustapha Nada c. Secrétariat d'État pour l'Économie* (causa 1A.45/2007, ILDC 46, BGE 133 II 450).

⁶⁰ *Ivi*, par. 6.2.

⁶¹ V. la sentenza del 12 dicembre 2007 nella causa *Al-Jedda v. Secretary of State for Defence* (2007, UKHL 58, www.publications.parliament.uk), in cui la *House of Lords* ha negato la responsabilità del Regno Unito per la violazione dell'art. 5 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come conseguenza dell'ingiustificata detenzione preventiva del ricorrente per oltre

cuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza dovesse prevalere, *ex art.* 103 della Carta delle Nazioni Unite, sulla tutela dei diritti individuali assicurata dall'ordinamento interno e dall'adesione della Gran Bretagna alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: “[a]rticle 103 of the Charter makes clear that the obligations under the Charter take precedence over any other international agreements. Thus human rights under the ECHR cannot prevail over the obligations set out in the Resolutions”⁶².

In questo periodo, pertanto, sembra emergere un indirizzo giurisprudenziale tendente a riconoscere la supremazia del regime speciale introdotto dalle risoluzioni in commento su ogni altro obbligo internazionale gravante sugli Stati a diverso titolo, ad esclusione di quelli derivanti da norme di natura imperativa, considerate comunque inapplicabili nei casi di specie.

Sempre nel 2008, tuttavia, il Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite, nelle osservazioni sul caso *Sayadi e Vinck*, constata la violazione degli articoli 12 e 17 del Patto sui diritti civili e politici da parte del Belgio, per non aver assicurato la libertà di circolazione e il rispetto della vita privata e familiare delle vittime (iscritte nelle *blacklists*) conformemente alle disposizioni del Patto. Il Comitato ha ritenuto che la trattazione della comunicazione non fosse impedita dall'art. 46 del Patto, che vieta di interpretare le relative disposizioni con lo scopo di eludere gli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite: “the case concerns the compatibility with the Covenant of national measures taken by the State party in implementation of a Security Council resolution. Consequently, the Committee finds that article 46 is not relevant in this case”⁶³.

Lo stesso anno, la Corte di giustizia CE, chiamata ad esprimersi nel giudizio di appello sui casi *Kadi e Al Barakaat*, ribalta l'esito del giudizio di primo grado,

tre anni presso una caserma britannica in Iraq. La *House of Lords* ha motivato la propria decisione affermando che l'obbligo gravante sul Regno Unito di dare attuazione alla risoluzione del Consiglio di sicurezza 1546 (2004), che aveva autorizzato “the multinational force shall have the authority to take all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq” (così la S/RES/1546 (2004) dell'8 giugno 2004, par. 10), dovesse ritenersi prevalente su quello di rispettare il diritto alla libertà e alla sicurezza del ricorrente, ai sensi dell'art. 5 della CEDU. Per un commento, si rinvia a M. ARCARI, *Autorizzazioni del Consiglio di sicurezza, tutela dei diritti dell'uomo e occupazione militare in Iraq: il caso Al-Jedda di fronte ai giudici britannici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 1083 ss.; C. TOMUSCHAT, *On the Application of Al-Jedda v Secretary of State for Defence: Human Rights in a Multi-Level System of Governance and the Internment of Suspected Terrorists*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2008, pp. 391-404. Più recentemente, anche la Corte europea dei diritti dell'uomo si è pronunciata sulla questione (si veda la sentenza *Al-Jedda*), ribaltando l'interpretazione della *House of Lords* e sostenendo l'esistenza di una violazione dell'art. 5 della Convenzione. Cfr. i paragrafi 99 ss. della sentenza (*infra*, par. 5).

⁶² V. la sentenza della *Court of Appeal – Administrative Court* del 24 aprile 2008 sul caso *A, K, M, Q & G v. H. M. Treasury* (2008 EWHC 869 (Admin), [2008] 3 All ER 361, reperibile *online*), al par. 18.

⁶³ *Human Rights Committee*, osservazioni sulla comunicazione n. 1472/2006, *Nabil Sayadi and Patricia Vinck v. Belgium*, CCPR/C/94/D/1472/2006 del 29 dicembre 2008, par. 10.3.

affermando la sussistenza di una violazione dei diritti fondamentali dell'appellante, come garantiti dallo stesso ordinamento comunitario⁶⁴.

La pronuncia si caratterizza per un rifiuto radicale dell'impostazione accolta dal Tribunale di primo grado. La Corte, infatti, nel qualificare l'ordinamento comunitario come una "comunità di diritto", afferma in principio che né gli Stati membri, né le istituzioni possano sottrarsi "al controllo della conformità dei loro atti alla carta costituzionale fondamentale, costituita dal Trattato". Conseguenza da ciò che il regolamento 881/2002, chiamato a dare attuazione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, a differenza di queste, resta pienamente soggetto al predetto controllo di legittimità e che il suo eventuale annullamento da parte del giudice comunitario "non rimetterebbe in discussione la prevalenza di tale risoluzione sul piano del diritto internazionale"⁶⁵.

La Corte confuta le argomentazioni del Tribunale, con riferimento sia all'ammissibilità del sindacato giurisdizionale sulla legislazione c.d. "derivata" – ancorché emanata in attuazione di obblighi internazionali – rispetto alle fonti comunitarie di natura primaria, sia ai limiti della propria competenza, che non si estende sino alla valutazione della legittimità degli atti *extra ordinem*, ma solo degli effetti da questi prodotti all'interno dell'ordinamento comunitario. Secondo la Corte, il rispetto dei diritti dell'uomo configura un "principio costituzionale" del Trattato CE che non può essere messo in discussione da eventuali obblighi imposti dall'osservanza di altri accordi internazionali. Viene in rilievo, pertanto, una gerarchia interna al Trattato, in base alla quale la tutela dei diritti umani prevale sulla stessa clausola di cedevolezza di cui all'art. 307⁶⁶.

Senonché, pur riconoscendo al Consiglio di sicurezza la piena responsabilità del mantenimento della pace, la Corte contesta che la Carta delle Nazioni Unite imponga agli Stati membri di attuare le risoluzioni del Consiglio secondo "un modello prestabilito". Al contrario, ciò deve avvenire "nel rispetto delle modalità applicabili a tal fine nell'ordinamento giuridico interno di ciascun membro dell'ONU"⁶⁷.

Se il parametro di legittimità delle sanzioni individuali non è più lo *ius cogens*, ma i principi generali dell'ordinamento comunitario (derivanti – com'è noto –

⁶⁴ Sentenza *Kadi e Al Barakaat*. Per qualche commento, *ex multis*, si rinvia a P. PIRRONE, *Attuazione delle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza contro il terrorismo e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario: la sentenza della Corte di Giustizia ai casi Kadi e Al Barakaat*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2009, p. 55 ss.; F. SALERNO, *Quale "comunità di diritto" per il signor Kadi?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 110 ss.; K. ZIEGLER, *Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, pp. 288-305; E. CANNIZZARO, *Security Council Resolutions and EC Fundamental Rights*, in *Yearbook of European Law*, 2010, pp. 593-600; G. DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, pp. 1-49.

⁶⁵ Sentenza *Kadi e Al Barakaat*, punti 81 ss.

⁶⁶ *Ivi*, punti 284 ss. e 303.

⁶⁷ *Ivi*, punto 298.

dalle “tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri”), è appena il caso di notare come il bilanciamento tra la tutela dei diritti e la sicurezza internazionale possa realizzarsi a condizioni più “agevoli”, risolvendosi così in favore della prima. La Corte conclude, infatti, per la violazione di entrambi i diritti alla tutela giurisdizionale effettiva e al rispetto della proprietà degli appellanti⁶⁸.

Diversamente dalla decisione del Tribunale, la pronuncia della Corte appare fortemente orientata ad affermare l’autonomia dell’ordinamento comunitario rispetto ai vincoli posti agli Stati membri dalla partecipazione alle Nazioni Unite, laddove questi si traducano in un’indebita limitazione delle garanzie riconosciute ai cittadini europei⁶⁹. D’altro canto, la Corte non sembra preoccuparsi se un’eventuale attuazione “differenziata” (variabile, cioè, in funzione della diversa “sensibilità” degli ordinamenti recipienti) del regime sanzionatorio promosso dal Consiglio di sicurezza possa comprometterne – o comunque depotenziarne – l’efficacia complessiva⁷⁰.

Di ciò appare, invece, certamente più consapevole il Tribunale dell’Unione europea (divenuto tale dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona), chiamato nuovamente a pronunciarsi sulla questione a seguito dell’impugnazione del regolamento adottato in luogo del precedente, annullato dalla Corte⁷¹. Nella sentenza del 30 settembre 2010, il Tribunale si interroga, infatti, sul “rischio di perturbazione” del regime sanzionatorio antiterrorismo, derivante “dall’instaurazione a livello nazionale o regionale di un controllo giurisdizionale del tipo di quello auspicato dal ricorrente alla luce della sentenza Kadi della Corte”, ritenuto idoneo a “interferire con le prerogative del Consiglio di sicurezza”⁷².

Vale la pena di notare che il Tribunale, nei limiti dell’accertamento ad esso deferito, continua a “prendere le distanze” dall’orientamento espresso dalla Corte, ritenuto non esente da critiche⁷³. Ciò, tuttavia, non gli impedisce di uni-

⁶⁸ *Ivi*, punti 368 ss.

⁶⁹ Di analogo tenore è la sentenza della Corte federale canadese del 4 giugno 2009, sul caso *Abofsian Abdelrazik v. The Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada*, cit. Per un commento, v. A. TZANAKOPOULOS, *United Nations Sanctions in Domestic Courts: From Interpretation to Defiance in Abdelrazik v. Canada*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2010, pp. 249-267.

⁷⁰ Il che, peraltro, appare in linea con le esortazioni a rispettare gli standard internazionali sulla tutela dei diritti umani nell’adozione degli strumenti di contrasto al terrorismo, rivolte agli Stati membri dallo stesso Consiglio di sicurezza: “States must ensure that any measure taken to combat terrorism comply with all their obligations under international law, and should adopt such measures in accordance with international law, in particular international human rights, refugee and humanitarian law” (così la risoluzione S/RES/1456 (2003) del 20 gennaio 2003, al par. 6). Cfr. anche le risoluzioni S/RES/1566 (2004) dell’8 ottobre 2004, S/RES/1822 (2008) e S/RES/1904 (2009). Sul punto, si veda l’opinione di M. LUGATO, *op. cit.*, p. 318 ss.

⁷¹ Sentenza *Kadi* (T-85/09). Per un commento, cfr. S. COTURA, *Nota a Trib. dell’Unione Europea 30 settembre 2010 T-85/09*, in *Il Foro Padano*, n. 3/2011, i, pp. 496 ss.

⁷² Sentenza *Kadi* (T-85/09), punti 113-114.

⁷³ Il Tribunale è dell’avviso, infatti, che “controllare la legittimità di un atto comunitario che si limiti ad attuare, a livello della Comunità, una siffatta risoluzione che non lascia alcun margine a

formarsi alle valutazioni della precedente sentenza di appello, riconoscendo che, nonostante le innovazioni procedurali introdotte nella procedura innanzi al Comitato delle sanzioni (in particolare, con l'istituzione del *Focal point* e dell'*Ombudsperson*), “le considerazioni svolte (...) dalla Corte (...) rimangono, ad oggi, fundamentalmente valide”⁷⁴.

5. Gli orientamenti che emergono dalla giurisprudenza esaminata consentono di formulare alcune osservazioni sulle questioni poste in precedenza, precisamente sull'ammissibilità del sindacato giurisdizionale diffuso nei confronti del regime delle sanzioni antiterrorismo e sulle caratteristiche e i limiti del controllo esercitato, a vario titolo, dalle corti internazionali e nazionali.

Per ragioni di chiarezza espositiva, sembra opportuno distinguere tra i due richiamati ambiti di valutazione: il primo, infatti, assume carattere preliminare rispetto al secondo e va affrontato separatamente da questo.

In primo luogo, va rilevata la sussistenza di un orientamento generalmente propenso ad ammettere la possibilità di un sindacato giurisdizionale nei confronti del regime sanzionatorio recepito dagli Stati in base alle pertinenti risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Gli organi aditi, infatti, non si sono sottratti dall'esercitare la propria potestà giurisdizionale a motivo dell'insindacabilità degli effetti delle risoluzioni anzidette nei rispettivi ordinamenti giuridici. In altri termini, al regime in commento non è stata riconosciuta alcuna *immunità* sul piano giurisdizionale, intesa come obbligo di astensione dal valutare la legittimità del rapporto dedotto in giudizio in confronto a norme potenzialmente confliggenti, per via dell'incapacità del soggetto giudicante di conoscerlo in base alla propria competenza.

Sia il Tribunale, sia la Corte di giustizia CE hanno affermato la propria giurisdizione nel caso concreto, sebbene il relativo fondamento sia stato individuato in base a presupposti differenti. Il Tribunale si è rifiutato di giudicare la legittimità del regolamento (CE) 881/2002 in rapporto al diritto comunitario, ritenendo un simile giudizio implicitamente lesivo delle prerogative del Consiglio di sicurezza, ma ciò non gli ha impedito di avocare a sé la competenza a sottoporre il regime sanzionatorio in commento a un sindacato di legittimità ulteriore rispetto allo *ius cogens* internazionale.

La Corte di giustizia, invece, ha ammesso sin dal principio la propria competenza a sindacare la liceità dei contenuti del regolamento 881/2002 rispetto ai

tal fine, equivale necessariamente a controllare, alla luce delle norme e dei principi dell'ordinamento giuridico comunitario, la legittimità della risoluzione così attuata” (*ivi*, punto 116; v. anche i successivi punti 118 e 121).

⁷⁴ *Ivi*, punti 183 e 192-194. Com'è noto, la Corte di giustizia è stata nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla questione, in seguito agli appelli promossi dalla Commissione e dal Consiglio dell'Unione europea e dal Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (cause riunite C-584, 593 e 595/10 P), ai quali si è aggiunto l'atto di intervento *ad adiuvandum* della Repubblica italiana (redatto dal vice Avvocato Generale dello Stato M. Fiorilli e disponibile in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2011, vol. 63, n. 3, p. 1 ss.). Peraltro, la recente decisione, assunta dal Comitato delle sanzioni, di cancellare il Sig. Kadi dalla *blacklist* (risalente al 5 ottobre 2012), potrebbe indurre la Corte a dichiarare definitivamente cessata la materia del contendere.

principi generali del diritto comunitario. Lo stesso Comitato dei diritti dell'uomo delle Nazioni Unite non ha mancato di esercitare la propria funzione di controllo sull'osservanza del Patto sui diritti civili e politici, "(...) regardless of the source of the obligations implemented by the State party"⁷⁵.

Anche le Corti nazionali – come la *House of Lords* e il Tribunale federale svizzero – che si sono mostrate favorevoli a riconoscere la prevalenza sul piano giuridico-formale degli obblighi derivanti dall'adesione alla Carta delle Nazioni Unite rispetto a ogni altro obbligo internazionale assunto dagli Stati, inclusi quelli in materia di diritti dell'uomo, non hanno, tuttavia, rinunciato a pronunciarsi sulle questioni loro sottoposte, dichiarandosi per ciò stesso implicitamente titolari di una potestà giurisdizionale corrispondente.

L'unico orientamento apertamente difforme è quello adottato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che, nella decisione sulla ricevibilità del 31 maggio 2007 relativa ai casi *Behrami e Saramati*⁷⁶, si è dichiarata carente di giurisdizione *ratione personae* rispetto alla domanda promossa dai ricorrenti. Com'è noto, il giudizio non verteva sulla legittimità del regime delle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, ma sulle asserite violazioni della Convenzione commesse nell'ambito delle missioni autorizzate ai sensi del Capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite in Kosovo (UNMIK e KFOR). In tale occasione, la Corte ha ritenuto che le fosse precluso ogni possibile scrutinio sulla condotta tenuta dagli Stati parti della Convenzione nell'adempimento di obblighi derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, poiché ciò avrebbe finito per interferire "with the fulfilment of the UN's key mission in this field"⁷⁷. La decisione nel caso di specie è fondata sul riconoscimento del primato dell'obiettivo del mantenimento della pace su ogni altra finalità perseguita nell'ambito dell'Organizzazione, così che la stessa promozione del rispetto dei diritti umani viene ad assumere un rilievo meramente strumentale nell'economia generale del funzionamento del sistema di sicurezza collettiva⁷⁸. Tale interpretazione, peraltro, sembra essere – almeno parzialmente – smentita dalla stessa Corte nella più recente pronuncia sul caso *Al-Jedda*, ladove si afferma che, in base a una lettura sistematica degli scopi e dei principi della Carta delle Nazioni Unite, l'obiettivo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale non può andare disgiunto da quello della tutela dei diritti umani. Pertanto, "the Court considers that, in interpreting its resolutions, there

⁷⁵ Così le osservazioni del Comitato, cit., par. 7.2.

⁷⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, decisione del 2 maggio 2007 *Behrami c. Francia e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*.

⁷⁷ Così il par. 149 della sentenza. Prosegue la Corte rilevando che "it would also be tantamount to imposing conditions on the implementation of a UNSC Resolution which were not provided for in the text of the Resolution itself". La Corte si discosta dall'orientamento adottato nel celebre caso *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi (Bosphorus Airways) c. Irlanda* (Grande Camera, sentenza del 30 giugno 2005), ritenendo che "the circumstances of the present cases are essentially different from those with which the Court was concerned in the Bosphorus case (...) in terms both of the responsibility of the respondent States under Article 1 and of the Court's competence *ratione personae*" (par. 151).

⁷⁸ Cfr. il par. 148 della sentenza.

must be a presumption that the Security Council does not intend to impose any obligation on Member States to breach fundamental principles of human rights”⁷⁹.

In definitiva, la prassi giurisprudenziale sviluppata in conseguenza dell’adozione delle risoluzioni antiterrorismo del Consiglio di sicurezza, pur nella varietà delle soluzioni accolte, conferma la possibilità/necessità di sottoporre il regime delle sanzioni individuali a un sindacato di legittimità esterno, in assenza di un corrispondente meccanismo di controllo attivato nell’ambito delle Nazioni Unite.

Proprio per la mancanza di un’autorità di controllo centralizzata, il ruolo di “supplenza” svolto dai giudici nazionali e internazionali (o sovra-nazionali) e dal Comitato dei diritti dell’uomo può assumere un’importanza cruciale. Si intravede in ciò l’affermazione di un principio cardine del costituzionalismo moderno – quello del *rule of law*, nella sua specifica declinazione di principio di revisione giudiziaria di tutti i provvedimenti autoritativi idonei a interferire con l’esercizio di diritti individuali⁸⁰ – rispetto al quale si profila un significativo margine di applicazione anche a livello internazionale⁸¹.

Riguardo al secondo profilo di indagine – concernente i contenuti e i limiti del sindacato in parola – la prassi esaminata è, invece, molto più articolata e non riconducibile a un indirizzo uniforme. La giurisprudenza appare, infatti, prevalentemente orientata a riconoscere la supremazia del diritto delle Nazioni Unite (*rectius*, degli obblighi derivanti dalla partecipazione all’Organizzazione) sulle norme di carattere generale o particolare che entrino – sia pure occasionalmente – in conflitto con le prime. Ciò in base a un approccio “monista”, per il quale la possibilità di composizione delle antinomie tra sistemi giuridici diversi va individuata nell’applicazione di un criterio rigidamente gerarchico e, quindi, nell’accettazione della prevalenza delle norme alle quali è riconosciuto un rango superiore.

D’altronde, è sempre in applicazione del medesimo criterio che il Tribunale di primo grado si è spinto sino ad accertare se *oltre* il livello del regime sanzionatorio stabilito dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza – “blindato” dagli articoli 25 e 103 della Carta – non si collochi un livello ulteriore, rappresentato dalle norme imperative del diritto internazionale, al quale conformare anche le decisioni dell’organo esecutivo delle Nazioni Unite. Pur condivisibile in

⁷⁹ Cfr. la sentenza *Al-Jedda*, par. 102.

⁸⁰ Sull’ampiezza della nozione di *rule of law*, cfr. R. GROTE, *Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de Droit*, in C. STARCK (ed.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy. A Comparative Analysis*, Baden-Baden, 1999, pp. 270 ss., il quale afferma che tale principio “belongs to the category of open-ended concepts which are subject to permanent debate” (p. 271). Secondo S. CHESTERMAN, *An International Rule of Law?* (reperibile *online*), “what we might term a core definition of the rule of law as it has evolved over time appears to have three elements (...). These (...) may be summarized as a government of laws, the supremacy of the law, and equality before the law” (p. 15).

⁸¹ Sostiene D. SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, New York, 1999, p. 358: “[o]ne of the most important legal developments of the modern era – both nationally and internationally – has been the opening of avenues of complaint for private citizens against oppressive action by government agents and agencies and the affording of remedies when violations are found”.

astratto, tale operazione si rivela, però, improduttiva, per i motivi in precedenza indicati⁸². Se si accoglie l'anzidetto criterio assiologico, non potrà ammettersi alcun bilanciamento tra le norme poste a tutela dei diritti umani e quelle speciali emanate dal Consiglio di sicurezza: a seconda del valore attribuito alle prime (inderogabile o meno), infatti, una delle due categorie è comunque destinata a prevalere sull'altra.

Radicalmente in antitesi si pone l'interpretazione della Corte di giustizia, caratterizzata da un approccio "dualista". Secondo la Corte, nonostante la riconosciuta prevalenza su tutti gli altri obblighi internazionali gravanti sugli Stati membri delle N.U., le decisioni del Consiglio di sicurezza non possono trovare attuazione negli ordinamenti degli Stati recipienti qualora presentino elementi incompatibili con i valori supremi cui tali ordinamenti si ispirano e che parimenti informano la "comunità di diritto" europea, istituita a partire dal Trattato di Roma. Le istituzioni giudiziarie hanno, pertanto, il compito di impedire che l'applicazione del regime sanzionatorio antiterrorismo si traduca in un'elusione degli standard di tutela riconosciuti nell'ambito dell'Unione europea.

Anche una simile interpretazione – da più parti giustamente accostata alla celebre "dottrina *Solange*" elaborata dal *Bundesverfassungsgericht*⁸³ – presenta però alcuni problemi di ammissibilità sul piano teorico (non essendo del tutto chiaro in che modo gli Stati membri possano validamente sottrarsi dal dare attuazione a una decisione implicante l'assunzione di misure a carattere vincolato, senza incorrere in una violazione degli obblighi di cui agli articoli 25 e 103 della Carta), nonché di realizzazione pratica, dato il rischio di compromettere l'efficacia complessiva del meccanismo sanzionatorio in commento per effetto di una sua applicazione differenziata da Paese a Paese (o in un determinato ambito regionale, com'è il caso dell'Unione europea).

In ciò, del resto, può scorgersi il limite principale del controllo giurisdizionale diffuso sin qui descritto, il quale – per definizione – può condurre a esiti disomogenei e tra loro contraddittori, in base alla diversa sensibilità degli organi interpellati e alla maggiore o minore attitudine delle rispettive "comunità di diritto" ad assicurare il rispetto dei diritti individuali.

D'altro canto, per consentire agli Stati di superare il contrasto tra opposti interessi altrettanto meritevoli di tutela, non sembrano sufficienti i soli inviti del Consiglio di sicurezza ad applicare le misure antiterrorismo in modo conforme agli standard internazionali di tutela dei diritti dell'uomo, ma si rende auspicabile, piuttosto, lo sviluppo di un'interpretazione più coerente e "integrata" dei diversi principi e finalità della Carta delle Nazioni Unite, per consentire che il

⁸² *Supra*, par. 4. Osservano P. DE SENA, M. C. VITUCCI, *op. cit.*, pp. 889-896: "[i]ndeed, even though there has been an evolution of the international legal order in the field of human rights, it is practically inconceivable (as the consequences of the CFI's decision in the Kadi case have clearly shown) that such decisions might be considered to infringe *jus cogens* rules, and that no effect should be given to such decisions on that basis" (p. 890).

⁸³ La celebre dottrina è esposta nelle note sentenze del Tribunale costituzionale della Repubblica Federale Tedesca del 29 maggio 1974 (c.d. *Solange I*) e del 22 ottobre 1986 (*Solange II*).

primato degli obblighi gravanti sugli Stati membri *ex art. 103* sia infine valutato “al netto” degli obblighi dai medesimi assunti a difesa dei diritti umani⁸⁴.

Abstract

Admissibility and Limits of the Diffuse Judicial Review on the Security Council's Individual Sanctions

Over the past ten years, the fight against international terrorism has involved States and international organizations (first and foremost, the United Nations and its organs) in the search for new legal instruments to target and punish those responsible for crimes, including individuals. Security Council Resolution no. 1267/1999 first imposed sanctions against the Taliban for their support of the Al-Qaida organization and established a Sanctions Committee for the dual purpose of designating Taliban individuals and entities associated with Al-Qaida and monitoring the implementation of the sanctions. After 11 September 2001, the sanctions regime was extended to the “Al-Qaida network” and strengthened through new measures, but it raised some problems respect to the international human rights standard, because of the lack of transparency and due process in both the *listing* and the *delisting* procedures. These features affect the very nature of the sanctions, by making them similar to criminal penalties, although imposed without any trial. Given the absence of a judicial review mechanism of the Security Council's measures before the International Court of Justice, domestic and European courts has been required to ensure the respect of the *rule of law* principle towards individuals affected by targeted sanctions, as occurred in the famous *Kadi* case. In such a context, this paper aims to investigate the admissibility and the limits of the “diffuse judicial review” of the Security Council's sanctions regime in the light of the international human rights law.

⁸⁴ Sull'importanza della *human rights clause* nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e sull'interpretazione aggiornata dell'art. 103 della Carta, cfr. M. LUGATO, *op. cit.*, p. 333 ss.

Paolo Venturi*

Sugli sviluppi del caso *Ferrini* nel quadro dell'UE: l'ordinanza nella causa *Currà e altri c. Germania*

SOMMARIO: 1. Gli elementi caratterizzanti l'ordinanza della Corte. – 2. Sull'incompetenza *ratione materiae* in relazione all'oggetto del procedimento principale. – 3. Il limite *ratione temporis*. – 4. I riflessi sull'operatività possibile della giurisdizione civile universale in ambito UE.

1. Con una recente ordinanza¹, la Corte di giustizia UE si è dichiarata manifestamente incompetente a conoscere della domanda di pronuncia pregiudiziale richiesta dal Tribunale di Brescia, relativa da alcuni deportati (italiani) nei campi di lavoro tedeschi al tempo della seconda guerra mondiale e promossa contro la Repubblica Federale di Germania. L'ordinanza interviene a pochi mesi dalla pronuncia della Corte internazionale di giustizia² sul ricorso promosso dalla Germania contro l'Italia, a seguito della nota sentenza sul caso *Ferrini*³, e segna un ulteriore passo verso il consolidamento di una lettura "conservatrice" del rapporto esistente tra la teoria dei diritti umani fondamentali e il principio classico dell'immunità degli Stati.

La vicenda processuale in esame nasce sulla scorta del più recente orientamento della Corte di cassazione, con il quale si è stabilita la legittimità dei ricorsi promossi da cittadini italiani contro uno Stato straniero e volti ad ottenere il risarcimento dei danni subiti a causa di gravi violazioni di diritti umani, stabilendo che, per i casi in esame, non vale l'eccezione dell'immunità dalla giurisdizione.

Con il ricorso in via pregiudiziale, il Tribunale di Brescia chiede alla Corte di esprimersi sulla compatibilità con l'ordinamento dell'UE della legge 98/2010⁴, nella parte in cui l'Italia, nelle more del ricorso alla Corte internazionale di giustizia⁵, sospende l'esecutività delle sentenze di condanna nei confronti

* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Siena.

¹ Ordinanza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012, causa C-466/11, *Currà*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

² Sentenza del 3 febbraio 2012, www.icj-cij.org.

³ Cassazione civile, SS. UU., sentenza dell'11 marzo 2004, n. 5044, in *Rivista di diritto internazionale*, 2004, p. 540 ss.

⁴ L. 23 giugno 2010, n. 98, *GURI* 147, 26 giugno 2010.

⁵ Ci riferiamo alla vicenda relativa al citato caso *Ferrini*, il cui ricorso alla Corte internazionale di giustizia fu presentato dalla Germania il 23 dicembre 2008.

della Germania per crimini di guerra e contro l'umanità; nonché dell'art. 7 del *Reichsbeamtenhaftungsgesetz*, la cui applicazione esclude la possibilità per i cittadini dell'UE di esercitare azioni risarcitorie per i crimini di guerra presso i tribunali tedeschi. Si chiede in particolare di accertare la compatibilità del provvedimento sospensivo italiano e di quello interdittivo tedesco con gli articoli 3 e 4 TUE, nonché con l'art. 6 TUE e con gli articoli 17, 47 e 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

La Corte di giustizia UE non entra nel merito della vicenda, dichiarando la sua manifesta incompetenza *ratione materiae* e *temporis*. Tale conclusione ci sembra poggiare su argomentazioni che meritano di essere sottolineate ai fini di un loro maggiore approfondimento.

La Corte precisa in primo luogo che il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE ha natura sussidiaria e comunque deve essere esercitato nei limiti delle competenze dell'Unione (art. 5 TUE)⁶. La questione oggetto del ricorso principale attiene ad un'azione risarcitoria relativa a fatti anteriori alla costituzione delle Comunità europee e si esercita nei confronti di uno Stato membro. Il giudice del rinvio, tuttavia, non indica nessun elemento che consenta di accertare che la materia rientri nell'ambito oggettivo di competenza della Corte: "esso chiede alla Corte, in un primo tempo, di pronunciarsi sull'interpretazione del principio di diritto internazionale generale relativo all'immunità degli Stati nonché dell'accordo sui debiti esteri tedeschi, cui l'Unione non aderisce, e, in un secondo tempo, di verificare se, alla luce di una tale interpretazione, il diritto e il comportamento di due Stati membri siano conformi alle varie disposizioni dei trattati UE e FUE e della Carta".

La Corte non trascura di sottolineare come le competenze attribuite all'UE debbano essere esercitate nel rispetto del diritto internazionale e, tuttavia, resta il limite di tali competenze, non potendo la Corte esercitare la sua funzione di controllo oltre questo mandato. E del resto, continua la Corte, sul tema dell'immunità in relazione all'azione risarcitoria oggetto (anche) della questione principale e costituente un elemento pregiudiziale all'esercizio (o meno) della tutela giurisdizionale civile, gli stessi Stati membri coinvolti hanno adito direttamente la Corte internazionale di giustizia (e non la Corte di Lussemburgo), senza che nessuno ne opponesse l'incompetenza, e questa si è dichiarata competente, decidendo nel merito in favore dell'immunità della Germania.

Infine, ancorché si volesse negare l'incompetenza *ratione materiae*, se ne dovrebbe concludere per quella *temporis*. Al riguardo, ricorda la Corte, in forza dell'art. 28 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, in mancanza di diversa disposizione esplicita nella convenzione di cui si chiede l'applicazione, gli Stati sono vincolati solo rispetto ai fatti successivi alla sua entrata in vigore. Nel caso in esame, i fatti sono chiaramente anteriori

⁶ Cfr. la sentenza del 5 ottobre 2010, causa C-400/10, *J. McB*, *Raccolta*, p. I-08965, punto 51; nonché le sentenze del 14 dicembre 2011, cause riunite C-483 e 484/11, *Boncea e Budan*, punto 32, e del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*, punto 71, non ancora pubblicate in *Raccolta*.

alla disciplina di cui si pretende di verificare la compatibilità e, non sussistendo nei trattati delle Comunità, allora, o in quelli attuali (TUE e/o TFUE), un'eccezione del tipo ricordato sopra, la Corte sarebbe comunque incompetente *ratione temporis*.

2. L'argomento su cui la Corte stabilisce la sua incompetenza *ratione materiae* è il seguente: "non c'è nulla che evidenzi che la situazione oggetto del procedimento principale possa rientrare nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione né, pertanto, delle norme di diritto internazionale che possono incidere sull'interpretazione del diritto dell'Unione. Di conseguenza, la Corte non è competente ad interpretare e applicare le norme di diritto internazionale che il giudice del rinvio pensa di applicare a detta situazione". Secondo la Corte, l'azione risarcitoria in oggetto, così come le è stata presentata dal giudice del rinvio, non è inquadrabile all'interno delle materie oggetto di competenza dell'UE.

Vi sono due aspetti in questa conclusione che meritano alcune considerazioni. Il primo riguarda l'affermazione circa la carenza di evidenze da parte del giudice del rinvio al fine di aiutare la Corte nella qualificazione della fattispecie all'interno dell'ordinamento dell'UE. Tale affermazione ci sembra discutibile qualora si evidenzino i caratteri propri di questo strumento.

Il ricorso in via pregiudiziale è uno dei mezzi attraverso i quali la Corte assolve il suo mandato (il principale, tra altri) di mantenere una uniformità nell'applicazione ed interpretazione del diritto dell'Unione. Nel caso di specie, il rinvio pregiudiziale non apre un procedimento contenzioso in senso proprio⁷, ma si riassume in un mezzo sussidiario (molto utilizzato) a supporto delle autorità giudiziarie nazionali che, essendo chiamate loro per prime al rispetto dell'ordinamento UE, qualora abbiano dubbi, devono/possono ricorrere alla Corte per avere chiarimenti. L'oggetto del procedimento è in ogni caso il solo diritto dell'UE e anche quando, come nel caso di specie, sembra orientarsi sulle legislazioni nazionali o su fonti internazionali, il ricorso deve essere presentato e discusso nella sola ottica della compatibilità con l'ordinamento dell'Unione. Il carattere sussidiario specifica il profilo non obbligatorio dello stesso. Anche in caso di ultima istanza, l'obbligo interviene solo a seguito dell'esistenza di una incertezza interpretativa da parte di giudici locali. Ciò premesso, il mancato ricorso in via pregiudiziale, così come il mancato rispetto dell'eventuale decisione della Corte a seguito di ricorso, rispetto ad una causa che poi si rivelasse decisa dai giudici nazionali in modo non conforme all'ordinamento dell'UE, espone lo Stato membro ad un possibile ricorso per infrazione, nonché ad azioni volte al risarcimento dei danni arrecati ai privati e, se del caso, ad una revisione del merito della sentenza nazionale non conforme⁸.

⁷ Le parti del procedimento principale non intervengono in giudizio e l'oggetto dello stesso non è la soluzione del caso nel merito.

⁸ Nella prassi della Corte, infatti, è noto l'orientamento che, partendo dal principio di leale collaborazione, legittimerebbe la possibilità di riesaminare una sentenza passata in giudicato rivelatasi contraria all'ordinamento dell'Unione: cfr. le sentenze del 13 gennaio 2004, causa C-453/00,

Se dunque la Corte ha questo mandato, sia pure in via sussidiaria, e se su questo presupposto può arrivare a correggere (con effetti anche risarcitori sui privati) decisioni passate in giudicato che fossero accertate erronee, resta francamente difficile immaginare che la Corte si possa fermare di fronte ad informazioni incerte o inadeguate da parte del giudice del rinvio. Il regolamento di procedura della Corte prevede del resto la facoltà dei giudici di Lussemburgo di chiedere integrazioni e chiarimenti proprio a questo scopo⁹. E tale facoltà non crediamo debba essere intesa nel senso di una sua discrezionalità nel caso in cui la vicenda presenti incongruenze, deficienze o inesattezze. La norma prevede questa facoltà nel senso di attribuire alla Corte un potere di inchiesta ulteriore che è esercitabile e a cui il giudice del rinvio deve collaborare.

Certo, non deve sfuggire il particolare contesto in cui il ricorso in via pregiudiziale interviene: esso si fonda sulla collaborazione tra le autorità giurisdizionali nazionali e quelle dell'UE. Per cui non crediamo neppure possa essere traslato in questo contesto, *sic et simpliciter*, l'adagio *iura novit curia*, che attribuisce al giudice l'esigenza di accertare, conoscere, interpretare ed applicare le norme. Tuttavia, a noi pare che lasciare nelle mani del giudice del rinvio l'esclusiva definizione dei riferimenti fattuali e normativi oggetto del procedimento principale ai fini del ricorso pregiudiziale significherebbe limitare incoerentemente le possibilità di intervento della Corte in questo ambito. Il risultato nel caso *Currà* ora in oggetto è un dispositivo che, come vediamo subito, proprio su questa premessa errata, resta nel contenuto delle motivazioni poco chiaro.

Il secondo rilievo riguarda le motivazioni che la Corte adduce per l'esclusione dall'ambito oggettivo di applicazione del diritto dell'Unione. La fattispecie in oggetto è inquadrabile quale azione risarcitoria per illecito extracontrattuale¹⁰. Il caso *de quo* presenta due elementi di estraneità che ne fanno una tipica fattispecie disciplinata dal diritto internazionale privato e processuale: il fatto e l'evento dannoso sono iniziati nel nostro Paese, per poi continuare fuori dall'Italia, e il soggetto cui si richiede di accertare la responsabilità è convenuto nel processo *de quo* è straniero (nel caso di specie è uno Stato straniero membro dell'UE). Tali elementi inquadrano il caso in esame nell'ambito della disciplina del regolamento (CE) n. 44/2001, in quanto (in astratto) sono soddisfatti i requisiti soggettivi, oggettivi e temporali richiesti. Ciò premesso, in linea teorica, la materia oggetto del procedimento principale sarebbe inquadrabile all'interno di

Kühne & Heinz, *Raccolta*, p. I-858 ss.; del 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, *ivi*, p. I-2605 ss.; e del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

⁹ Cfr. art. 104, par. 5, del regolamento di procedura della Corte di giustizia.

¹⁰ La giurisprudenza della Corte di giustizia, in merito all'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles, ha oramai chiarito ampiamente come tale norma copra tutte le domande inerenti l'accertamento di responsabilità che non abbiano fondamento in un titolo contrattuale (cfr. la sentenza del 27 settembre 1988, causa 189/87, *Kalfelis*, *Raccolta*, 55579 ss.; e, nello stesso senso, le sentenze del 26 marzo 1992, causa C-261/90, *Reichert e Kockler*, *ivi*, p. I-2149; del 27 ottobre 1997, causa C-51/97, *Réunion européenne S.A.*, *ivi*, p. I-6534 ss.; e dell'11 luglio 2002, causa C-96/00, *Gabriel*, *ivi*, p. I-6394 ss.

quelle dell'Unione nell'ambito della cooperazione giudiziaria civile. Per cui, la valutazione circa la compatibilità della legislazione italiana e tedesca che, nei fatti, impediscono l'esercizio dell'azione civile rientrerebbe nelle competenze della Corte e, su questa premessa, anche la valutazione delle norme di diritto internazionale e dell'UE richiamate.

La Corte, invece, non considera un differente argomento che avrebbe potuto, più correttamente, giustificare la sua conclusione: il fatto che il soggetto convenuto sia uno Stato che sostiene di avere agito *iure imperii*¹¹. In queste circostanze, anche recentemente e proprio per una fattispecie in tutto analoga al caso *de quo*, la Corte ha stabilito che l'esercizio di attività *iure imperii*, pur coinvolgendo fattispecie disciplinate dal regolamento, esclude la competenza della Corte in quanto esse non rientrano nell'ambito applicativo del regolamento (ai sensi dell'art. 1) e ciò anche a prescindere dalla liceità o meno¹² delle condotte contestate¹³. Nei casi menzionati, è pur vero che la Corte trova nel ricorso del giudice nazionale un diretto riferimento al regolamento ed alla questione dell'ambito oggettivo di applicazione di questo, ma in base a quanto sopra premesso, ciò non esime i giudici di Lussemburgo dall'approfondire i temi inerenti e addirittura dall'entrare a fondo sulla qualificazione delle azioni dello Stato *iure imperii* alla luce del quadro normativo di riferimento.

Sulla base di quanto appena indicato, allora, a noi pare che la Corte avrebbe dovuto in primo luogo inquadrare l'oggetto del ricorso pregiudiziale anche a prescindere dalle indicazioni presenti nell'istanza del giudice del rinvio. I richiami alle disposizioni del TUE e del TFUE, infatti, sono da leggere come riferimenti su cui valutare la compatibilità delle norme nazionali citate e non come elementi a cui riferirsi per comprendere l'inquadramento del procedimento principale all'interno delle materie attribuibili all'Unione. Non vi è dubbio che tale procedimento abbia ad oggetto una questione che rientra nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile e che la disciplina possa astrattamente confliggere con la normativa applicabile in base al regolamento 44/2001, da

¹¹ La giurisprudenza costante della Corte ha da sempre avuto un atteggiamento restrittivo nell'interpretazione delle eccezioni all'ambito oggettivo di applicazione della Convenzione di Bruxelles del 1968 e, ora, del Regolamento 44/01. Nel caso di specie, inoltre, la prassi della Corte si è orientata sulla base del criterio distintivo tra atti qualificabili come *iure imperii* e quelli *iure gestionis* (cfr. sentenze del 14 ottobre 1976, causa 29/76, *LTU*, *Raccolta*, p. 1541, punti 3 e 4; del 16 dicembre 1980, causa 814/79, *Rüffer*, *ivi*, p. 3808, punto 8; del 1° ottobre 2002, causa C-167/00, *Henkel*, *ivi*, p. I-8111, punto 26; del 14 novembre 2002, causa C-271/00, *Baten*, *ivi*, p. I-10489, punto 30; del 15 maggio 2003, causa C-266/01, *Préservatrice foncière*, *ivi*, p. I-4867, punto 22).

¹² Ovvero se nel compiere questi atti l'ufficiale abbia rispettato o meno la normativa nazionale applicabile.

¹³ Si veda in particolare la sentenza della Corte di giustizia del 15 febbraio 2007, causa C-292/05, *Lechoritou*, *Raccolta*, p. I-1540, che esclude l'applicabilità della disciplina in esame, sulla base della seguente conclusione: "Un'azione intentata da persone fisiche (...) diretta ad ottenere il risarcimento dei danni cagionati dalle forze armate di un altro Stato contraente in occasione dell'invasione del territorio del detto primo Stato in un conflitto militare, anche qualora tali atti costituiscano crimini contro l'umanità, non rientra nell'ambito d'applicazione *ratione materiae* della detta Convenzione" (punto 79).

interpretare anche alla luce dei principi di tutela dei diritti degli individui affermati nel TUE e nel TFUE.

Ciò premesso, e ritenendo il difetto di qualificazione sopra menzionato censurabile, la motivazione per dichiarare la manifesta incompetenza avrebbe dovuto fondarsi sugli elementi giuridici fattuali facilmente desumibili dalle circostanze del caso in esame. Sarebbe bastato riprendere la prassi precedente, a partire dal più recente caso *Lechoritou*, rilevando come si trattasse di attività *iure imperii*, per se stesse fuori dall'ambito di applicazione del regolamento 44/2001, per poi risolvere la questione affermando l'incompetenza della Corte. Tale conclusione avrebbe potuto poi essere rafforzata dal rinvio alla recente decisione della Corte internazionale di giustizia sopra citata, con la quale si è ribadita l'intangibilità della immunità degli Stati nell'esercizio di attività qualificabili come *iure imperii* anche a fronte di gravi violazioni dei diritti umani.

3. Il secondo argomento che la Corte riprende a sostegno della propria conclusione riguarda la competenza *ratione temporis* sulla scorta dell'art. 28 della Convenzione di Vienna del 1969: "A meno che un'intenzione diversa non si ricavi dal trattato o non risulti per altra via, le disposizioni di un trattato non obbligano una parte per quanto riguarda un atto o un fatto anteriore alla data di entrata in vigore del trattato medesimo rispetto a tale parte, o una situazione che aveva cessato di esistere a quella data". La Corte rileva come i Trattati costitutivi delle Comunità europee, anche alla luce dell'ultima modifica determinata dal Trattato di Lisbona, nulla dicano al riguardo e, trattandosi di fatti risalenti a data anteriore rispetto alla loro sottoscrizione, vi sarebbe per ciò stesso la incompetenza della stessa.

L'argomento non ci sembra invero concludente se si analizza la disciplina applicabile; ovvero se si ammette che, a dispetto delle considerazioni del Tribunale di Brescia, la materia oggetto del ricorso principale sarebbe disciplinata dal regolamento 44/2001, nell'ottica della competenza giurisdizionale, e che la richiesta di verifica di compatibilità riguarderebbe l'applicazione di questa disciplina nell'ottica dei principi e valori del TUE e del TFUE.

Ciò premesso, infatti, seguendo il dettato della Convenzione di Vienna, l'assunto della Corte varrebbe solo in quanto non emergesse, direttamente o indirettamente, una disciplina specifica al riguardo. Ma il regolamento citato definisce i limiti temporali del suo ambito di applicazione ritenendosi utilizzabile per tutti quei procedimenti iniziati dopo il 1° marzo 2002 (ai sensi dell'art. 66, par. 1). Non ha quindi alcun valore il momento storico nel quale è emerso il fatto che ha generato il procedimento civile oggetto della causa¹⁴. L'eventuale rilievo giuridico di questo elemento dipende dai singoli sistemi nazionali ed è legato alla prescrizione dell'azione civile, che è questione non rilevante per il regolamento.

Questa precisazione ci sembra decisiva ai fini della valutazione della competenza *ratione temporis* della Corte sul caso *Currà*. Ancorché si voglia ritenere

¹⁴ Né questo è stato oggetto di analisi da parte della Corte nell'analogo caso *Lechoritou*.

corretto il riferimento all'art. 28 della Convenzione di Vienna, tale richiamo deve essere letto nella sua interezza, riconoscendo che il regolamento 44/2001 introduce, nei limiti del suo ambito applicativo, una disciplina speciale in deroga al normale riferimento al tempo in cui i fatti sono stati compiuti.

4. L'inquadramento del caso *Currà* all'interno dell'ordinamento dell'UE e, conseguentemente nella disciplina del regolamento 44/2001, dà anche l'occasione per alcune brevi riflessioni circa le prospettive possibili della teoria della giurisdizione universale civile in questo ambito.

All'interno dell'Unione sembrano emergere elementi di una prassi che riconosce questo principio, almeno in alcuni contesti e limitatamente ad alcune condizioni. Il tema del rapporto con l'immunità, a dire il vero, non è chiaramente definito, ma certo l'affermazione nell'ordinamento dell'UE di questa regola pone l'esigenza di comprendere più nel dettaglio anche questo aspetto. Ci pare di tutta evidenza, infatti, che il presupposto logico del concetto di giurisdizione universale civile risieda nella oggettiva impossibilità di esercitare l'azione civile nello Stato "competente" e, in primo luogo, di poterla esercitare altrove; nonché, in secondo luogo, di poterla rendere efficace ed eseguibile. Non si può ovviamente concludere che ciò implichi sempre un contrasto con il limite della immunità degli Stati; ma crediamo sia plausibile sostenere che tale conflitto si possa determinare in un gran numero di casi che verrebbero regolati in base all'assunto della giurisdizione universale.

La Commissione UE sembra avere delineato l'applicabilità di questo principio, sia pure nei limiti della nozione di giurisdizione penale universale, nel contesto della azioni civili extracontrattuali volte alla riparazione del danno subito. Al riguardo, agendo per conto dell'UE, quale interveniente *amicus curiae* nel caso *Kiobel e altri c. Royal Dutch Petroleum Co.*, deciso dalla Corte suprema degli Stati Uniti¹⁵, la Commissione ha sottolineato la legittimità dell'esercizio della giurisdizione civile universale proprio nei casi che a noi interessano: che si debba rispondere a richieste provenienti da cittadini dello Stato del foro; che vi sia il rischio concreto che gravi crimini internazionali contro gli individui rimangano impuniti; e soltanto quando sia evidente che, se non si facesse ricorso a tale principio, la vittima non potrebbe portare di fronte ad altro giudice competente la propria doglianza; ovvero quando lo Stato che ha commesso l'illecito non dà garanzia di offrire alla vittima rimedi effettivi ed adeguati. La Commissione precisa che il tema in esame deve fare i conti con altri principi del diritto internazionale e, in particolare, con il tema dell'immunità. Tuttavia, tale affermazione non si traduce nell'impossibilità assoluta di valutare la questione, dando aprioristicamente prevalenza all'immunità dalla giurisdizione civile.

Su queste considerazioni, inoltre, sia pure *de iure condendo*, si possono leggere alcune delle novità più rilevanti della proposta di modifica del regolamento

¹⁵ Cfr. *Brief of the European Commission on behalf of European Union as Amicus Curiae in Support of Neither Party*, caso *Kiobel and others v. Royal Dutch Petroleum Co.* (No. 10-1491), www.sdshhlw.com.

44/2001¹⁶: l'eliminazione del requisito soggettivo del domicilio del convenuto in uno Stato membro quale condizione di applicabilità dello stesso (art. 2); e l'introduzione di una disciplina del c.d. *forum necessitatis* (art. 26). In particolare quest'ultimo, qualora la proposta divenisse realtà normativa, legittimerebbe la giurisdizione civile qualora nessun giudice degli Stati membri fosse competente ai sensi del regolamento, consentendo a questi stessi giudici, in via eccezionale, di "conoscere della controversia se lo impongono il diritto a un giudice imparziale o il diritto di accesso alla giustizia, in particolare: a) se il procedimento non può essere ragionevolmente intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la controversia ha uno stretto collegamento; o b) se la decisione nel merito emessa in uno Stato terzo non può essere riconosciuta ed eseguita nello Stato membro del giudice adito ai sensi della legge di quello Stato, e il riconoscimento e l'esecuzione sono necessari per garantire il rispetto dei diritti del convenuto; e la controversia ha un collegamento sufficiente con lo Stato membro del giudice"¹⁷.

La proposta introduce formalmente nell'ordinamento dell'Unione uno strumento giuridico concreto in risposta al tema della necessità di dare una riparazione agli individui che non potrebbero altrimenti ottenerla. Essa è chiaramente collegata all'esigenza di coordinarsi con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, con il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale garantito dal suo art. 47¹⁸. Certo, la proposta non interviene nel contesto dei limiti dell'ambito oggettivo del (futuro nuovo) regolamento in modo significativo per ciò che a noi interessa; ciò che potrebbe indurre subito ad una interpretazione "conservatrice" del foro di necessità. Tuttavia, sia la Convenzione di Bruxelles del 1968, che il regolamento 44/2001 non disciplinano espressamente il tema dell'immunità, che è stato invece affrontato dalla Corte e risolto sulla scorta di una interpretazione evolutiva del testo. Tale giurisprudenza, inoltre, si è costituita anteriormente al Trattato di Lisbona, con il quale la Carta dei diritti fondamentali dell'UE è divenuta parte integrante ed essenziale dell'ordinamento dell'UE. Per cui, la nuova realtà del quadro normativo di riferimento avrebbe potuto e/o potrebbe determinare un diverso orientamento interpretativo della Corte stessa nel caso particolare del foro di necessità.

¹⁶ Del 14 dicembre 2010, COM(2010)748 def.

¹⁷ Sul collegamento tra il foro di necessità e il concetto di giurisdizione universale civile si veda in particolare il 27° 'considerando' della proposta, nonché la relazione allegata al punto 3.1.2. Al riguardo, inoltre, si leggano le osservazioni della Commissione nel suo intervento in *Brief of the European Commission*, cit., p. 18. Del resto, una soluzione analoga si ricava anche dalla *Draft Hague Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, nella c.d. eccezione sui diritti umani, di cui all'art. 18, par. 3, in base alla quale gli Stati possono esercitare la giurisdizione civile universale per la riparazione delle violazioni dei diritti umani e gli altri Stati possono (non debbono) riconoscere tali decisioni nel proprio ordinamento: cfr. F. POCAR, C. HONORATI (eds.), *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments. Proceedings of the Round Table held at Milan University on 15 November 2003*, Padova, 2005.

¹⁸ COM(2010)748 def., par. 3.4, dove espressamente, tra le motivazioni della proposta, si elenca anche l'esigenza di coordinarsi con la Carta.

L'orientamento che emerge nel caso *Currà*, invece, sembra confermare, almeno allo stato attuale, il limite dell'ambito applicativo di questo principio nei casi in cui il soggetto convenuto sia uno Stato straniero agente nelle sue funzioni *iure imperii*. Sulla base di quanto detto sopra, infatti, la decisione in oggetto nasce in un contesto assai significativo per dare un segnale sull'orientamento in parola. Essa è inoltre di poco successiva alla citata decisione della Corte internazionale di giustizia e, nonostante i presupposti concettuali utilizzati dalla Corte di Lussemburgo non ci sembrino corretti, il dato che emerge è di una sostanziale intangibilità della norma sull'immunità degli Stati nell'ambito dell'ordinamento dell'UE.

Abstract

The Developments in the *Ferrini* Case within the EU: The ECJ Order in *Currà* and *Others v. Germany*

The recent Order of the Court of Justice of the European Union on *Currà* case raises one more time the matter of balancing the State immunity from civil jurisdiction and the individual right of suing for damages occurred in case of breach of fundamental human rights within the EU law perspective. The Order was passed just few months after the well known decision of the International Court of Justice on “*Jurisdictional Immunities of State (Germany v. Italy: Greece intervening)*”. The CJEU Order is substantially in compliance with the EU case-law for similar matters. In spite of that, there are two issues deriving our attention: the first is related to the reasoning followed by the CJEU which is not entirely convincing. According to us, the CJEU fails to rightly classify the real object of the preliminary ruling, which belongs to the “judicial cooperation on civil matters” (in this case ruled by EU Regulation 44/01); thus, it fails to consider the real legal basis on which it could deny its jurisdiction: the classification of the facts under consideration as *iure imperii* actions. As a further consequence, the CJEU does not take into consideration Article 66 of Regulation 44/01 which should govern its *ratione temporis* competence. Therefore, it wrongly assumes its lack of jurisdiction. The second topic is related to future development of the EU case-law about the wider issue of rightly balancing State immunity and protection of fundamental human rights. As far as we know, this is one of the first judgements occurred on this matter after the Lisbon Treaty and the first after the above mentioned ICJ's decision. The CJEU, in our view, has shown a “conservative” approach, which is not properly consistent with the attitude that the EU showed in the past; and it gives a clear signal for the future development of its jurisprudence on this matter.

Chiara Gabrielli*

La nozione di giurisdizione extra-territoriale alla luce della recente giurisprudenza

SOMMARIO: 1. L'attualità della riflessione sul tema della giurisdizione extra-territoriale. – 2. Il concetto di giurisdizione nella CEDU. – 3. La giurisdizione extra-territoriale per violazioni dei diritti umani nell'*espace juridique* europeo. – 4. *Segue*: il potenziale conflitto tra due giurisdizioni. – 5. Gli sviluppi in materia di controllo effettivo sugli individui. – 6. La giurisdizione extra-territoriale per violazioni dei diritti umani al di fuori dell'*espace juridique* europeo. – 7. La violazione dei diritti umani su una nave in alto mare. – 8. Le operazioni svolte nel quadro di organizzazioni internazionali. – 9. La giurisdizione del Regno Unito in Iraq. – 10. *Segue*: le condizioni per l'imputabilità di violazioni dei diritti protetti dalla CEDU. – 11. *Segue*: il rapporto tra norme CEDU e risoluzioni del Consiglio di sicurezza. – 12. Conclusioni.

1. Queste pagine hanno per oggetto l'evoluzione della nozione di giurisdizione extra-territoriale degli Stati contraenti CEDU (art. 1 CEDU)¹ nella giurisprudenza della Corte europea, con particolare riferimento a quella più recente: la sentenza *Al-Skeini*² sul controllo di un territorio e/o di un individuo mediante

* Dottore di ricerca in Diritto europeo nell'Università degli studi di Roma Tre.

¹ Sull'art. 1 della CEDU, v., tra gli altri, G. GAJA, *Art. 1- Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 23 ss.; I. PAPANICOLOPULU, *La nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione Europea dei Diritti Umani nella recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti Umani*, in T. SCOVAZZI, I. PAPANICOLOPULU, S. URBINATI (a cura di), *I diritti umani di fronte al giudice internazionale. Atti della giornata di studio in memoria di Carlo Russo*, Milano, 2009, p. 83 ss.; S. M. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 1223 ss.; D. RUSSO, *Nuove pronunce sull'applicazione extra-territoriale degli obblighi previsti nei trattati sui diritti umani*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 771 ss.; R. NIGRO, *The Notion of "Jurisdiction" in Article 1: Future Scenarios for the Extra-territorial Application of the European Convention on Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2010, p. 11 ss.; L. PANELLA, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: problemi relativi all'applicazione dell'art. 1 CEDU*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, I, Torino, 2011, p. 509 ss.

² Sentenza *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 55721/07 – (7.7.11) (v. *infra*, par. 9).

atti di agenti e l'esercizio di pubblici poteri, anche durante pattugliamenti e scontri a fuoco in spazi aperti; la sentenza *Al-Jedda*³ sulla condotta di truppe che operano nell'ambito di una forza multinazionale sulla base di una risoluzione del Consiglio di sicurezza; la sentenza *Hirsi*⁴ sull'attività di polizia in alto mare.

La questione in oggetto costituisce un tema divenuto classico sotto la spinta di alcune sentenze della Corte che hanno volta a volta sollecitato la dottrina a mettere in evidenza le loro caratteristiche innovative e talvolta contraddittorie. In questa sede, non è possibile approfondire il dibattito dottrinale in materia.

In premessa, vale però la pena di ricordare come la dottrina si sia interrogata sul nesso e la distinzione tra le nozioni di imputazione della violazione e giurisdizione extra-territoriale. In proposito, la circostanza che la nozione di giurisdizione abbia perso l'originale connotato di territorialità non consente di ritenere che essa abbia perduto autonomia e possa essere considerata come assorbita dalla questione dell'imputazione dell'illecito internazionale⁵.

Malgrado la Corte europea abbia tracciato un complesso percorso interpretativo per giustificare l'estensione a fattispecie extra-territoriali della nozione di giurisdizione, resta a nostro avviso ancora valida la tesi che identifica la *ratio* di tale evoluzione nella necessità di tener conto del potere degli Stati contraenti di incidere sul godimento dei diritti individuali sanciti dalla CEDU⁶.

2. Occorre ricordare che i diritti previsti dalla CEDU sono garantiti a cittadini e stranieri sottoposti alla giurisdizione di uno Stato contraente. Nel suo significato attuale, il termine giurisdizione (art. 1 CEDU) comprende ogni forma di potere pubblico in spazi dove si esercita un controllo effettivo da parte di organi statali di uno Stato contraente anche al di fuori della sovranità territoriale.

Nel tempo, la Corte ha avuto modo di precisare il concetto di giurisdizione, con successivi aggiustamenti e correzioni⁷, individuando però parametri e criteri argomentativi. Il concetto di giurisdizione presuppone innanzitutto l'eser-

³ Sentenza *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08 – (7.7.11) (v. *infra*, paragrafi 10 e 11).

⁴ Sentenza *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [GC], no. 27765/09 – (21.2.12) (v. *infra*, par. 7).

⁵ Vedi P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; F. LATTANZI, *Il confine tra diritto internazionale umanitario e diritti dell'uomo*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, III, Napoli, 2003, p. 1985 ss., spec. pp. 1998-1999. Sul concetto di imputabilità di un fatto illecito nel diritto internazionale, v. per tutti L. CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalement illicite: solutions classiques et nouvelles tendances*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 191, 1984, p. 9 ss.

⁶ P. DE SENA, *op. cit.*, spec. pp. 121 ss. e 145-159. Secondo l'a., la giurisprudenza non si è limitata a un accertamento della situazione di soggezione da parte delle vittime delle violazioni al potere di governo degli Stati coinvolti, ma anche dell'idoneità dei poteri esercitati dagli Stati coinvolti ad incidere sul godimento dei diritti fatti valere in giudizio, a prescindere dalle forme in cui tali poteri sono stati manifestati.

⁷ In generale, per un esame delle modalità con cui la Corte modifica la propria giurisprudenza, v. A. R. MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling Its Previous Case Law*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 179 ss.

cizio del controllo da parte dello Stato contraente sul territorio o sull'individuo. Il legame può essere di "carattere territoriale" rispetto a un cittadino o straniero sottoposto alla sovranità statale; di "carattere fattuale" tramite il controllo effettivo di un territorio straniero a seguito di azione militare e/o governo locale subordinato; di "carattere personale" mediante azione di agenti statali che esercitano un controllo su persone al di fuori del territorio⁸.

All'interno del suo territorio, lo Stato sovrano ha il diritto di esercitare la giurisdizione, con il solo limite rappresentato dalle norme del diritto internazionale, come nel caso dell'immunità degli agenti diplomatici e della sede diplomatica⁹. Nella giurisdizione extra-territoriale occorre invece verificare se il controllo sia sufficientemente determinato e implichi poteri e/o prerogative esercitate tipicamente da uno Stato sovrano. In sostanza, l'intensità del controllo determinerà l'applicabilità extra-territoriale della Convenzione; in linea di principio, solo situazioni quali l'occupazione militare o l'acquiescenza di un governo locale determinano le condizioni per l'esercizio di un controllo effettivo di un territorio e/o di un individuo¹⁰.

Occorre però ricordare che, dal punto di vista dell'impiego terminologico, l'espressione "esercizio extra-territoriale della giurisdizione" non è usata sempre in modo univoco e il concetto di controllo effettivo può assumere significati diversi.

3. Nella giurisprudenza della Corte europea¹¹, è possibile evidenziare un primo gruppo di sentenze inerente l'esercizio della giurisdizione da parte di uno Stato contraente sul territorio di un altro Stato contraente, nell'ambito dell'*espace juridique* europeo¹². Si tratta di sentenze che riguardano la Repubblica turca di Cipro Nord (d'ora in avanti: Cipro Nord), in cui la giurisdizione extra-territoriale viene affermata in ragione del potere di fatto esercitato dalla Turchia in forza della sua presenza militare, qualificabile come occupazione, secondo la tesi prevalente¹³.

⁸ In argomento, v. G. BARTOLINI, *Organi di fatto e responsabilità internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, p. 453 ss.

⁹ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, VIII ed., p. 241 ss.

¹⁰ In argomento, v. M. J. DENNIS, *Application of Human Rights Treaties Extraterritorially in Times of Armed Conflict and Military Occupation*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 119 ss.

¹¹ Nella giurisprudenza meno recente la Corte ha riconosciuto alcune ipotesi di giurisdizione extra-territoriale in via di eccezione, v. sentenze *X. v. The Federal Republic of Germany*, no. 1611/62 – (29.9.65); *X. and Y. and Z. v. Switzerland*, no. 7289/75 and no. 7349/76 – (14.7.77); *Stocké v. Germany* (merits), no. 11755/85 – (19.3.91); *Drozd and Janousek v. France and Spain*, no. 12747/87 – (26.6.92), spec. par. 91. In argomento, v. P. DE SENA, *op. cit.*, p. 45 ss.

¹² V. sentenza *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99 – (12.12.01), spec. par. 80 (v. *infra*, par. 8).

¹³ Sulla responsabilità internazionale per atti dei privati, v. art. 8 (Atti dei privati) del progetto della Commissione del diritto internazionale del 2001, in cui si fa riferimento all'utilizzazione della nozione di *overall controll*, anche se: "In any event it is a matter for appreciation in each case whether particular conduct was or was not carried out under the control of a State, to such an extent that the conduct controlled should be attributed to it", v. *Yearbook of the International Law Commission*,

Nella sentenza *Loizidou*¹⁴, la Corte ha fatto riferimento, per la prima volta, al concetto di *effective overall control*. La questione sulla legalità dell'azione militare non è stata considerata rilevante (“whether lawful or unlawful”)¹⁵, così come le modalità del controllo effettivo del territorio (presenza di forze armate o governo fantoccio)¹⁶. La Corte ha ritenuto la massiccia presenza di truppe una prova sufficiente dell'esercizio di un *overall control*¹⁷, giudicando la Turchia responsabile delle violazioni commesse sul territorio cipriota, sia per le azioni delle sue truppe, che per gli atti del governo locale. Nella successiva sentenza *Cyprus v. Turkey*¹⁸, la Corte ha riconosciuto che lo Stato convenuto fosse responsabile anche degli atti commessi da privati, in caso di sua acquiescenza o connivenza. Infatti, in presenza di un controllo siffatto su territorio straniero, la responsabilità di uno Stato non può essere limitata agli atti compiuti dai suoi militari, ma deve estendersi altresì agli atti dell'amministrazione locale, se il mantenimento del potere sussiste in virtù di un supporto militare¹⁹.

In alcune sentenze più recenti, la Corte europea ha avuto l'occasione di specificare ulteriormente tale situazione giuridica. La sentenza *Andreas Manitaras*²⁰ riguardava il ricorso dei familiari per la morte di un cittadino greco-cipriota residente a Cipro Nord che aveva reso testimonianza contro la Turchia. La Corte ha ribadito che, esercitando la Turchia un efficace *overall control* su Cipro Nord, era responsabile non solo degli atti dei suoi soldati, ma anche degli atti dell'amministrazione locale in virtù del suo sostegno militare; statuiva così che la giurisdizione della Turchia si estendeva alla necessaria tutela di tutta la gamma dei diritti garantiti dalla CEDU²¹.

Per quanto riguarda la zona neutrale tra le due entità di Cipro, la Corte ha affermato il principio della estensione della giurisdizione nei casi di controllo effettivo su un singolo individuo. Nella sentenza *Isaak v. Turkey*²², ha confermato l'applicabilità della giurisdizione extra-territoriale per il controllo di fatto su una

2001, II, Part Two, punto 6, p. 48 e nota 160 (in cui si cita la sentenza *Loizidou v. Turkey*). In senso contrario, v. A. SINAGRA, C. ZANGHÌ (a cura di), *La questione cipriota – La storia e il diritto*, Milano, 1999; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, 2009, p. 56 ss.

¹⁴ V. sentenze *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections) – 310 (23.3.95) e *Loizidou v. Turkey* (merits) (18.12.96). Per un commento, v. J. P. COT, *La responsabilité de la Turquie et le respect de la Convention européenne dans la partie nord de Chypre*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 102 ss.; M. C. VITUCCI, *Atti della Repubblica turca di Cipro del Nord e responsabilità della Turchia: il caso Loizidou*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, p. 1065 ss.

¹⁵ V. sentenza *Loizidou v. Turkey* (preliminary objections), cit., par. 62, 2° cpv.

¹⁶ V. sentenza *Loizidou v. Turkey* (merits), cit., par. 52.

¹⁷ *Ibidem*, par. 56.

¹⁸ V. sentenza *Cyprus v. Turkey* [GC], no. 25781/94 – (10.5.01), par. 81.

¹⁹ *Ibidem*, par. 77.

²⁰ Sentenza *Andreas Manitaras and Others v. Turkey*, no. 54591/00 – (3.6.08).

²¹ *Ivi*, par. 27.

²² Sentenza *Isaak v. Turkey*, no. 44587/98 (24.6.08). Per un commento, v. B. MILTNER, *Extra-territorial Jurisdiction Under the European Convention on Human Rights: An Expansion under Issak v. Turkey?*, in *European Human Rights Law Review*, 2007, p. 172 ss.

persona uccisa da manifestanti, senza che gli agenti di polizia presenti fossero intervenuti a sua protezione. La circostanza che la Turchia non avesse il controllo sul territorio neutrale risultava irrilevante, in quanto la vittima si trovava sottoposta alla giurisdizione statale a causa dell' (in)azione degli agenti di polizia di Cipro Nord, vale a dire per loro omissione (acquiescenza verso l'azione violenta)²³. Degno di rilievo è che, nella sentenza in parola, la Corte ha implicitamente riconosciuto la giurisdizione extra-territoriale esercitata da un organo statale anche in assenza di un "contatto fisico" con il beneficiario della protezione CEDU. Nella sentenza *Solomou v. Turkey*²⁴, riguardante l'uccisione di una persona nella zona neutrale di Cipro da parte di militari turchi e/o turco-ciprioti, la Corte ha confermato l'esercizio della giurisdizione realizzata dall'azione dell'organo statale, pur in mancanza di un collegamento di tipo territoriale (dal momento che la zona interessata era sottratta al controllo dello Stato convenuto)²⁵.

Nella sentenza *Andreou v. Turkey*²⁶, la Corte ha riconosciuto la giurisdizione extra-territoriale per atti commessi sul territorio statale ma che avevano prodotto effetti all'estero. Infatti, gli spari sulla folla da parte di militari turchi nella zona di Cipro Nord avevano attraversato la zona neutrale e colpito la ricorrente, la quale si trovava sul territorio controllato dalla Repubblica di Cipro (greco-cipriota). La Corte ha affermato che, ai fini del riconoscimento della giurisdizione, è sufficiente che l'atto illegittimo sia conseguenza "direct and immediate" dell'azione dell'organo statale, seppur in mancanza della specifica intenzione di colpire il ricorrente²⁷. Dunque, in presenza di circostanze eccezionali come quelle della fattispecie in esame, gli atti di uno Stato contraente che producessero effetti al di fuori del suo territorio (sul quale esso non esercita né controllo, né autorità) potevano condurre all'affermazione della giurisdizione. In altri termini, la Corte ha affermato per la prima volta che risultava sufficiente che gli organi agissero all'estero nell'esercizio di pubbliche funzioni, senza rilievo alcuno per la legittimità della loro presenza, né per il controllo effettivo sull'area interessata. Questa nozione estensiva di giurisdizione sarebbe condizionata all'imputabilità dell'azione a un organo dello Stato e nell'esercizio del potere in qualità di pubblica autorità²⁸.

4. Un secondo gruppo di sentenze riguarda la Georgia (Repubblica Autonoma di Adjara) e la Moldavia (Repubblica di Transdniestria), in cui la Corte europea valuta come criterio determinante, per il riconoscimento della giurisdizione, la

²³ Sul punto, v. I. PAPANICOLOPULU, *op. cit.*, specie p. 110 e B. MILTNER, *op. cit.*, pp. 179-181.

²⁴ V. sentenza *Solomou and Others v. Turkey*, no. 36832/97 – (24.6.08), spec. par. 49.

²⁵ Sull'esercizio della giurisdizione nella zona neutrale di Cipro, v. altresì la sentenza *Stephens v. Cyprus, Turkey and The United Nations* (admissibility), no. 45267/06 – (11.12.08).

²⁶ Sentenza *Andreou v. Turkey*, no. 45653/99 – (27.10.09).

²⁷ *Ibidem*, par. 25.

²⁸ Tuttavia, ai fini della nostra analisi, deve escludersi il riconoscimento da parte della Corte della coincidenza tra giurisdizione e imputazione dell'illecito internazionale all'interno dello spazio giuridico europeo. Sulla differenza tra i concetti, v. L. CONDORELLI, *op. cit.*, spec. p. 91 ss.

riduzione del potere di fatto dello Stato centrale su parti del proprio territorio, anche a causa dell'influenza di Stati confinanti. Il potere di controllo dello Stato territoriale può essere azzerato oppure semplicemente ridotto a fronte della presenza di amministrazioni locali inefficienti o dell'influenza dello Stato confinante. Secondo la Corte, la giurisdizione dello Stato territoriale permane anche quando non riesca a garantire l'attuazione degli obblighi convenzionali su una parte del proprio territorio. Tale situazione può, tuttavia, comportare una minore responsabilità in presenza di limitazioni del potere di controllo²⁹.

Per la Georgia la difficoltà dell'esercizio della giurisdizione derivava, secondo la sentenza *Assanidze*³⁰, dal cattivo funzionamento delle autorità amministrative locali. Il ricorrente, nonostante una decisione di scarcerazione del massimo organo giurisdizionale nazionale, continuava ad essere detenuto arbitrariamente dalle autorità di una regione autonoma (Repubblica Autonoma di Adjara). La Corte ha riconosciuto che la condotta illegittima costituiva la conseguenza di una cattiva gestione del governo locale, direttamente imputabile alle autorità della regione autonoma³¹. Dunque, per gli atti imputabili agli organi di quella regione, posti in violazione di norme costituzionali, lo Stato centrale assumeva soltanto una responsabilità oggettiva³².

In relazione alla Repubblica di Transdniestria, la Corte ha riconosciuto, nella sentenza *Ilaşcu*³³, l'esercizio della giurisdizione extra-territoriale da parte della Russia per il sostegno al regime separatista in una parte del territorio della Moldavia. In questo caso, a differenza della situazione di Cipro Nord, la presenza militare dello Stato straniero sul territorio risultava piuttosto ridotta. La Corte, in assenza di un'effettiva autorità sul territorio, ha riconosciuto in capo allo Stato territoriale la sussistenza di soli obblighi positivi³⁴, vale a dire la garanzia del rispetto dei diritti della CEDU con tutti i mezzi a disposizione (diplomatici, economici, giudiziari) anche nella parte non controllata di territorio. Tuttavia, la Corte ha stabilito che la giurisdizione extra-territoriale poteva derivare anche solo dalla *decisive influence*³⁵ che l'autorità di uno Stato straniero esercitava nella forma di un appoggio economico, finanziario e politico; un appoggio comunque idoneo a mantenere al potere un governo diverso da quello legittimo (al potere in tutto il resto dello Stato)³⁶.

²⁹ Sulla questione, v. K. M. LARSEN, "Territorial Non-Application" of the European Convention on Human Rights, in *Nordic Journal of International Law*, 2009, p. 73 ss.

³⁰ Sentenza *Assanidze v. Georgia* [GC], no. 71503/01 – (8.4.04), cit.

³¹ *Ibidem*, par. 145, ult. cpv.

³² *Ibidem*, paragrafi 142-143.

³³ *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99 – (8.7.04), cit.

³⁴ *Ibidem*, par. 313. Sulla nozione di obblighi positivi nella giurisprudenza della Corte, v. B. CONFORTI, *Reflections on State Responsibility for the Breach of Positive Obligations: The Case-law of the European Court of Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2003, p. 3 ss.; A. R. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004.

³⁵ V. sentenza *Ilaşcu*, cit., par. 392.

³⁶ Degna di nota l'applicazione retroattiva della Convenzione, *ivi*, par. 384.

Parimenti, nella recente sentenza *Ivanțoc*³⁷, collegata alla precedente sentenza, la Corte ha riconosciuto una limitata giurisdizione della Moldavia e una piena giurisdizione della Russia, imponendo ad entrambi gli Stati contraenti l'adozione di misure volte ad assicurare il rilascio immediato dei ricorrenti detenuti in maniera illegittima. Tuttavia, la Corte ha ritenuto che la Moldavia non fosse venuta meno agli obblighi positivi derivanti dalla CEDU, ricorrendo alle vie diplomatiche, economiche e giudiziarie. Al contrario, la Russia veniva sanzionata per il continuo sostegno del governo separatista a livello politico, militare, finanziario ed economico. Sino alla loro liberazione, i ricorrenti dovevano essere considerati come sottoposti alla giurisdizione della Russia.

5. Un terzo gruppo di recenti sentenze ha per oggetto la collaborazione di due Stati contraenti per la detenzione o l'ordine di arresto, in cui si riafferma il principio del controllo effettivo su un individuo ai fini del riconoscimento della giurisdizione.

Nella sentenza *Plepi v. Albania*³⁸, due cittadini albanesi arrestati in Grecia per traffico di droga e condannati all'ergastolo, avevano chiesto di poter scontare la pena in Albania, sulla base di un accordo bilaterale³⁹. La Grecia, che inizialmente non aveva posto obiezioni, aveva poi rifiutato di procedere al trasferimento, dal momento che l'ordinamento albanese prevedeva la possibilità per i detenuti in custodia di ottenere alcuni benefici⁴⁰. I ricorrenti sostenevano che il rifiuto della Grecia costituisse una violazione della CEDU e che entrambi gli Stati avessero omesso di adottare misure adeguate per garantire i loro diritti e completare la procedura di trasferimento⁴¹. Secondo la Corte europea, non esercitando l'Albania un controllo effettivo sui ricorrenti, questi non potevano essere considerati sotto la sua giurisdizione⁴². La Corte ha quindi respinto il ricorso sul presupposto che lo Stato convenuto "assumed [no] responsibility over the applicants", pur in presenza di un procedimento di trasferimento, a seguito della richiesta delle autorità greche per la convalida e l'applicazione della decisione del tribunale greco⁴³.

La Corte ha svolto una simile argomentazione nella sentenza *Stephens v. Malta*⁴⁴. Nel caso di specie, le autorità spagnole avevano proceduto all'arresto di un cittadino britannico su richiesta di quelle maltesi. Secondo la Corte, Malta aveva esercitato un controllo effettivo sul ricorrente, affermando così la sua giurisdizione⁴⁵. Malgrado il ricorrente si trovasse sotto il controllo delle autorità

³⁷ *Ivanțoc and Others v. Moldova and Russia*, no. 23687/05 – (15.11.11).

³⁸ Sentenza *Plepi v. Albania*, no. 11546/05, 33285/05 and 33288/05 – (4.5.10).

³⁹ *Ibidem*, par. 1.

⁴⁰ *Ibidem*, par. 2.

⁴¹ *Ibidem*, par. 6.

⁴² *Ibidem*, par. 7.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Sentenza *Stephens v. Malta*, no. 11956/07 – (21.4.09).

⁴⁵ *Ibidem*, paragrafi 51-54.

spagnole, Malta veniva ritenuta responsabile dell'arresto illegittimo in Spagna⁴⁶, che traeva origine esclusivamente dalle misure adottate dalle autorità maltesi ai sensi delle disposizioni della Convenzione europea di estradizione⁴⁷.

6. Alcune sentenze coinvolgono Stati contraenti CEDU per attività sul territorio di Stati non contraenti o in aree sottratte alla giurisdizione territoriale degli Stati (alto mare).

La sentenza *Öcalan v. Turkey*⁴⁸ riguardava l'arresto del ricorrente ad opera di militari turchi su territorio straniero contro la volontà dello Stato territoriale (Kenya). Pertanto, per la prima volta, è stato riconosciuto l'esercizio della giurisdizione extra-territoriale mediante l'azione degli organi statali su territorio di uno Stato non contraente poiché gli agenti avevano avuto il controllo fisico dell'individuo⁴⁹.

Nella sentenza *Pad and Others v. Turkey*⁵⁰ oggetto del ricorso era un'azione turca anti-terrorismo all'interno del confine con l'Iran. Sebbene le vittime non si trovassero fisicamente sul territorio dello Stato convenuto, l'intervento degli elicotteri militari turchi veniva considerato idoneo al riconoscimento della giurisdizione. La circostanza che l'azione si fosse svolta sul territorio di uno Stato contraente CEDU o di uno Stato non contraente è stata giudicata irrilevante dalla Corte⁵¹. Rilevante ai fini dell'accertamento della giurisdizione appariva invece che gli atti contestati fossero attribuibili a organi dello Stato convenuto nell'esercizio delle pubbliche funzioni. Anche nel caso di specie tuttavia va esclusa l'equivalenza dei concetti di giurisdizione e imputazione dell'illecito internazionale.

La sentenza *Issa*⁵² riguardava azioni in violazione della CEDU in territorio iracheno da parte dell'esercito turco, sul territorio cioè di uno Stato non contraente. Secondo la Corte l'esistenza di un generico potere di controllo sul territorio non costituiva una circostanza sufficiente per affermare la giurisdizione statale; a tal fine era necessario che si fosse verificato un controllo più specifico sugli individui i cui diritti fossero stati violati. Trattandosi di operazioni militari di

⁴⁶ *Ibidem*, par. 51.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 45.

⁴⁸ Sentenza *Öcalan v. Turkey*, no. 46221/99 – (12.3.03).

⁴⁹ *Ibidem*, par. 91: “(...) directly after being handed over to the Turkish officials by the Kenyan officials, the applicant was effectively under Turkish authority and therefore within the jurisdiction of that State for the purposes of Article 1 of the Convention, even though in this instance Turkey exercised its authority outside its territory”

⁵⁰ Sentenza *Pad and Others v. Turkey* (admissibility), no. 60167/00 – (28.6.07).

⁵¹ *Ibidem*, paragrafi 54 e 55.

⁵² Sentenza *Issa and Others v. Turkey*, no. 31821/96 – (16.11.04). Per un commento, v. N. MOLE, *Issa v. Turkey: Delineating the Extra-territorial Effect of the European Convention on Human Rights?*, in *European Human Rights Law Review*, 2005, p. 86 ss.; G. COHEN JONATHAN, *À propos des arrêts Assanidzé (8 Avril 2004), Ilascu (8 Juillet 2004) et Issa (16 Novembre 2004), Quelques observations sur les notions de «jurisdiction» et d'«injonction»*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2005, p. 767 ss.

breve durata, la Corte ha utilizzato l'espressione *temporarily effective overall control*⁵³. Almeno in astratto ha riconosciuto la giurisdizione extra-territoriale, malgrado l'azione militare si fosse limitata a creare un potere di controllo del territorio in via temporanea. La Corte non si è pronunciata sul merito, perché ha ritenuto non sufficientemente dimostrata la presenza di militari turchi nell'area nella quale erano avvenute le presunte violazioni oggetto del ricorso⁵⁴. Ha ritenuto che non vi fossero dunque le condizioni per l'esercizio dell'*effective overall control*⁵⁵. La differenza con le sentenze relative a Cipro Nord riguarda non tanto il numero di militari impiegati, quanto piuttosto l'arco temporale di presenza delle truppe sul territorio straniero⁵⁶.

L'applicabilità della CEDU al di fuori dell'*espace juridique* europeo, in caso di controllo effettivo del territorio, è stata ribadita dalla Corte europea anche nel caso *Ben El Mahi and Others v. Denmark*⁵⁷. La Corte ha negato la ricevibilità del ricorso, sul presupposto che non vi fosse un legame tra ricorrenti e Stato convenuto ai fini del riconoscimento della giurisdizione; tuttavia ha avuto modo di esprimere il concetto secondo cui: "(...) Article 1 cannot be interpreted so as to allow a State Party to perpetrate violations of the Convention on the territory of another State which it would not be permitted to perpetrate on its own territory"⁵⁸.

La sentenza *Medvedyev v. France*⁵⁹ contemplava il caso di una nave cambogiana, intercettata e fermata in alto mare da una nave francese, con il sospetto che fosse coinvolta nel traffico di sostanze stupefacenti. L'abbordaggio, secondo le autorità francesi, era avvenuto sulla base di autorizzazione delle autorità cambogiane⁶⁰. La Corte ha condannato lo Stato convenuto, in quanto l'autorizza-

⁵³ Sentenza *Issa*, cit., par. 74.

⁵⁴ *Ibidem*, par. 81.

⁵⁵ *Ibidem*, par. 75.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Sentenza *Ben El Mahi v. Denmark* (dec.), no. 5853/06 – (11.12.06). Il ricorso, presentato da cittadini marocchini residenti in Marocco, riguardava la pubblicazione in Danimarca di vignette satiriche sul profeta Maometto.

⁵⁸ V. altresì sentenza *Issa*, cit., par. 71.

⁵⁹ Sentenza *Medvedyev and Others v. France*, no. 3394/03 – (10.7.08) e [GC] – (29.3.10), su cui v. G. BREDÀ, J. P. PIERINI, *Legal Issues Surrounding Maritime Counterdrug Operations and the Related Question of Detention as Highlighted in the Medvedyev and Others v. France Decision of the European Court of Human Rights*, in *Military Law and the Law of War Review*, 2008, p. 171 ss.; S. TREVISANUT, *Lotta al traffico di sostanze stupefacenti e tutela dei diritti umani in mare: il caso Medvedyev dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, p. 192 ss.; T. TREVES, *Human Rights and the Law of the Sea*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 1 ss. Sugli altri casi riguardanti esercizio della giurisdizione in mare (*Drieman, Rigopoulos, Xhavara e Women on Waves*), v. I. PAPANICOLOPULU, *op. cit.*, p. 120 ss. e bibliografia ivi citata.

⁶⁰ La richiesta di autorizzazione aveva avuto luogo sulla base dell'art. 17, par. 3 della c.d. "Convenzione di Vienna" (del 20 dicembre 1988, Convenzione ONU contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope), in combinato disposto con l'art. 108 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS, Montego Bay, 1982) che sancisce l'obbligo di cooperazione e di mutua assistenza contro il traffico di droga, nel rispetto della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera in alto mare.

zione dello Stato di bandiera riguardava solo l'intercettazione e l'ispezione della nave e non l'arresto dei marinai, che era stato pertanto effettuato in assenza di un valido titolo giuridico. Anche in questo caso, la Corte ha riconosciuto che, nonostante gli atti fossero avvenuti in alto mare, vale a dire fuori dalla sfera territoriale dello Stato contraente, i ricorrenti si trovassero sotto il controllo effettivo delle forze militari francesi e dunque nell'ambito della giurisdizione dello Stato convenuto⁶¹.

7. Nel recente caso *Hirsi v. Italy*⁶², la questione giuridica preliminare riguardava il riconoscimento della giurisdizione in caso di operazioni di intercettazione e/o salvataggio (SAR, acronimo di *Search and Rescue*) in un'area sottratta alla giurisdizione esclusiva di uno Stato (alto mare).

Com'è noto, il controllo *de iure* in alto mare deriva dalla giurisdizione dello Stato di bandiera⁶³. Sulle persone intercettate in alto mare, soccorse e portate a bordo della nave dello Stato intercettante, quest'ultimo esercita un controllo *de iure* e *de facto*⁶⁴. Mentre il controllo *de iure* si manifesta quando le persone navigano a bordo di una nave battente la bandiera dello Stato intercettante, quello *de facto* si verifica, come nel caso delle operazioni di intercettazione, quando lo Stato intercettante abbia tratto le persone a bordo, ponendole così sotto il suo controllo effettivo.

Davanti alla Corte europea, lo Stato italiano⁶⁵ aveva negato l'esistenza di una sua giurisdizione sul presupposto che i ricorrenti fossero stati intercettati in alto mare nell'ambito di una mera operazione di salvataggio in mare (*search and rescue*) all'esclusivo scopo di proteggere la vita delle persone. Com'è noto, tale obbligo è un principio del diritto internazionale consuetudinario, codificato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (art. 98 UNCLOS). Il salvataggio in mare di per sé non avrebbe creato un vincolo tra lo Stato contraente e gli individui tratti in salvo ai fini del riconoscimento della giurisdizione⁶⁶. Le

⁶¹ Sentenza *Medvedev* [GC], cit., par. 67.

⁶² Sentenza *Hirsi Jamaa*, cit. Il ricorso era stato presentato da alcuni cittadini somali ed eritrei, intercettati dalle navi della Guardia di Finanza e della Guardia costiera italiana, mentre si trovavano a bordo di tre imbarcazioni in acque internazionali a 35 miglia da Lampedusa, nella zona SAR maltese; trasferiti sulle imbarcazioni italiane, i ricorrenti erano stati ricondotti in Libia e consegnati alle autorità locali. Essi ricorrevano pertanto alla Corte di Strasburgo per violazione degli articoli 3, 4 del Protocollo n. 4 e 13 CEDU. Per un commento sulle altre questioni sollevate dalla sentenza, v. G. CARELLA, *Il divieto di respingimenti in mare, il caso Hirsi Jamaa e l'isola che non c'è*, in *Sud in Europa*, 2012, n. 1, reperibile online; C. GABRIELLI, *Il rispetto dei diritti nella gestione delle politiche migratorie secondo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, 2012, n. 1, p. 185 ss.; G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 491 ss.

⁶³ Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), art. 92 in combinato disposto con l'art. 94.

⁶⁴ Sentenza *Hirsi*, cit., par. 81.

⁶⁵ *Ibidem*, par. 64.

⁶⁶ *Ibidem*, par. 65: "The Government argued that the obligation to save human lives on the high

autorità governative avevano negato lo svolgimento, nel caso di specie, di un'operazione di polizia, sostenendo che in nessun momento i migranti risultavano essere stati sottoposti a un controllo assoluto ed esclusivo da parte dei militari.

Inoltre, secondo il governo italiano, i migranti erano stati ricondotti in Libia sulla base degli Accordi bilaterali tra i due Paesi⁶⁷. Si sarebbe trattato pertanto di una legittima modalità di cooperazione bilaterale per il rimpatrio di persone che avevano violato le leggi sull'immigrazione del Paese di provenienza. Durante il salvataggio e nel corso della navigazione, i migranti erano stati trattati con umanità; era stata garantita loro un'assistenza medica; non si erano verificate violenze a bordo, né le autorità erano ricorse all'uso di armi. Secondo il governo italiano, il caso in parola avrebbe dovuto esser dunque distinto da quello della sentenza *Medvedyev v. France*, nel quale la Corte aveva riconosciuto l'esercizio della giurisdizione da parte dello Stato convenuto, in considerazione del controllo effettivo pieno ed esclusivo esercitato dai militari francesi sulla nave e sul suo equipaggio.

In senso contrario, i ricorrenti⁶⁸, a supporto della tesi dell'esercizio della giurisdizione, avevano ribadito il principio secondo cui le navi italiane in alto mare erano da considerare territorio dello Stato⁶⁹.

La Grande Camera⁷⁰ ha ricordato il principio di diritto internazionale secondo cui una nave che si trova in alto mare è sottoposta alla giurisdizione esclusiva dello Stato cui appartiene⁷¹. A tale riguardo, i barconi con i migranti a bordo erano privi di bandiera, ma il trasferimento sulle navi di Stato aveva sottoposto i ricorrenti alla giurisdizione extra-territoriale dello Stato convenuto. Secondo la Corte, l'Italia "cannot circumvent its 'jurisdiction' under the Convention by describing the events at issue as rescue operations on the high seas". In particolare, non poteva sostenere la sua non responsabilità "(...) on account of the allegedly minimal control exercised by the authorities over the parties concerned at the material time"⁷².

La Corte ha constatato che le azioni avevano avuto luogo interamente a bordo di navi delle forze armate italiane, il cui equipaggio era composto esclu-

seas, as required under the Montego Bay Convention, did not in itself create a link between the State and the persons concerned establishing the State's jurisdiction".

⁶⁷ V. *Protocollo tra la Repubblica italiana e la gran Giamahiria araba libica popolare socialista e Protocollo aggiuntivo tecnico-operativo*, firmati entrambi a Tripoli il 29 dicembre 2007 (non pubblicati in *GURI*) e *Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la gran Giamahiria araba libica popolare socialista*, firmato a Bengasi il 30 agosto 2008, ratificato con legge 6 febbraio 2009, n. 7, comunicato in *GURI* 40, 18 febbraio 2009. Il 4 febbraio 2009, è stato firmato, dai rispettivi Ministri degli Interni, il Protocollo di attuazione, che ha reso operativi i pattugliamenti congiunti. In generale, sul Trattato italo-libico, v. N. RONZITTI, *The Treaty on Friendship, Partnership and Cooperation between Italy and Libya: New Prospects for Cooperation in the Mediterranean?*, in *Bulletin of Italian Politics*, 2009, p. 125 ss. In realtà, gli Accordi in parola nulla stabiliscono riguardo all'eventuale respingimento dei migranti.

⁶⁸ Sentenza *Hirsi*, cit., par. 67.

⁶⁹ V. art. 4 del codice italiano della navigazione.

⁷⁰ Sentenza *Hirsi*, cit., par. 76 ss.

⁷¹ V. UNCLOS, art. 92 in combinato disposto con l'art. 94.

⁷² Sentenza *Hirsi*, cit., par. 79.

sivamente da personale militare. Pertanto, nel periodo tra il trasferimento a bordo dei ricorrenti e la consegna alle autorità libiche, i primi erano stati sottoposti a un controllo *de iure* e *de facto*, continuo ed esclusivo, da parte delle autorità militari⁷³. La Corte ha ritenuto quindi applicabile il precedente della sentenza *Medvedyev*, in cui le azioni dei militari francesi avevano dimostrato un controllo *de facto* continuativo ed ininterrotto sulla nave, pur in assenza di un trasferimento dell'equipaggio sulla nave militare⁷⁴.

8. Un ulteriore gruppo di sentenze riguarda azioni svolte nel quadro di organizzazioni internazionali, nelle quali la Corte ha negato la ricevibilità dei ricorsi con motivazioni differenti.

La celebre sentenza *Banković*⁷⁵ riguardava il bombardamento della radiotelevisione serba ad opera di forze militari multinazionali operanti nel quadro della NATO. La Corte ha sostenuto l'irricevibilità del ricorso, per mancanza di collegamento tra le vittime dell'azione e gli Stati convenuti. Infatti, dal momento che gli obblighi derivanti dalla CEDU hanno di regola natura territoriale, le eccezioni a questo principio esigono una speciale giustificazione, alla luce delle particolari circostanze del singolo caso⁷⁶. Tuttavia, nel caso di specie, le azioni non costituivano un controllo effettivo del territorio⁷⁷, idoneo a far ricadere l'individuo nella

⁷³ *Ibidem*, par. 81.

⁷⁴ *Ibidem*, par. 80, che rimanda ai paragrafi 66 e 67 della sentenza *Medvedyev* [GC], cit.

⁷⁵ V. sentenza *Banković and Others v. Belgium and Others* (dec.) [GC], no. 52207/99 – (12.12.01), cit. In argomento, v. P. BENVENUTI, *The ICTY Prosecutor and the Review of the NATO Bombing Campaign against the Federal Republic of Yugoslavia*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 503 ss., spec. pp. 527-529; P. PUSTORINO, *Responsabilità degli Stati Parti della CEDU per il bombardamento NATO alla radio-televisione serba: il caso Banković*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, p. 695 ss.; G. COHEN-JONATHAN, *La territorialisation de la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2002, p. 1069 ss.; G. RESS, *Problems of Extraterritorial Human Rights Violations. The Jurisdiction of the European Court of Human Rights*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 2002, p. 51 ss.; S. WILLIAMS, S. SHAH, *Bankovic and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, in *European Human Rights Law Review*, 2002, p. 775 ss.; M. HAPPOLD, *Bankovic v. Belgium and the Territorial Scope of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2003, p. 77 ss.; K. ALTIPARMAK, *Banković: An Obstacle to the Application of the European Convention on Human Rights in Iraq*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2004, p. 213 ss.; R. LAWSON, *Life after Bankovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, in F. COOMANS, M. T. KAMMINGA (eds.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerpen, 2004, p. 83 ss.; M. O'BOYLE, *The European Convention on Human Rights and Extraterritorial Jurisdiction: A Comment on "Life after Banković"*, *ivi*, p. 125 ss.; E. ROXSTROM, M. GIBNEY, T. EINARSEN, *The NATO Bombing Case (Banković et al. v. Belgium et al.) and the Limits of Western Human Rights Protection*, in *Boston University International Law Journal*, 2005, p. 55 ss.; L. LOUCAIDES, *Determining the Extra-territorial Effect of the European Convention: Facts, Jurisprudence and the Bankovic Case*, in *European Human Rights Law Review*, 2006, p. 391 ss.; L. DI IORIO, *La nozione di "giurisdizione" in alcune pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 295 ss.

⁷⁶ Sentenza *Banković*, cit., par. 61.

⁷⁷ *Ibidem*, par. 70.

giurisdizione degli Stati convenuti⁷⁸. Contro la tesi secondo la quale una decisione di irricevibilità sarebbe stata contraria alla CEDU come strumento di ordine pubblico e avrebbe creato un *vacuum* giuridico, la Corte ha affermato che il suo ambito di applicazione era essenzialmente regionale e non “*throughout the world*”⁷⁹. La Convenzione avrebbe dovuto trovare applicazione di norma solo all’interno dell’*espace juridique* europeo, al quale restavano estranei gli Stati dell’ex-Yugoslavia. L’argomento sulla necessità di “colmare vuoti legislativi” potrebbe valere solo per i territori che appartengono a uno Stato contraente CEDU⁸⁰.

In altre sentenze, la Corte europea ha negato la giurisdizione extra-territoriale degli Stati convenuti, affermando l’imputabilità e dunque la responsabilità di organizzazioni internazionali sotto la cui egida si svolgeva l’attività di una forza internazionale.

In particolare, nei casi riuniti *Behrami and Saramati*⁸¹, la Corte ha negato l’esistenza della giurisdizione extra-territoriale degli Stati convenuti⁸², affer-

⁷⁸ *Ibidem*, par. 75.

⁷⁹ *Ibidem*, par. 80, ult. cpv.

⁸⁰ *Ibidem*. Per un’analisi critica del concetto di *espace juridique*, v. R. WILDE, *The “Legal Space” or “Espace Juridique” of the European Convention on Human Rights: Is it Relevant to Extra-territorial State Action?*, in *European Human Rights Law Review*, 2005, p. 115 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *Restrictive Interpretation of Human Rights Treaties in the Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2003, p. 529 ss., spec. pp. 547-551.

⁸¹ V. sentenza *Behrami and Behrami v. France*, no. 71412/01 and *Saramati v. France, Germany and Norway*, no. 78166/01 [CG] – (2.5.07). Il primo ricorso riguardava la presunta violazione del diritto alla vita, da parte delle truppe francesi impegnate in Kosovo in operazioni di sminamento del territorio, a seguito di una condotta omissiva (mancata segnalazione e/o disinnescamento di bombe); il secondo era stato presentato da un civile detenuto a lungo dalle forze internazionali in Kosovo, sulla base della risoluzione n. 1244 del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, in presunta violazione dell’art. 5 CEDU. In dottrina, v. P. KLEIN, *Responsabilité pour les faits commis dans le cadre d’opérations de paix et étendue du pouvoir de contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme: quelques considérations critiques sur l’arrêt Behrami et Saramati*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2007, p. 43 ss.; P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 ss.; E. BRANDOLINO, *Amministrazioni ONU e tutela dei diritti umani: osservazioni in margine ai casi Behrami e Saramati*, in *La Comunità Internazionale*, 2008, p. 279 ss.; G. C. BRUNO, *La Corte europea dei diritti umani e il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.; G. PUMA, *Responsabilità internazionale degli Stati per illeciti riconducibili all’attività di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1629 ss.; A. SARI, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 151 ss.; M. MILANOVIC, T. PAPIĆ, *As Bad As It Gets: The European Court of Human Rights’ Behrami and Saramati Decision and General International Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2009, p. 267 ss.

⁸² Nella sentenza *Hussein v. Albania, Bulgaria, Croatia, Czech Republic, Denmark, Estonia, Hungary, Iceland, Ireland, Italy, Latvia, Lithuania, The Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia, Turkey, Ukraine and The United Kingdom*, no. 23276/04 – (14.3.06), la Corte aveva negato l’esercizio della giurisdizione da parte degli Stati contraenti che facevano parte della

mando l'imputabilità alle Nazioni Unite e la conseguente mancanza di responsabilità per violazioni degli obblighi CEDU⁸³. Infatti, secondo la Corte⁸⁴, il Consiglio di sicurezza aveva autorizzato gli Stati contraenti e le organizzazioni internazionali a stabilire una "International security presence" in Kosovo⁸⁵; nonché la partecipazione della NATO alla forza multinazionale, sotto comando e controllo unificati. Inoltre, il Segretario generale, in consultazione con il Consiglio di sicurezza, aveva nominato un Rappresentante speciale al fine di fornire un'amministrazione *ad interim*, il quale avrebbe dovuto controllare l'attuazione della presenza internazionale civile, in stretto coordinamento con quella di sicurezza. Così le Nazioni Unite avevano assunto un ruolo di controllo sugli atti della forza multinazionale⁸⁶. La Corte ha spiegato altresì che per "*international operation authorised by the UN*" deve intendersi non solo l'operazione gestita dalle Nazioni Unite in maniera diretta, ma anche un'operazione riconducibile a una risoluzione del Consiglio di sicurezza⁸⁷. La Corte ha pertanto deciso nel senso della irricevibilità del ricorso⁸⁸.

In altre successive sentenze⁸⁹, la Corte europea ha negato l'esistenza della giurisdizione degli Stati convenuti in alcuni casi relativi ad azioni dell'amministrazione provvisoria da parte delle Nazioni Unite in Kosovo e della forza internazionale a guida NATO, commesse dopo l'entrata in vigore della CEDU in Serbia.

Nella sentenza *Berić*⁹⁰, la Corte ha negato la propria giurisdizione sugli atti dell'Alto rappresentante delle Nazioni Unite in Bosnia, che i ricorrenti pretende-

coalizione, in quanto il ricorso non aveva specificato il ruolo di ciascuno Stato convenuto e le rispettive responsabilità rispetto alle presunte violazioni subite dalla parte ricorrente.

⁸³ Sentenza *Behrami and Saramati*, cit., par. 116: "(...) where officials from States act together within the scope of an international operation authorised by the UN, they are not exercising sovereign jurisdiction but that of the international authority, so that their acts did not bring those affected within the jurisdiction of the States or engage the Convention responsibility of those States".

⁸⁴ *Ibidem*, paragrafi 3, 4 e 41.

⁸⁵ V. risoluzione S/RES/1244 (1999) del 10 giugno 1999.

⁸⁶ H. P. AUST, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge, 2011; P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza*, art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010, p. 45 ss., spec. p. 49 ss.

⁸⁷ Sentenza *Behrami and Saramati*, cit., par. 114.

⁸⁸ *Ibidem*, par. 149. In senso contrario, nella sentenza *Bosphorus Hava Yollarõ Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no. 45036/98 – (30.6.05), che riguardava il sequestro di un aeromobile da parte delle autorità irlandesi in esecuzione di un regolamento dell'UE, la Corte aveva riconosciuto la responsabilità dello Stato convenuto per atti di mera esecuzione delle misure decise in ambito comunitario. Per un commento, v. E. CANNIZZARO, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 763 ss.

⁸⁹ Sentenze *Kasumaj v. Greece*, no. 6974/05 – (5.7.07) e *Gajic v. Germany*, no. 31446/02 – (28.8.07).

⁹⁰ Sentenza *Berić and Others v. Bosnia and Herzegovina*, n. 36357/04, 36360/04, 38346/04, 41705/04, 45190/04, 45578/04, 45579/04, 45580/04, 91/05, 97/05, 100/05, 101/05, 1121/05, 1123/05, 1125/05, 1129/05, 1132/05, 1133/05, 1169/05, 1172/05, 1175/05, 1177/05, 1180/05, 1185/05, 20793/05, 25496/05 – (16.10.07).

vano comportassero una violazione dei loro diritti civili e politici⁹¹. Il ricorso era diretto contro la Bosnia (Stato contraente CEDU all'epoca dei fatti), in quanto responsabile delle azioni commesse sul territorio dall'istituzione internazionale in parola⁹². La Corte ha negato la ricevibilità del ricorso sul presupposto che gli atti dell'Alto rappresentante sono imputabili a un'organizzazione internazionale⁹³.

Infine, la Corte, anche nelle recenti sentenze *Blagojevic*⁹⁴ e *Galic*⁹⁵, ha negato la ricevibilità dei ricorsi⁹⁶. In particolare, ha stabilito la non responsabilità dei Paesi Bassi per atti e/o omissioni del Tribunale penale internazionale per la ex-Yugoslavia, in quanto organo delle Nazioni Unite. La presenza del Tribunale penale internazionale sul territorio olandese non comporta automaticamente "(...) the responsibility under public international law of the State on whose territory it is held"⁹⁷; infatti il Tribunale penale internazionale costituisce "an operation fundamental to the mission of the UN"⁹⁸. Dunque la Corte ha riconosciuto che, se anche un individuo si trova all'interno di uno Stato, non ricade automaticamente nella relativa giurisdizione, qualora un'organizzazione internazionale abbia provveduto al suo arresto, processo e detenzione.

9. Una particolare riflessione merita la giurisprudenza della Corte europea sulla giurisdizione del Regno Unito per atti compiuti nell'ambito della forza multinazionale presente in Iraq.

La Corte ha esaminato le diverse fattispecie alla luce dell'evoluzione della situazione in Iraq ai sensi del diritto internazionale⁹⁹. A seguito dell'invasione del

⁹¹ *Ibidem*, par. 2.

⁹² In argomento, v. L. GRADONI, *L'Alto rappresentante per la Bosnia-Erzegovina davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 621 ss.

⁹³ Sentenza *Berić*, cit., par. 28, ult. cpv.

⁹⁴ Sentenza *Blagojevic v. The Netherlands*, no. 49032/07 – (9.6.09).

⁹⁵ Sentenza *Galic v. The Netherlands*, no. 22617/07 – (9.6.09).

⁹⁶ In argomento, v. O. A. HATHAWAY, *Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially?*, p. 23 ss., 16 November 2011 (www.law.yale.edu).

⁹⁷ Sentenza *Galic*, cit., par. 44.

⁹⁸ *Ibidem*, par. 39.

⁹⁹ Nella valutazione del carattere giuridico dell'occupazione militare prima e dopo le risoluzioni del Consiglio di sicurezza sull'Iraq, occorre tener conto delle tesi critiche U. VILLANI, *L'ONU e la crisi del golfo*, Bari, 2005, III ed. L'a. ha dimostrato l'infondatezza della tesi anglo-americana secondo cui la legittimità della guerra risiedeva nella precedente autorizzazione ad usare la forza contenuta nella risoluzione n. 678 sul mancato disarmo iracheno e sulla presenza di arsenali segreti; oppure nella lotta al terrorismo e agli Stati canaglia, o nella necessità di insediare un governo democratico. La guerra non poteva ritenersi autorizzata dal Consiglio di sicurezza, le cui risoluzioni escludevano l'uso unilaterale della forza contro tale Stato; nè dall'esercizio del diritto di legittima difesa, in quanto la guerra era priva delle condizioni richieste dall'art. 51 della Carta e dalla relativa norma di diritto internazionale generale. Con le risoluzioni n. 1483 del 22 maggio 2003 e, specialmente, n. 1511 del 16 ottobre 2003 sull'autorizzazione alla presenza di una forza multinazionale in Iraq, il Consiglio di sicurezza avrebbe legittimato una guerra di aggressione (norma imperativa di *ius cogens*) e il prosieguo dell'occupazione militare dell'Iraq.

territorio iracheno da parte delle truppe anglo-statunitensi (MNF)¹⁰⁰, i due Stati in parola venivano riconosciuti quali “occupying powers” dalla risoluzione n. 1483 del Consiglio di sicurezza¹⁰¹. Tale definizione veniva conferita ai sensi del Regolamento dell’Aja sulle leggi e gli usi della guerra terrestre (1907)¹⁰². Com’è noto, la Quarta Convenzione di Ginevra per la protezione delle persone civili in tempo di guerra (1949) pone l’obbligo per la potenza occupante di proteggere la popolazione civile contro tutti gli atti di violenza (art. 27) e consente, tra l’altro, l’internamento dei civili ove necessario per imperative ragioni di sicurezza (articoli 41, 42 e 78). La successiva risoluzione 1511 del 16 ottobre 2003¹⁰³ autorizzava la Forza multinazionale (MNF) a prendere “all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq” (par. 13).

Nelle varie sentenze in argomento¹⁰⁴, la Corte ha ricordato che la Coalition Provisional Authority (CPA) era stata creata successivamente dagli Stati Uniti come amministrazione *ad interim* fino all’insediamento di un governo iracheno. Malgrado la presenza di un Rappresentante speciale del Regno Unito nella CPA, tutte le decisioni amministrative e legislative venivano assunte a livello centrale dall’ambasciatore statunitense, in qualità di amministratore responsabile del governo provvisorio dell’Iraq. L’amministrazione del territorio iracheno da parte della CPA veniva suddivisa in diverse aree, tra cui quella di Bassora, che veniva riconosciuta sotto il controllo del Regno Unito.

Nella sentenza *Al-Saadoon*¹⁰⁵ la Corte ha riconosciuto esplicitamente l’esercizio della giurisdizione sul territorio di uno Stato non contraente superando la tesi della giurisdizione ai sensi della CEDU come confinata nell’*espace juridique* europeo. A tal fine, la Corte ha preso in considerazione il controllo effettivo, totale ed esclusivo da parte dello Stato convenuto sulla prigionia militare e di conseguenza sui ricorrenti ivi detenuti¹⁰⁶. A riguardo, la Corte ha sottolineato come, nel

¹⁰⁰ Com’è noto, della Forza multinazionale (MNF) facevano parte anche contingenti minori dell’Australia, della Danimarca e della Polonia.

¹⁰¹ Risoluzione S/RES/1483 (2003) del 22 maggio 2003.

¹⁰² V. Sezione III “Dell’autorità militare sul territorio dello Stato nemico”.

¹⁰³ Risoluzione S/RES/1511 (2003) del 16 ottobre 2003.

¹⁰⁴ V. sentenze *Al-Saadoon and Mufdhi v. the United Kingdom*, no. 61498/08 – (30.6.09) paragrafi 2-4 e (merits) – (2.3.10), paragrafi 10-12; sentenza *Al-Skeini*, cit., paragrafi 11-13; sentenza *Al-Jedda*, cit., paragrafi 26-28.

¹⁰⁵ La vicenda riguardava due militanti iracheni del partito Ba’ath, arrestati dalle truppe britanniche in Iraq e detenuti in prigioni sotto controllo britannico, con l’accusa di aver organizzato l’omicidio di alcuni militari inglesi. Dopo cinque anni il caso veniva rinviato alle autorità irachene. I ricorrenti contestavano tale decisione dinanzi ai giudici britannici, sul presupposto del rischio di subire la pena capitale, in violazione degli articoli 2, 3, 6 della CEDU e dell’art. 1 del Protocollo n. 13. Per un commento, v. C. JANIK, T. KLEINLEIN, *When Soering Went to Iraq...: Problems of Jurisdiction, Extraterritorial Effect and Norms of Conflicts in Light of the European Court of Human Rights’ Al-Saadoon Case*, in *Goettingen Journal of International Law*, 2009, p. 459 ss. Sul rapporto tra la CEDU e gli altri obblighi internazionali, v. M. LUGATO, *Obblighi internazionali confliggenti e responsabilità dello Stato parte della Convenzione europea nel caso Al-Saadoon*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 459 ss, spec. p. 461 ss.

¹⁰⁶ Sentenza *Al-Saadoon and Mufdhi*, cit., paragrafi 87 e 88.

corso del tempo, il controllo della prigione stabilito *de facto* al momento dell'invasione dell'Iraq, si era trasformato in un controllo *de iure*, legittimato da un atto della CPA. Infatti, con un'ordinanza, la CPA aveva dichiarato il controllo esclusivo e l'autorità della Forza multinazionale (MNF) su tutti i locali utilizzati¹⁰⁷.

Il caso *Al-Skeini* riguardava l'omicidio di alcuni civili a Bassora¹⁰⁸, dopo l'istituzione della CPA. Prima di commentare la sentenza della Grande Camera, vale la pena di sottolineare che nelle pronunce dinanzi ai giudici inglesi di primo¹⁰⁹ e di secondo grado¹¹⁰ era stato escluso l'esercizio della giurisdizione da parte del Regno Unito, in quanto gli omicidi erano stati perpetrati al di fuori della base militare inglese, mentre in un solo caso il ricorrente era stato ucciso all'interno di un carcere situato nella base militare. Secondo la House of Lords¹¹¹, il governo britannico avrebbe dovuto condurre un'indagine approfondita e imparziale soltanto sulle circostanze della morte dell'unico ricorrente detenuto; aveva invece escluso l'esercizio della giurisdizione negli altri casi, per mancanza del nesso di causalità, in assenza di controllo effettivo nell'area in cui si erano svolti gli eventi¹¹². Pertanto, l'applicazione della CEDU veniva limitata

¹⁰⁷ V. ordinanza della CPA n. 17 del 24 giugno 2004 (Section 9(1)). V. sentenza *Al-Saadoon and Mufdhi*, cit., par. 13: "While any areas on which such headquarters, camps or other premises are located remain Iraqi territory, they shall be inviolable and subject to the exclusive control and authority of the MNF (...)".

¹⁰⁸ Cinque di loro erano stati uccisi da membri delle forze armate britanniche nel corso di operazioni di pattugliamento (tre civili erano stati colpiti a morte dal fuoco sparato direttamente dai soldati; un'altra vittima era stata colpita da una raffica di proiettili non identificata, nel corso di uno scontro a fuoco tra militari britannici e uomini armati; un altro civile iracheno era stato picchiato dai soldati e gettato in un fiume, dove era annegato). Il sesto civile era stato arrestato ed ucciso in una base militare sotto il controllo del comando britannico.

¹⁰⁹ V. sentenza della High Court of Justice, Queen's Bench Division, *Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*, del 14 dicembre 2004.

¹¹⁰ V. sentenza della Court of Appeal, del 21 dicembre 2005, *The Queen (on the application of Mazin Mumaa Galteh Al-Skeini and Others) v. The Secretary of State for Defence*.

¹¹¹ V. sentenza del 13 giugno 2007, *Al-Skeini and Others v. Secretary of State for Defence*. Per un commento, v. J. WILLIAMS, *Al-Skeini: A Flawed Interpretation of Banković*, in *Wisconsin International Law Journal*, 2004, p. 687 ss.; T. ABDEL-MONEM, P. J. D. KENNEDY, E. APOSTOLOVA, R. (on the Application of *Al-Skeini*) v. *Secretary of Defence: A Look at the United Kingdom's Extra-territorial Obligations in Iraq and Beyond*, in *Florida Journal of International Law*, 2005, p. 345 ss.; S. KAVALDJIEVA, *Jurisdiction of the European Court of Human Rights: Exorbitance in Reverse?: Can, and Should, an Iraqi Victim of Human Rights Abuses Inflicted by U.K. Troops Have a Remedy in U.K. Courts Under the European Convention on Human Rights?*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2006, p. 508 ss.; R. NIGRO, *Il caso Al-Skeini dinanzi alla House of Lords e la nozione di giurisdizione nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 1106 ss.; R. SAPIENZA, *L'applicazione extra-territoriale dello Human Rights Act: la decisione della Camera dei Lords nel caso Al-Skeini*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 151 ss.

¹¹² Di recente, la Corte d'appello britannica ha riconosciuto la giurisdizione per fatti commessi da soldati inglesi in una base militare in Iraq, sulla base del principio che ai membri delle forze armate si applica la giurisdizione ovunque si trovino (v. England and Wales Court of Appeal, *R (Smith) v. Secretary of State for Defence*, 18 maggio 2009, spec. par. 29). La House of Lords (con decisione a maggioranza) ha poi negato la giurisdizione sul mero presupposto dell'appartenenza

alle violazioni commesse sul territorio degli Stati contraenti, ivi compresa una base militare all'estero¹¹³. Per giustificare la mancanza di giurisdizione, la House of Lords¹¹⁴ aveva fatto riferimento ai principi espressi nella sentenza *Banković*¹¹⁵, vale a dire all'eccezionalità e alla speciale giustificazione della giurisdizione extra-territoriale.

La sentenza della Grande Camera¹¹⁶ riporta che il Segretario britannico per la difesa aveva deciso di non svolgere alcuna inchiesta sulle circostanze degli omicidi e negato ogni responsabilità, in quanto i fatti si erano verificati a seguito dell'adozione della citata risoluzione 1511 delle Nazioni Unite. La risoluzione in parola infatti autorizzava la forza multinazionale ad assumere "all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq" (par. 13)¹¹⁷. Il governo inglese sosteneva pertanto l'imputabilità degli illeciti al Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite. Tuttavia, la Corte ha respinto quest'ultima argomentazione¹¹⁸, sul presupposto che non fosse già stata sostenuta nell'ambito dei ricorsi interni¹¹⁹.

La sentenza riferisce che il governo inglese, a supporto della propria tesi, ha fatto riferimento anche alla sentenza *Banković*, specie al principio secondo cui il controllo effettivo del territorio, quale presupposto della giurisdizione, troverebbe applicazione principalmente all'interno dell'*espace juridique* degli Stati contraenti con poche eccezioni. Secondo lo Stato convenuto: "Any other approach would risk requiring the State to impose culturally alien standards, in breach of the principle of sovereign self-determination"¹²⁰. Inoltre, non sarebbe giustificabile la giurisprudenza della Corte sulle dichiarazioni degli Stati contraenti relative all'esclusione dell'ambito di applicazione CEDU ai territori d'oltremare

alle forze armate e ne ha invece riconosciuto l'esercizio in quanto i fatti si sono svolti all'interno della base militare (v. *R (on the application of Smith) v. Secretary of State for Defence and another*, 30 giugno 2010). In argomento, v. M. MILANOVIĆ, *UK Supreme Court Decides R (Smith) v. SSD* (www.ejiltalk.org).

¹¹³ I giudici britannici hanno considerato la base militare quale vera e propria parte del territorio dello Stato (al pari di ambasciate, consolati, navi e aereomobili registrati). In senso contrario, v. M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 121 ss.

¹¹⁴ V. sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 109.

¹¹⁵ V. sentenza *Banković*, cit., par. 61.

¹¹⁶ Sentenza *Al-Skeini and Others*, cit., par. 97. Vedi C. MELONI, *Una importante pronuncia della Corte di Strasburgo in materia di tutela dei diritti umani nell'ambito di missioni militari all'estero. Riflessioni attorno alla sentenza della Corte EDU nel caso Al-Skeini c. Regno Unito del 7 luglio 2011*, 8 settembre 2011, in *Diritto penale contemporaneo* (disponibile on line: www.penalecontemporaneo.it); R. NIGRO, *I casi Al-Skeini e Al-Jedda dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 616 ss.; M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini*, cit.

¹¹⁷ V. sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 16.

¹¹⁸ *Ibidem*, paragrafi 99 e 100.

¹¹⁹ V. sentenza *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], no. 3455/05 – (19.2.09), par. 154: "(...) it is not open to a Government to put to the Court arguments which are inconsistent with the position they adopted before the national courts".

¹²⁰ V. sentenza *Al-Skeini*, cit., paragrafi 109 e 110.

(art. 56 CEDU)¹²¹. Ad avviso dello Stato resistente, sarebbe infatti un paradosso che l'applicabilità della CEDU a un territorio coloniale legato da rapporti permanenti con la madre-patria dipendesse dalla volontà dello Stato contraente, mentre tale applicazione sarebbe obbligatoria su territori sui quali lo Stato esercita un controllo effettivo temporaneo¹²². Soprattutto, secondo il governo britannico, nel caso di specie non si sarebbe realizzato alcun controllo effettivo del territorio, anche in considerazione dell'esiguo numero di soldati coinvolti nelle operazioni¹²³. Infine, a ulteriore prova dell'assenza di un controllo effettivo sull'area da parte delle truppe britanniche, il governo ha invocato il mancato esercizio di prerogative tipiche di uno Stato sovrano, vale a dire il potere di modifica delle leggi e di partecipazione all'adozione di una costituzione¹²⁴.

In senso contrario, le parti terze¹²⁵, nelle loro osservazioni scritte, hanno sostenuto che un'interpretazione del concetto di giurisdizione, condizionata alla circostanza che l'azione avesse avuto luogo nell'ambito dell'*espace juridique* europeo, conduceva a un irragionevole parametro di giudizio della condotta degli Stati; tale interpretazione sarebbe inoltre stata in contrasto con i diritti umani, lo stato di diritto e il diritto alla vita. Al contrario, le occupazioni militari creavano la presunzione che gli individui presenti nei territori occupati ricadevano sotto l'autorità e/o il potere dello Stato occupante.

Sull'ammissibilità, la Grande Camera ha respinto la tesi sostenuta dallo Stato convenuto. Infatti, la CEDU si applica di regola sul territorio degli Stati contraenti, ma in presenza di circostanze eccezionali (quale il controllo effettivo di un territorio straniero) trova applicazione extra-territoriale¹²⁶. La circostanza che lo Stato convenuto avesse assunto in Iraq, per un determinato periodo¹²⁷, l'autorità

¹²¹ *Ibidem*, par. 111. V. sentenza *Quark Fishing Ltd v. the United Kingdom*, no. 15305/06 – (19.9.06).

¹²² V. sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 111.

¹²³ *Ibidem*, par. 112.

¹²⁴ *Ibidem*, par. 114.

¹²⁵ *Ibidem*, paragrafi 128 e 129.

¹²⁶ Sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 142: “However, the importance of establishing the occupying State’s jurisdiction in such cases does not imply, *a contrario*, that jurisdiction under Article 1 of the Convention can never exist outside the territory covered by the Council of Europe Member States”.

¹²⁷ La posizione del Regno Unito e degli Stati Uniti è efficacemente espressa nella comunicazione datata 8 maggio 2003, inviata congiuntamente dai Rappresentanti permanenti dei due Governi al Presidente del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: a seguito della destituzione del precedente regime, è stata creata una Coalition Provisional Authority (CPA) “to exercise powers of government temporarily” per il rispetto della legge e il mantenimento dell’ordine; “The United States, the United Kingdom and Coalition partners, working through the Coalition Provisional Authority, shall inter alia, provide for security in and for the provisional administration of Iraq, including by (...) assuming immediate control of Iraqi institutions responsible for military and security matters” (sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 144). Nel suo primo atto legislativo (regolamento n. 1 del 16 maggio 2003), la CPA dichiarava che avrebbe provveduto all’“exercise powers of government temporarily in order to provide for the effective administration of Iraq during the period of transitional administration, to restore conditions of security and stability (...)” (par. 145). La risoluzione n. 1483 del Consiglio di sicurezza, del 22 maggio 2003, ha riconosciuto il ruolo di protezione assunto dagli Stati Uniti e dal Regno Unito, quando invita (par. 4) “to promote the

e la responsabilità del controllo e del mantenimento della sicurezza di una parte del territorio (non solo, quindi, della zona nella quale si trovava la base militare), al pari di uno Stato sovrano, determinava il nesso di causalità tra lo Stato in causa e le violazioni contestate¹²⁸. Degno di nota è che la Corte abbia riconosciuto sussistere il nesso di causalità anche nel caso di uno scontro a fuoco, vale a dire senza certezza circa la provenienza del colpo mortale da parte dei soldati britannici¹²⁹.

Nel merito, la Corte ha condannato il Regno Unito per la morte di cinque (dei sei) civili per violazione del diritto alla vita (art. 2)¹³⁰, a causa del mancato rispetto degli obblighi procedurali di accertamento giudiziario¹³¹. La disposizione in parola è stata interpretata come comprensiva dell'obbligo per le autorità statali di svolgere indagini autonome ed efficaci sulle presunte violazioni. Nel caso di specie, lo Stato convenuto non aveva provveduto ad affidare l'inchiesta a un organo indipendente dai poteri militari. Malgrado la condanna, la Corte ha ammesso che la CEDU possa non trovare applicazione in Iraq come in tempo di pace, viste le condizioni di violenza generalizzata¹³².

Rispetto alle precedenti pronunce, la novità della sentenza *Al-Skeini* consiste nel fatto che le forze occupanti sul territorio di uno Stato estero sono state ritenute responsabili per violazioni perpetrate a danno degli individui nell'ambito di semplici azioni di pattugliamento; il legame giurisdizionale è stato riconosciuto persino in mancanza di certezza sull'effettiva esecuzione dell'omicidio da parte dei soldati nello scontro a fuoco.

La sentenza in parola costituisce inoltre un'evoluzione rispetto alla giurisprudenza precedente, in quanto per la prima volta afferma esplicitamente che sia il criterio di collegamento territoriale che quello di fatto trovano applicazione al di fuori dell'*espace juridique* degli Stati contraenti. A tal fine, è però necessario che si verifichino due condizioni: che lo Stato convenuto eserciti un controllo effettivo sul territorio straniero e/o un "physical power and control over the person in question"¹³³ e che sia titolare di pubbliche funzioni, in luogo dello Stato sovrano¹³⁴.

La Corte esclude l'esercizio di controllo e/o autorità dello Stato sull'individuo in caso di mancanza di titolarità all'esercizio di pubbliche funzioni

welfare of the Iraqi people through the effective administration of the territory, including in particular working towards the restoration of conditions of security and stability (...)" (par. 146).

¹²⁸ Sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 149: "(...) United Kingdom, through its soldiers engaged in security operations in Basrah during the period in question, exercised authority and control over individuals killed in the course of such *security operations*, so as to establish a jurisdictional link between the deceased and the United Kingdom for the purposes of Article 1 of the Convention" (corsivo aggiunto).

¹²⁹ *Ibidem*, par. 150: "(...) since the death occurred in the course of a United Kingdom security operation, when British soldiers carried out a patrol in the vicinity of the applicant's home and joined in the fatal exchange of fire, there was a jurisdictional link between the United Kingdom and this deceased also".

¹³⁰ *Ibidem*, par. 161 ss.

¹³¹ *Ibidem*, par. 177.

¹³² *Ibidem*, par. 168.

¹³³ *Ibidem*, par. 136.

¹³⁴ *Ibidem*, par. 144.

(come per il bombardamento aereo nella sentenza *Banković*)¹³⁵. In sostanza, la sentenza *Al-Skeini* riconosce il collegamento giurisdizionale soltanto in via di eccezione, vale a dire a condizione che lo Stato convenuto eserciti pubblici poteri; pertanto quando stabilisce che, in caso di “control and authority over an individual (...), the Convention rights can be ‘divided and tailored’”¹³⁶ a seconda delle particolari circostanze del caso, questo rappresenta un passo in avanti rispetto alla giurisprudenza *Banković*¹³⁷, ma non un suo totale superamento.

La sentenza *Al-Skeini* potrebbe avere conseguenze, specie di tipo finanziario, per gli Stati spesso coinvolti in operazioni militari all'estero, tenuto conto del gran numero di possibili ricorsi¹³⁸.

La sentenza in parola presenta peraltro alcune zone d'ombra¹³⁹. Innanzitutto, fondando la sua decisione sugli aspetti procedurali dell'art. 2 CEDU, la Corte ha evitato di pronunciarsi sull'applicazione sostanziale della medesima norma nell'ambito di un'occupazione militare da parte di forze straniere. Poi è rimasta aperta la questione se, in caso di operazioni militari all'estero (ad esempio un'azione mirata anti-terrorismo¹⁴⁰), il consenso o l'acquiescenza dello Stato sovrano risultino rilevanti ai fini dell'applicazione extra-territoriale della CEDU¹⁴¹. Inoltre, non è stato chiarito se sullo Stato convenuto penda l'obbligo di protezione del diritto alla vita in situazioni di violenza privata (al pari dei reati commessi sul territorio interno) e quello di investigare su omicidi non commessi da parte di soldati britannici. La Corte ha lasciato aperti molti interrogativi, in particolare non risulta chiaro se la giurisdizione derivi dal fatto che le vittime fossero sotto la giurisdizione britannica sulla base di un *physical power and control*¹⁴², oppure di un controllo effettivo del territorio. La Corte non ha specificato nemmeno se l'esercizio di pubblici poteri debba riguardare tutte le attività delle truppe ai fini del riconoscimento della giurisdizione. Infine, la Corte ha lasciato irrisolta la questione se l'occupazione militare (in presenza di un esiguo numero di truppe) soddisfi il criterio dell'*effective overall control* di un territorio straniero.

¹³⁵ M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini*, cit.

¹³⁶ Sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 137.

¹³⁷ Cfr. al contrario sentenza *Banković*, cit., par. 75: “(...) the wording of Article 1 does not provide any support for the applicants’ suggestion that the positive obligation in Article 1 to secure ‘the rights and freedoms defined in Section I of this Convention’ can be divided and tailored in accordance with the particular circumstances of the extra-territorial act in question (...)”.

¹³⁸ V. sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 182.

¹³⁹ M. MILANOVIĆ, *Al-Skeini*, cit.

¹⁴⁰ In argomento, v. M. J. DENNIS, *Applying Human Rights Law and Humanitarian Law in the Extraterritorial War Against Terrorism: Too Little, Too Much, or Just Right? Application of Human Rights Treaties Extraterritorially to Detention of Combatants and Security Internees: Fuzzy Thinking all Around?*, in *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2006, p. 459 ss.

¹⁴¹ Sentenza *Al-Skeini*, cit., par. 135.

¹⁴² *Ibidem*, par. 136.

10. Anche la sentenza *Al-Jedda*¹⁴³ riguarda presunte violazioni della CEDU da parte dei “occupying powers” britannici in Iraq¹⁴⁴. Tuttavia solleva questioni giuridiche diverse rispetto al caso *Al-Skeini*, relative all’imputabilità delle suddette violazioni direttamente a un’organizzazione internazionale e al conflitto tra norme CEDU e risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite.

In relazione all’ammissibilità del ricorso¹⁴⁵, lo Stato convenuto ha negato l’esercizio della giurisdizione, sostenendo che gli atti fossero direttamente imputabili alle Nazioni Unite: da un lato sulla base della risoluzione n. 1511¹⁴⁶ e dall’altro in forza della risoluzione n. 1546¹⁴⁷ che, vale la pena di ripeterlo, autorizzavano la Forza multinazionale (MNF) a prendere “(...) all necessary measures to contribute to the maintenance of security and stability in Iraq (...)”¹⁴⁸.

Per ciò che riguarda il merito¹⁴⁹, il Regno Unito ha sostenuto la legittimità della detenzione in quanto autorizzata dalla risoluzione n. 1546 e dalle lettere allegate¹⁵⁰; e che, ai sensi dell’art. 103 della Carta delle Nazioni Unite¹⁵¹, in caso di conflitto tra norme, le risoluzioni prevalevano sulle norme convenzionali CEDU¹⁵².

In senso contrario, la parte ricorrente affermava che la suddetta risoluzione n. 1546 non richiedeva “(...) to take action incompatible with its human rights obligations, but instead left a discretion to the State as to whether, when and how to contribute to the maintenance of security”¹⁵³ e, inoltre, che “(...) it would be clearly incompatible with the principle of effectiveness to exclude *a priori* the application of the Convention in relation to all action undertaken by a Contracting Party pursuant to a United Nations Security Council resolution”¹⁵⁴.

¹⁴³ Sentenza *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no. 27021/08 – (7.7.11), cit.

¹⁴⁴ Il ricorso era stato presentato da un cittadino iracheno, il quale lamentava di essere stato illegalmente detenuto per alcuni anni in una prigione sotto controllo britannico a Bassora, in violazione dell’art. 5, par. 1 CEDU.

¹⁴⁵ V. sentenza *Al-Jedda*, cit., paragrafi 64-68.

¹⁴⁶ Risoluzione S/RES/1511 (2003), 1511 (2003) del 16 ottobre 2003.

¹⁴⁷ Risoluzione S/RES/1546 (2004) dell’8 giugno 2004.

¹⁴⁸ V. sentenza *Al-Jedda*, cit., paragrafi 31 e 35.

¹⁴⁹ *Ivi*, paragrafi 87-92.

¹⁵⁰ V. S/RES/1546 (2004), Annex, *Text of letters from the Prime Minister of the Interim Government of Iraq Dr. Ayad Allawi and United States Secretary of State Colin L. Powell to the President of the Council*: “Under the agreed arrangement, the MNF [Multi-National Force] stands ready to continue to undertake a broad range of tasks to contribute to the maintenance of security and to ensure force protection. These include activities necessary to counter ongoing security threats posed by forces seeking to influence Iraq’s political future through violence. This will include combat operations against members of these groups, *internment where this is necessary for imperative reasons of security (...)*” (corsivo aggiunto).

¹⁵¹ V. art. 103 della Carta delle Nazioni Unite: “In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail”.

¹⁵² V. sentenza *Al-Jedda*, cit., par. 91.

¹⁵³ *Ibidem*, par. 93.

¹⁵⁴ *Ibidem*, par. 95.

Secondo la Grande Camera, nel caso *Al-Jedda* le questioni dell'ammissibilità del ricorso e del merito erano strettamente legate¹⁵⁵. A differenza del caso *Al-Skeini*, la Corte europea ha ritenuto ammissibile la tesi del Regno Unito sull'esercizio della giurisdizione da parte delle Nazioni Unite, già sostenuta dinanzi alla House of Lords¹⁵⁶. Tuttavia, la Corte ha sostenuto che le risoluzioni n. 1483¹⁵⁷, 1511 e 1546 non avevano stabilito una ripartizione tra Nazioni Unite e potenze occupanti all'esercizio dei poteri in Iraq¹⁵⁸. Infatti, a seguito della caduta del governo iracheno, tali risoluzioni si erano limitate ad assegnare a Stati Uniti e Regno Unito il ruolo di garanti della sicurezza nel Paese, il compito di distribuzione degli aiuti umanitari, di sostegno alla ricostruzione del Paese e di supporto nella formazione di un governo locale. In tale quadro, le Nazioni Unite non avevano assunto alcun ruolo di controllo effettivo sul territorio, né alcuna autorità e/o controllo sulle azioni delle truppe della forza multinazionale¹⁵⁹. Pertanto, la detenzione del ricorrente non costituiva una condotta imputabile all'organizzazione internazionale¹⁶⁰. La condotta illegittima aveva avuto luogo

¹⁵⁵ *Ibidem*, par. 61. Com'è noto, con l'entrata in vigore del Protocollo n. 14 della CEDU (1° giugno 2010), la Corte può, in un'unica sentenza, pronunciarsi sulla ricevibilità, sul merito ed eventualmente sull'equa soddisfazione (v. art. 29, par. 1 CEDU, come novellato dall'art. 9 del Protocollo in parola). In argomento, v. per tutti U. VILLANI, *Il Protocollo n. 14 alla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 487 ss.

¹⁵⁶ Nei giudizi di primo e secondo grado il Segretario di Stato britannico aveva riconosciuto la giurisdizione ma sostenuto la tesi della non applicabilità della CEDU sul presupposto che la detenzione fosse stata autorizzata dalla risoluzione n. 1546 delle Nazioni Unite, v. *R. (on the application of Al-Jedda) v. Secretary of State for Defence* [2005] EWHC 1809 (Admin); [2006] EWCA Civ 327). Dinanzi alla House of Lords, il Segretario di Stato aveva sostenuto una nuova tesi, secondo cui, in virtù delle risoluzioni n. 1511 e n. 1546, la detenzione del ricorrente fosse imputabile alle Nazioni Unite e pertanto fuori dal campo di applicazione della CEDU, v. *R. (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v Secretary of State for Defence (Respondent)* [2007] UKHL 58, 12 dicembre 2007. In argomento, v. M. ARCARI, *Autorizzazioni del Consiglio di sicurezza, tutela dei diritti dell'uomo e occupazione militare in Iraq: il caso Al-Jedda di fronte ai giudici britannici*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2006, p. 1083 ss.; A. ORAKHELASHVILI, *The Al-Jedda case (House of Lords)*, in *American Journal of International Law*, 2008, p. 337 ss.; R. SAPIENZA, *Occupazione britannica dell'Irak e tutela dei diritti dell'uomo: il caso Al-Jedda dinanzi alla Camera dei Lords*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 402 ss.; A. BREITEGGER, *Sacrificing the Effectiveness of the European Convention on Human Rights on the Altar of the Effective Functioning of Peace Support Operations: A Critique of Behrami & Saramati and Al-Jedda*, in *International Community Law Review*, 2009, p. 155 ss.; F. MESSINEO, *The House of Lords in Al-Jedda and Public International Law: Attribution of Conduct to UN-Authorized Forces and the Power of the Security Council to Displace Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 2009, p. 35 ss.

¹⁵⁷ V. risoluzione 1483 (2003), cit., su cui v. sentenza *Al-Jedda*, cit., par. 29.

¹⁵⁸ V. sentenza *Al-Jedda*, cit., par. 77 ss.

¹⁵⁹ *Ibidem*, par. 79 ss.

¹⁶⁰ *Ibidem*, par. 83: "(...) the United Nations' role as regards security in Iraq in 2004 was quite different from its role as regards security in Kosovo in 1999". Secondo la Corte la differenza fondamentale tra i casi in parola consisteva nella circostanza che nel caso *Behrami and Saramati* la presenza internazionale in Kosovo era stata autorizzata preventivamente dalla risoluzione n. 1244, del 10 giugno 1999. Le Nazioni Unite, mediante un Rappresentante speciale, avevano assunto un ruolo di controllo e di coordinamento della forza internazionale (*ivi*, paragrafi 3, 4 e 41). In sostanza, secondo la

all'interno di un centro di detenzione, controllato in modo esclusivo dalle forze armate britanniche¹⁶¹; pertanto, in linea con la decisione della House of Lord, la detenzione del ricorrente rientrava nella giurisdizione dello Stato convenuto¹⁶².

11. Nella sentenza *Al-Jedda*, la Corte europea ha riconosciuto la giurisdizione extra-territoriale a seguito di occupazione militare sul territorio di uno Stato non contraente. Sotto tale profilo, la sentenza in parola non presenta profili di novità e si colloca piuttosto nel solco della giurisprudenza *Al-Saadoon*.

Invece, dal punto di vista dell'imputabilità della condotta illegittima, la sentenza *Al-Jedda* appare innovativa. Infatti, la Corte ha distinto il caso in parola dalla giurisprudenza *Behrami and Saramati*, affermando che gli atti commessi dai soldati della forza multinazionale sono imputabili agli Stati di provenienza delle truppe¹⁶³. Nelle argomentazioni, la Corte si riferisce al Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, elaborato dalla Commissione del diritto internazionale¹⁶⁴, di cui diremo nelle conclusioni di questo lavoro. Nell'argomentazione giuridica la Corte si riferisce alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea¹⁶⁵; della Corte internazionale di giustizia¹⁶⁶ e a quella della Corte suprema statunitense¹⁶⁷.

Nel caso di specie, il Consiglio di sicurezza non aveva esercitato alcun controllo efficace né alcuna autorità sugli atti delle truppe della forza multinazionale

Corte, l'autorizzazione in via preliminare alla missione militare in Kosovo da parte del Consiglio di sicurezza costituiva già di per sé una forma di "autorità e controllo" sul relativo territorio.

¹⁶¹ *Ibidem*, par. 85: "The internment took place within a detention facility in Basrah City, controlled exclusively by British forces, and the applicant was therefore within the authority and control of the United Kingdom throughout (...)".

¹⁶² *Ibidem*, par. 86: "(...) the Court agrees with the majority of the House of Lords that the internment of the applicant was attributable to the United Kingdom and that during his internment the applicant fell within the jurisdiction of the United Kingdom (...)".

¹⁶³ *Ibidem*, par. 80.

¹⁶⁴ *Ibidem*, par. 55 ss.

¹⁶⁵ In particolare, la Corte richiama la sentenza della Corte di Lussemburgo del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, Raccolta, p. I-6351, nella quale la Corte di giustizia ha ritenuto che i diritti fondamentali garantiti dal diritto comunitario non potessero essere negati sulla base delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, in quanto il diritto comunitario costituisce un ordinamento giuridico autonomo che il diritto internazionale può penetrare solo in base alle condizioni stabilite dallo stesso ordinamento dell'UE. Per un commento, v. F. SALERNO, *Quale "comunità di diritto" per il signor Kadi?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, p. 110 ss.; K. S. ZIEGLER, *Strengthening the Rule of Law, but Fragmenting International Law: The Kadi Decision of the ECJ from the Perspective of Human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 2009, p. 288 ss.

¹⁶⁶ V. sentenza *Al-Jedda*, cit., par. 48 ss., in cui la Corte cita le sentenze *Nicaragua v. United States of America*, in *ICJ Reports*, 1984, par. 107; *Libyan Arab Jamahiriya v. United States of America and Libyan Arab Jamahiriya v. United Kingdom*, *ivi*, 1992, I, paragrafi 42 e 39; *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of Congo (DRC) v. Uganda*), 19 dicembre 2005.

¹⁶⁷ V. sentenza *Al-Jedda*, cit., par. 54 ss., in cui la Corte fa riferimento alla sentenza *Munaf v. Geren* (2008) 128 S.Ct. 2207.

e pertanto non poteva essere responsabile della detenzione del ricorrente. La giurisprudenza della Corte europea costituisce così un'evoluzione rispetto ai principi della sentenza *Behrami and Saramati*, pur limitandosi ad affermare che la situazione in Iraq (a differenza del Kosovo) non rientrava nei requisiti previsti dal Progetto della Commissione del diritto internazionale¹⁶⁸.

Sul conflitto tra norme (art. 5 CEDU e risoluzione n. 1546) e sul valore giuridico dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, la Corte è giunta a conclusioni diverse rispetto a quelle a cui era pervenuta la House of Lords¹⁶⁹. Dal momento che le Nazioni Unite sono state create per il mantenimento della pace¹⁷⁰, in caso di dubbi sull'interpretazione delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, deve presumersi prevalente quella maggiormente in linea con i diritti umani¹⁷¹.

In ogni caso sarebbe stato opportuno che il Consiglio di sicurezza, nell'imporre agli Stati l'adozione di misure confliggenti con la CEDU, avesse utilizzato una formulazione "clear and explicit"¹⁷². Considerata l'improbabilità che una risoluzione imponga espressamente agli Stati contraenti la violazione del diritto internazionale umanitario, la sentenza *Al-Jedda* presuppone che in futuro gli Stati possano rispondere di violazioni perpetrate nell'ambito di operazioni delle Nazioni Unite¹⁷³. La Corte si è riservata il vaglio di legittimità degli atti adottati sulla base della Carta delle Nazioni Unite¹⁷⁴.

Degno di nota è che la Corte ha condannato lo Stato convenuto, malgrado le lettere allegate alla risoluzione si riferiscano esplicitamente alla detenzione preventiva dei presunti terroristi per motivi di sicurezza¹⁷⁵. La sentenza infatti ricorda che la stessa risoluzione consentiva una serie di opzioni agli Stati e richiamava la necessità del rispetto del diritto internazionale umanitario e che persino il Segretario generale delle Nazioni Unite e il

¹⁶⁸ V. sentenza *Al-Jedda*, cit., par. 84.

¹⁶⁹ Dinanzi alla House of Lords, sulla questione dell'applicabilità dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite, il ricorrente *Al-Jedda* aveva sostenuto che la risoluzione n. 1546, che autorizzava la detenzione di persone ritenute pericolose per la sicurezza nazionale, non costituiva un obbligo, bensì un atto discrezionale, con la conseguente inapplicabilità dell'art. 103. Sul punto, i Lords hanno invece stabilito che, sulla base della prassi internazionale e della dottrina, l'art. 103 trova applicazione anche rispetto alle autorizzazioni del Consiglio di sicurezza (paragrafi 33-34). Pertanto, nel conflitto tra la risoluzione n. 1546 e l'art. 5 CEDU (divieto di detenzione preventiva), la suprema Corte britannica ha riconosciuto la prevalenza dell'atto delle Nazioni Unite (par. 39).

¹⁷⁰ Sull'art. 24 della Carta, v. per tutti B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2010, VIII ed., p. 180 ss. e bibliografia ivi citata.

¹⁷¹ Sulla protezione dei diritti umani nell'ambito delle Nazioni Unite, v. U. VILLANI, *Studi sulla protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005; A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite: diritti, obblighi e garanzie*, Milano, 2007.

¹⁷² Sentenza *Al-Jedda*, cit., par. 102.

¹⁷³ Vedi R. NIGRO, *I casi Al-Skeini e Al-Jedda*, cit., p. 621.

¹⁷⁴ Sul primato della CEDU rispetto agli altri obblighi internazionali degli Stati, v. E. DE WET, *The Emergence of International and Regional Value Systems as a Manifestation of the International Constitutional Order*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 611 ss.; M. LUGATO, *op. cit.*, specie p. 461 ss.

¹⁷⁵ V. l'Annex alla risoluzione 1546, cit.

suo Rappresentante speciale in Iraq avevano contestato l'uso eccessivo della detenzione preventiva¹⁷⁶.

La sentenza *Al-Jedda* costituisce uno sviluppo interessante della giurisprudenza della Corte europea, in quanto, per la prima volta, si afferma la presunzione del rispetto del diritto internazionale umanitario nell'ambito delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Tale circostanza può rivelarsi uno strumento chiave per garantire la tutela dei diritti umani nell'ambito delle missioni delle Nazioni Unite. Tuttavia la Corte ha lasciato aperta la questione se, in caso di conflitto tra norme, l'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite possa trovare applicazione anche rispetto alle autorizzazioni del Consiglio di sicurezza¹⁷⁷.

12. La giurisprudenza sin qui esaminata evidenzia un percorso evolutivo che rafforza la tutela giurisdizionale dei diritti umani nella CEDU.

A riguardo vale la pena di ricordare che, secondo la Corte, "(...) the concept of 'jurisdiction' for the purposes of Article 1 of the Convention reflects the term's meaning in public international law and is closely linked to that of the international responsibility of the State concerned (...)"¹⁷⁸.

Nella giurisprudenza più recente, la Corte europea sembra assumere un indirizzo più compatibile con la codificazione della Commissione del diritto internazionale (art. 7 del Progetto del 2011 sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali)¹⁷⁹. La maggiore divaricazione si è riscontrata nel passato nell'attribuzione della responsabilità in occasione della "messa a disposizione" di organi di uno Stato a un'organizzazione internazionale¹⁸⁰. A riguardo sia la Commissione del diritto internazionale che la Corte europea riconducono l'attribuzione dell'illecito e la relativa responsabilità internazionale al criterio del "controllo effettivo" sulla condotta in discussione¹⁸¹. Tuttavia, la Commissione

¹⁷⁶ Sentenza *Al-Jedda*, cit., paragrafi 105 e 106.

¹⁷⁷ La Grande Camera tornerà a pronunciarsi sul rapporto tra CEDU e atti delle Nazioni Unite nel caso no. 10593/08 *Nada v. Switzerland*. Il ricorso è stato presentato da un cittadino italiano residente a Campione d'Italia, inserito in una lista di sospetti terroristi sulla base di una risoluzione delle Nazioni Unite e sottoposto al divieto di transitare su territorio elvetico. Dal momento che Campione costituisce un'*enclave* italiana in territorio svizzero, al ricorrente è impedita la circolazione nel resto d'Italia, in presunta violazione degli articoli 5 e 8 CEDU.

¹⁷⁸ Sentenza *Andrejeva v. Latvia* [GC], no. 55707/00 – (18.2.09), par. 56. V. altresì sentenza *Ilaşcu and Others v. Moldova and Russia* [GC], no. 48787/99 – (8.7.04), par. 312.

¹⁷⁹ *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, Chapter V, Responsibility of international organizations, p. 52 ss.

¹⁸⁰ In argomento, v. L. CONDORELLI, *Le statut des Forces de L'ONU et le droit international humanitaire*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 881 ss.; S. DORIGO, *Imputazione e responsabilità internazionale per l'attività delle forze di peacekeeping delle Nazioni Unite*, *ivi*, 2002, p. 903 ss. A. PELLET, *L'imputabilité d'éventuels actes illicites. Responsabilité de l'OTAN ou des Etats membres*, in C. TOMUSCHAT (ed.), *Kosovo and the International Community. A Legal Assessment*, The Hague-London-New York, 2002, p. 193 ss.; T. STEIN, *Kosovo and the International Community. The Attribution of Possible Internationally Wrongful Acts: Responsibility of NATO or of its Member States*, *ivi*, p. 181 ss.

¹⁸¹ Article 7, Conduct of organs of a State or organs or agents of an international organization

ritiene prevalente il criterio del “controllo operativo” sulla condotta che, in linea di principio, è nelle mani degli Stati che partecipano a missioni di *peace enforcement* e a forze multinazionali autorizzate dal Consiglio di sicurezza. La Corte europea accentuava invece il criterio dell’*ultimate control* dell’organizzazione internazionale rispetto alle condotte concretamente poste in essere dai militari degli Stati partecipanti¹⁸², con una prevalente valorizzazione della responsabilità delle Nazioni Unite in forza delle autorizzazioni di tali operazioni. In definitiva, la Corte europea afferma la necessità di un ampliamento della giurisdizione sui diritti umani in “qualsiasi spazio territoriale” una condotta illecita sia imputabile a uno Stato contraente CEDU anche al di fuori dell’Europa (*espace juridique*) o sulle navi militari in alto mare. La Corte afferma così la propria competenza a giudicare violazioni dei diritti garantiti dalla CEDU al di fuori del loro territorio a livello globale e in qualsiasi spazio libero dalla sovranità o dal controllo di altri Stati.

Negli ultimi anni la Corte si è confrontata con situazioni drammatiche, quali le guerre nell’ex-Yugoslavia e in Iraq dove si sono realizzate complesse situazioni che hanno visto gli Stati contraenti CEDU partecipare a forze di *peace-keeping* delle Nazioni Unite e forze multinazionali collegabili a diverso titolo alla medesima organizzazione. Le oscillazioni della sua giurisprudenza derivano certamente dalla difficile scelta tra *self-restraint* giurisdizionale in simili situazioni (dietro il paravento dell’*espace juridique* degli Stati contraenti) e il principio dell’universalità dei diritti umani da assicurare in “qualsiasi spazio territoriale” in cui vi siano atti imputabili agli Stati contraenti. Nell’interpretazione evolutiva del concetto di giurisdizione extra-territoriale, la Corte europea afferma il principio secondo cui gli Stati contraenti sono tenuti a rispettare, al di là dei propri confini, i diritti umani come sul proprio territorio.

placed at the disposal of another international organization: “The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct” (*ivi*, p. 87 ss.). Sul punto, v. lo Special rapporteur G. GAJA, *Seventh Report on Responsibility of International Organizations*, UN Doc. A/CN.4/610, 27 marzo 2009, paragrafi 22-38.

¹⁸² *Ibidem*, p. 91: “One may note that, when applying the criterion of effective control, ‘operational’ control would seem more significant than ‘ultimate’ control, since the latter hardly implies a role in the act in question”. V. la dottrina citata *ivi* alla nota 115 che ha evidenziato la differenza di posizione tra Corte europea e Commissione del diritto internazionale, tra cui si segnala P. LAGRANGE, *Responsabilité des Etats pour actes accomplis en application du chapitre VII de la Charte des Nations Unies*, in *Revue générale de droit international public*, 2008, p. 85 ss., spec. pp. 94-95; K. M. LARSEN, *Attribution of Conduct in Peace Operations: The “Ultimate Authority and Control” Test*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 509 ss., spec. pp. 521-522. A questi autori, *adde* M. SOSSAI, *Accesso alla Corte europea dei diritti dell’uomo per le violazioni compiute dalle forze armate degli Stati contraenti all’estero*, in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia nel diritto internazionale e dell’Unione Europea*, Milano, 2008, p. 197 ss.

Abstract

The Notion of Extra-territorial Jurisdiction in Light of Recent Case-law

This paper deals with the evolution of the notion of extra-territorial jurisdiction of the Contracting States of the ECHR (under ECHR Article 1) in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, with particular reference to the most recent cases: the *Al-Skeini* decision on the control of a territory and/or of an individual through the actions of state agents and the exercise of public powers, also during patrolling and exchange of fire in open spaces; the *Al-Jedda* decision on the conduct of troops that operate in the field of a multi-national force based on a Security Council resolution; the *Hirsi* decision on the activity of police on the high seas. In this recent case-law, the European Court seems to assume a posture that is more compatible with the International Law Commission's codification. The case-law that will be examined in this work will show an evolving path that strengthens the jurisdictional protection of human rights in the ECHR.

Claudia Morini*

L'azione dell'Unione europea in materia di diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali. In particolare: la decisione quadro 2009/299/GAI sul rafforzamento dei diritti processuali delle persone e la promozione dell'applicazione del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo. – 3. *Segue*: la decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del reciproco riconoscimento delle misure alternative alla detenzione cautelare. – 4. *Segue*: la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali. – 5. La direttiva sul diritto all'informazione nei procedimenti penali. – 6. Le linee evolutive della disciplina: la proposta di direttiva relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Da alcuni anni la creazione di uno spazio giudiziario comune in materia penale attraverso l'armonizzazione delle normative dei singoli Stati membri dell'Unione europea è perseguita anche mediante il tentativo di giungere alla creazione di una “procedura penale europea”. In particolare, la specifica esigenza di rafforzare la tutela in ambito UE dei diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali può dirsi emersa in ragione del crescente ricorso alla regola del mutuo riconoscimento degli atti e delle decisioni anche nel settore della cooperazione giudiziaria in materia penale¹. A questi provvedimenti,

* Assegnata di ricerca in Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Sulla cooperazione giudiziaria in materia penale vedi, tra gli altri, G. CARELLA, M. CASTELLANETA, A. DAMATO, G. PIZZOLANTE, *Codice di diritto penale e processuale penale dell'Unione europea*, Torino, 2009; P. DE PASQUALE, F. FERRARO (a cura di), *Il terzo pilastro dell'Unione europea, cooperazione intergovernativa e prospettive di comunitarizzazione*, Napoli, 2009. In merito al principio del mutuo riconoscimento applicato in questo settore, è utile rilevare che, con la riforma di Lisbona, l'art. 82 TFUE dispone che “la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie (...)”. Su tale principio vedi, tra gli altri, M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE, E. LAMBERT (dirs.), *L'Harmonisation des sanctions pénales en Europe*,

infatti, si giunge a seguito di procedimenti nei quali gli individui coinvolti come indagati o imputati devono poter vedersi riconosciute adeguate garanzie nella fase pre-processuale e in quella processuale vera e propria.

Come correttamente rilevato da parte della dottrina², l'applicazione della regola del mutuo riconoscimento non è tuttavia esente da rischi. In particolare, si è evidenziato come la sua applicazione tra Stati con sistemi penali spesso molto diversi l'uno dall'altro possa comportare l'eventuale violazione di diritti umani fondamentali³.

Premesso ciò, appare dunque rilevante verificare lo stadio di sviluppo della normativa europea in questo delicato settore e le principali linee evolutive della disciplina in esame.

Paris, 2003, e C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 73 ss. La decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea, *GUUE* L 327, 5 dicembre 2008, p. 27 ss., rappresenta un recente esempio di misura relativa al reciproco riconoscimento in materia penale. Essa è stata attuata in Italia con il d.lgs. 7 settembre 2010, n. 161, e si fonda, analogamente a quanto già avveniva per il mandato di arresto europeo, sul presupposto che le decisioni giudiziarie adottate in uno Stato membro possano, a determinate condizioni, trovare riconoscimento in un altro Stato membro ed essere, per taluni effetti, equiparate alle decisioni adottate nel medesimo Stato di esecuzione. La *ratio* di questo strumento, sul quale non ci soffermeremo in questa sede, è la tendenziale finalizzazione della sanzione penale al reinserimento sociale del condannato che, così come enunciato nel 9° 'considerando' della decisione quadro, è direttamente proporzionale all'attaccamento della persona allo Stato di esecuzione ed alla circostanza per cui l'individuo interessato consideri tale Stato il luogo privilegiato in ragione dei legami familiari, linguistici, culturali, sociali o economici e di altro tipo che vi intrattiene. Un altro interessante strumento che sta contribuendo alla creazione di un efficace sistema di "procedura penale europea" è il mandato europeo di ricerca delle prove (decisione quadro 2008/978/GAI del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativa al mandato europeo di ricerca delle prove diretto all'acquisizione di oggetti, documenti e dati da utilizzare nei procedimenti penali, *GUUE* L 350, 30 dicembre 2008, p. 72 ss.) sul quale, in dottrina, vedi N. PARISI, *Il mandato europeo di ricerca delle prove nel sistema della cooperazione giudiziaria penale fra Stati membri*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2009, p. 327 ss.

² Vedi M. PEDRAZZI, *La strategia dell'Unione europea ai fini dell'armonizzazione delle garanzie procedurali in materia penale: le direttive sul diritto all'interpretazione e alla traduzione e sul diritto all'informazione*, in N. PARISI, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA, A. SANTINI, D. RINOLDI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 619 ss., in specie pp. 619-620. Più in generale sulle garanzie individuali e la cooperazione in materia penale vedi M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds.), *Individual Guarantees in the European Judicial Area in Criminal Matters/Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénale*, Bruxelles, 2011.

³ Oltre alla dottrina richiamata in nota 1, si veda N. PARISI, *I diritti fondamentali nell'Unione europea fra mutuo riconoscimento in materia penale e principio di legalità*, in 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, p. 113 ss. Per un'analisi delle modalità di applicazione negli Stati membri del principio di legalità penale sancito nella normativa dell'Unione europea vedi N. PARISI, *Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2012, p. 33 ss.

2. Nell'ambito del più ampio settore della cooperazione giudiziaria in materia penale, l'avvio dell'azione dell'Unione europea nella specifica materia dei diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali è da rinvenire nel Libro verde della Commissione europea sulle garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea⁴. Con esso, infatti, la Commissione aveva cercato di individuare e valorizzare quei diritti della persona indagata o imputata il cui effettivo esercizio si ritenesse essere il presupposto per la piena realizzazione di quel diritto di difesa già sancito a livello europeo dall'art. 6, par. 2, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora innanzi CEDU), e oggi anche dagli articoli 47, commi 2 e 3, e 48, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵.

I diritti individuati nel Libro verde erano, in particolare, l'accesso all'assistenza legale e al servizio di un interprete/traduttore, la notifica agli indagati e agli imputati dei loro diritti (c.d. comunicazione dei diritti), la garanzia di un'adeguata protezione di indagati e imputati appartenenti a categorie vulnerabili, e l'assistenza consolare a stranieri fermati o arrestati. Espressamente esclusi restavano invece il diritto alla libertà provvisoria e il diritto a un corretto trattamento delle prove.

Basandosi sui contenuti del Libro verde, l'anno successivo la Commissione aveva presentato una proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea⁶.

⁴ Libro verde della Commissione, del 19 febbraio 2003, Garanzie procedurali a favore di indagati e imputati in procedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, COM(2003)75 def.

⁵ La Carta di Nizza, proclamata solennemente l'8 dicembre 2000, è stata nuovamente proclamata a Strasburgo il 13 dicembre 2007 alla vigilia della sottoscrizione del Trattato di Lisbona. Sul punto vedi E. PACIOTTI, *La 'seconda proclamazione' della Carta dei diritti e il Trattato di riforma*, dicembre 2007, www.europeanrights.eu. In generale sulla Carta vedi, tra gli altri, R. ADAM, *Da Colonia a Nizza: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 888 ss.; R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, Bologna, 2001; F. POCAR, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in ID. (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1181 ss.; A. BARBERA, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2002, p. 241 ss.; C. DI TURI, *La prassi giudiziaria relativa all'applicazione della Carta di Nizza*, *ivi*, 2002, p. 681 ss.; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cassazione penale*, 2002, p. 1873 ss.; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; ID., *La Carta dei diritti come strumento di costituzionalizzazione dell'ordinamento dell'UE*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, p. 567 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004, p. 73 ss.; A. CELOTTO, G. PISTORIO, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Rassegna giurisprudenziale (2001-2004)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2005, p. 88 ss.; L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 655 ss.; A. SCIACOVELLI, C. MORINI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in F. PREITE (diretto da), *Trattato notarile – Atti di diritto comunitario e internazionale*, III, Diritto comunitario, Torino, 2011, p. 107 ss.

⁶ Proposta di decisione quadro del 28 aprile 2004, COM(2004)328 def. In dottrina vedi M. JIMENO-BULNES, *The Proposal for a Council Framework Decision on Certain Procedural Rights*

Essa, però, non è mai divenuta un atto definitivo a causa del mancato raggiungimento di un accordo unanime sul testo. Di conseguenza, gli Stati membri avevano iniziato a vagliare la possibilità di perseguire gli obiettivi della proposta attraverso altri mezzi.

A tal fine, il 1° luglio 2009 la Presidenza svedese dell'Unione aveva presentato una proposta per l'adozione di una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, nella quale si invitavano gli Stati membri ad armonizzare i vari diritti procedendo però per tappe. Un siffatto approccio avrebbe consentito di prestare la dovuta attenzione alle singole misure da adottare nonché di individuare e affrontare in modo appropriato eventuali problemi particolari per ogni settore interessato dall'azione dell'Unione.

La tabella di marcia, nella forma di una risoluzione del Consiglio, venne adottata dal Consiglio "Giustizia e Affari interni" il 30 novembre 2009⁷. Essa

in Criminal Proceedings throughout the European Union, in E. GUILD, F. GEYER (eds.), *Security v. Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union*, Aldershot, 2008, p. 171 ss. Sul "fallimento" del progetto vedi, in particolare, H. LABAYLE, *Les Garanties Procédurales dans l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice: Histoire d'un Blocage*, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds.), *op. cit.*, p. 153 ss., e C. MORGAN, P. CSONKA, *A European Union Framework Decision on Procedural Rights: the Short History of a Failure (so far)*, *ivi*, p. 147 ss. Sul rapporto tra la proposta e la CEDU v. J. POLAKIEWICZ, *The EU Framework Decision on Procedural Rights and the European Convention on Human Rights: the Importance of Being "Strasbourg-Proof"*, *ivi*, p. 173 ss. Un altro importante documento in materia di garanzie processuali è il Libro verde della Commissione, del 26 aprile 2006, sulla presunzione di non colpevolezza, COM(2006)174 def. Una delle maggiori difficoltà incontrate nella redazione del Libro verde ha riguardato il tentativo di fornire un'interpretazione chiara e univoca della nozione di "presunzione di innocenza". Gli elementi costitutivi della presunzione di innocenza sono ricavati dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia. In particolare, nel documento si sottolinea come tale nozione venga solitamente utilizzata in riferimento a una persona accusata di un illecito penale, nelle diverse fasi processuali e in alcuni altri momenti quali la custodia cautelare, nei procedimenti contumaciali e nella fase delle indagini. Quanto al trattamento dell'imputato, si rileva come questi debba essere trattato come se non avesse commesso il fatto fino al momento in cui le autorità competenti ad accertare la responsabilità penale abbiano acquisito prove sufficienti a convincere, oltre ogni ragionevole dubbio, un giudice terzo e imparziale della sua colpevolezza. In sostanza, la presunzione di innocenza impone che i membri di un tribunale non debbano avviare un processo con l'idea preconcepita che un imputato abbia commesso il reato ascrittogli. Inoltre, viene rilevato che il ricorso a misure di detenzione preventiva debba avere luogo soltanto nel caso in cui sussistano particolari esigenze; nel qual caso, poi, colui che sia oggetto di custodia cautelare deve poter beneficiare di condizioni di detenzione compatibili con la sua presunzione di non colpevolezza. Il Libro si sofferma, infine, sul delicato rapporto tra presunzione di innocenza e comportamento della persona sottoposta a indagini o a processo, nella specie in caso di silenzio della persona e in relazione al diritto a non autoincriminarsi, nonché in ambito probatorio, sulle ricadute di tale presunzione sul diritto a non produrre prove e, più in generale, a non contribuire all'accertamento della propria possibile colpevolezza. La Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness c. Irlanda*, ha ravvisato che, seppur non espressamente menzionato nella CEDU, il diritto a non autoincriminarsi è generalmente riconosciuto ed è parte integrante della nozione di "giusto processo". In materia di diritti della persona imputata, infine, il principio cardine è da rinvenirsi nel brocardo latino *in dubio pro reo*.

⁷ Vedi COM(2009)338 def.

adotta un approccio graduale rispetto alla realizzazione delle sei “misure-base” ivi contemplate, ovvero: traduzione e interpretazione (“misura A”); informazioni relative ai diritti e all’accusa (“misura B”); consulenza legale e assistenza legale gratuita (“misura C”); comunicazione con familiari, datori di lavoro e autorità consolari (“misura D”); garanzie speciali per indagati o imputati vulnerabili (“misura E”); Libro verde sulla detenzione preventiva (“misura F”). Nella tabella di marcia è poi specificato il carattere non esaustivo delle misure elencate (12° ‘considerando’ della risoluzione).

La tabella di marcia parte dal presupposto per cui, nonostante l’esistenza nell’Unione di misure volte a garantire un elevato grado di sicurezza per i cittadini, risulta necessario affrontare problemi specifici relativi a cittadini dell’Unione indagati o imputati. Inoltre, fermo restando il valore delle norme in materia già contenute nella CEDU, l’adozione di norme proprie dell’Unione europea per la tutela dei diritti procedurali veniva ritenuta una *condicio sine qua non* per il rafforzamento della fiducia reciproca tra gli Stati membri, anche al fine di garantire una piena attuazione del principio del reciproco riconoscimento.

Nella tabella di marcia, il riferimento alla CEDU emerge anche nella evidenziata necessità che tutte le future misure dell’Unione in questo settore “dovrebbero essere coerenti con le norme minime previste dalla Convenzione, conformemente all’interpretazione della Corte europea dei diritti dell’uomo” (13° ‘considerando’ della risoluzione).

Già prima dell’adozione della tabella di marcia, tuttavia, in seno alle istituzioni europee erano stati adottati atti che incidono sulle norme processual-penalistiche degli Stati membri. Oltre alla più risalente decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale⁸, va invero ricordata la decisione quadro 2009/299/GAI sul rafforzamento dei diritti processuali delle persone e la promozione dell’applicazione del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo⁹.

Le precedenti decisioni quadro che applicavano il principio del reciproco riconoscimento alle decisioni giudiziarie definitive non affrontavano in modo

⁸ GUCE L 82, 22 marzo 2001, p. 1 ss.

⁹ Decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo, GUUE L 81, 27 marzo 2009, p. 24 ss. L’Italia ha dichiarato, conformemente alla possibilità ammessa dall’art. 8, par. 3, che non sarebbe stata in grado di adottare le misure necessarie per l’entrata in vigore di questa decisione quadro entro il 28 marzo 2011, con il conseguente rinvio della sua applicazione rispetto all’Italia a partire dal 1° gennaio 2014. Sul punto vedi la Dichiarazione ai fini dell’articolo 8, paragrafo 3, della decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l’applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell’interessato al processo, GUUE L 97, 16 aprile 2009, p. 26.

uniforme la questione delle sentenze pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non era comparso personalmente. Infatti, laddove l'imputato non avesse potuto essere informato dell'esistenza di un procedimento a suo carico, le soluzioni offerte erano molto diverse tra loro: tale divergenza avrebbe potuto complicare il lavoro degli operatori del settore e ostacolare la cooperazione giudiziaria nelle materie oggetto delle decisioni.

La decisione quadro 2009/299/GAI ha inteso, pertanto, modificare la decisione quadro 2005/214/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie; la 2006/783/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca; la 2008/909/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione europea; e la 2008/947/GAI relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive. Bisogna però rilevare che, prima della modifica, in queste decisioni quadro era in ogni caso previsto che l'autorità di esecuzione potesse rifiutare l'esecuzione di dette sentenze in caso di contumacia del destinatario della misura.

Anche la decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, è stata modificata¹⁰. Questa consentiva all'autorità di esecuzione di esigere che l'autorità di emissione fornisse assicurazioni considerate sufficienti a garantire alle persone oggetto del mandato d'arresto europeo la possibilità di richiedere un nuovo processo nello Stato membro di emissione e di essere presenti al giudizio. Poiché spettava all'autorità di esecuzione valutare il carattere sufficiente delle assicurazioni fornite, poteva essere difficile prevedere con esattezza i casi in cui l'esecuzione poteva essere rifiutata.

Il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo rientra nel più ampio diritto a un equo processo già previsto dall'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹¹. In particolare esso è desumibile implicitamente dal par. 3 della norma, in quanto l'assenza dell'accusato impedirebbe il pieno esercizio dei diritti ivi previsti¹². Nonostante ciò,

¹⁰ GUCE L 190, 18 luglio 2002, p. 1, modificata dall'art. 2 della decisione quadro 2009/299/GAI. Sulla decisione quadro vedi, tra gli altri, M. PEDRAZZI, *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione in Italia*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2005, p. 22 ss. e p. 203 ss.; ID., *Altre procedure di consegna – Introduzione*, in G. CARELLA, M. CASTELLANETA, A. DAMATO, G. PIZZOLANTE, *op. cit.*, p. 289 ss.; A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2011, spec. p. 87 ss.

¹¹ Sentenze del 18 maggio 2004, *Somogyi c. Italia*, e del 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italia*. Su queste sentenze si veda, tra gli altri, M. CASTELLANETA, *La riapertura dei processi penali a seguito di pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 59 ss., in specie p. 72 ss.

¹² Sentenze del 12 febbraio 1985, *Colozza c. Italia*, par. 27, e *Somogyi c. Italia*, cit.

il processo contumaciale non è di per sé in contrasto con le previsioni della CEDU: invero, la Corte ha affermato che il diritto dell'imputato a comparire personalmente al processo non è assoluto e che a determinate condizioni l'imputato può, di sua spontanea volontà, esplicitamente o tacitamente ma in modo inequivocabile, rinunciare¹³. Quanto alla rinuncia tacita, essa può essere desunta da comportamenti concludenti dell'interessato, ma, in considerazione delle importanti conseguenze che ne derivano, non deve desumersi da comportamenti "equivoci"¹⁴. Nel noto caso *Somogyi c. Italia*, la Corte ha nondimeno precisato che lo Stato ha l'obbligo positivo di assicurarsi che l'imputato abbia un'effettiva conoscenza delle imputazioni e della data del suo processo.

L'obiettivo primario della decisione quadro 2009/299/GAI consiste nell'individuazione di motivi chiari e comuni per il non riconoscimento delle decisioni pronunciate al termine di un processo in cui l'interessato non è comparso personalmente, in violazione delle norme poste a tutela del diritto di difesa. Tale strumento normativo non ha tuttavia lo scopo di disciplinare le forme e i metodi, ivi compresi i requisiti processuali, utilizzati per raggiungere i risultati specificati nella stessa, che sono invece disciplinati dal diritto interno degli Stati membri.

Il principio generale individuato dalla decisione quadro in materia di contumacia risulta enunciato nel 7° 'considerando' nei termini seguenti: "[i]l riconoscimento e l'esecuzione di una decisione pronunciata al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente non dovrebbero essere rifiutati se l'interessato è stato citato personalmente e quindi informato della data e del luogo fissati per il processo terminato con la decisione o se è stato di fatto informato ufficialmente con altri mezzi della data e del luogo fissati per il processo, in modo tale che si sia stabilito inequivocabilmente che l'interessato era al corrente del processo fissato. In tale contesto resta inteso che l'interessato dovrebbe aver ricevuto tali informazioni 'a tempo debito', vale a dire in tempo per consentirgli di partecipare al processo e di esercitare efficacemente il suo diritto alla difesa".

L'obbligo dello Stato di informare in tempo utile l'imputato dell'inizio del processo concorre con la diligenza che quest'ultimo deve comunque porre al fine di poter ricevere le informazioni che gli sono destinate; inoltre, la decisione parifica la presenza dell'imputato a quella del suo difensore (sia esso di fiducia

¹³ Decisione del 30 novembre 2000, *Kwiatkowska c. Italia*. Bisogna rammentare che il processo contumaciale non è proprio di tutti gli ordinamenti giuridici degli Stati membri del Consiglio d'Europa. Basti pensare che nei sistemi ispirati alla tradizione di *common law* esso non è ammesso in quanto è ritenuto "inutile" un processo in cui il soggetto cui dovrebbe essere inflitta la pena manca. La Corte, nella decisione sulla ricevibilità del 4 dicembre 2001, *Lavarazzo c. Italia*, ha ammesso che anche alcuni "fatti" possano dimostrare, in maniera inequivocabile, che l'accusato, pur a conoscenza del processo, non intenda parteciparvi oppure intenda sottrarsi: per esempio se dichiara pubblicamente o per iscritto che non intende dare risposta alle domande di cui ha avuto conoscenza per vie non ufficiali o quando sfugge a un arresto.

¹⁴ Sentenza (Grande Camera) del 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, par. 86. La Corte ha anche precisato che non incombe sull'imputato provare che non intendeva sottrarsi alla giustizia e nemmeno che la sua assenza era dovuta a causa di forza maggiore (par. 88).

o d'ufficio) munito di mandato, qualora l'interessato abbia scelto di non comparire personalmente e di farsi invece rappresentare.

La modifica più significativa introdotta dalla decisione in esame concerne la decisione quadro sul mandato di arresto europeo, nella quale viene inserito il nuovo art. 4-*bis*, in base al quale l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di eseguire il mandato d'arresto europeo se l'interessato non è comparso personalmente al processo terminato con la decisione, salvo che dal mandato di arresto risultino le seguenti circostanze riguardanti l'interessato, conformemente agli ulteriori requisiti processuali definiti nel diritto interno dello Stato membro emittente: a) che sia stato a tempo debito citato personalmente e quindi informato della data e del luogo del processo; b) che sia stato informato che una decisione poteva essere emessa in caso di mancata comparizione in giudizio; c) che, essendo al corrente della data fissata, aveva conferito mandato ad un difensore ed è stato poi patrocinato in giudizio da tale legale; d) che, dopo aver ricevuto la notifica della decisione ed essere stato informato del diritto a un nuovo processo, ha dichiarato espressamente di non opporsi al verdetto del magistrato o non ha presentato ricorso entro il termine stabilito.

Infine, viene stabilito che l'autorità giudiziaria del Paese di esecuzione dovrebbe procedere all'arresto se l'imputato, pur non avendo ricevuto personalmente la notifica della decisione, l'abbia ricevuta senza indugio dopo la consegna e sia stato espressamente informato del diritto a impugnare la decisione stessa. Tali condizioni sono da intendersi in concorso alternativo tra loro.

Per quanto concerne le altre decisioni quadro sulle quali la decisione quadro 2009/299 ha inciso, tra i motivi di rifiuto del riconoscimento, nei casi in cui la persona interessata non sia stata informata del procedimento, sono state inserite anche in questi atti nuove previsioni relative allo svolgimento del procedimento in contumacia analoghe a quelle sopra analizzate in relazione al mandato di arresto europeo.

In conclusione, appare condivisibile quanto affermato da parte della dottrina, ovvero che “[n]ella prospettiva di un significativo rafforzamento dei diritti e delle garanzie della persona ricercata, la nuova Decisione quadro ridisegna, pertanto, le conseguenze scaturenti dagli esiti decisori del giudizio contumaciale, ma al tempo stesso viene ad incidere in profondità anche sui suoi elementi strutturali, circondandone la disciplina attraverso una ‘fascia’ di mezzi di tutela specifici ed uniformi nell’ambito dei motivi facoltativi di rifiuto”¹⁵.

3. La decisione quadro 2009/829/GAI, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del reciproco riconoscimento delle misure alternative alla detenzione cautelare, risponde ad una duplice esigenza: da un lato garantire il rispetto della libertà e della presunzione di innocenza del sospettato; e dall'altro tutelare l'interesse dello Stato a perseguire l'autore di un reato, a scongiurarne

¹⁵ Vedi G. DE AMICIS, *Il mandato d'arresto europeo e le sentenze contumaciali: le modifiche introdotte dalla decisione quadro n. 2009/299/GAI*, in *Cassazione penale*, 2009, p. 3613 ss., in specie p. 3615.

l'eventuale fuga, a proteggere l'integrità delle prove e a prevenire la commissione di ulteriori reati da parte dello stesso soggetto¹⁶.

L'esigenza di adottare un atto nella materia *de qua* è sorta a seguito della constatazione, da parte della Commissione europea, di un troppo facile ricorso negli Stati membri allo strumento della carcerazione preventiva, detta anche custodia cautelare, soprattutto a discapito di sospettati stranieri. Tale misura, invero, dovrebbe avere carattere eccezionale, come anche disposto dall'art. 5, par. 1, lett. c), CEDU, laddove in materia di diritto alla libertà e alla sicurezza è previsto che questo possa essere compresso solo qualora vi siano "motivi plausibili di sospettare che [l'indagato] abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere un reato o di darsi alla fuga dopo averlo commesso"¹⁷.

Il 5° 'considerando' della decisione quadro evidenzia un importante motivo che giustifica l'adozione di misure in materia di detenzione cautelare, ovvero il rischio che le persone non residenti nello Stato del processo possano "subire" con maggiore frequenza tali provvedimenti restrittivi della libertà personale in ragione di un loro minore "attaccamento" con il territorio di quello Stato e di un presunto maggiore pericolo di fuga: è palese il rischio di una discriminazione tra residenti e non, poco compatibile con uno spazio comune europeo di giustizia senza frontiere interne. Invero, prima dell'adozione dell'atto in esame le alternative per i cittadini non residenti sottoposti a processo erano solo due: la deten-

¹⁶ Vedi decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio, del 23 ottobre 2009, sull'applicazione tra gli Stati membri dell'Unione europea del reciproco riconoscimento delle misure alternative alla detenzione cautelare, *GUUE* L 294, 11 novembre 2009, p. 20 ss. Il 14 giugno 2011 è stato poi adottato il Libro verde sulla detenzione, COM(2011)327 def. Nella tabella di marcia del 2009, il Consiglio aveva già sottolineato che "il tempo che una persona può trascorrere in stato di detenzione prima di essere sottoposta a giudizio e durante il procedimento giudiziario varia considerevolmente da uno Stato membro all'altro. Periodi di detenzione preventiva eccessivamente lunghi sono dannosi per le persone, possono pregiudicare la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri e non corrispondono ai valori propugnati dall'Unione europea". Ancor prima, il Consiglio europeo aveva ritenuto che occorresse compiere sforzi per rafforzare la fiducia reciproca e rendere più efficace il principio del riconoscimento reciproco nel campo della detenzione; aveva altresì raccomandato di proseguire le iniziative volte a promuovere lo scambio delle migliori prassi per quanto riguarda la gestione delle carceri e sostenere l'attuazione delle regole penitenziarie europee, approvate dal Consiglio d'Europa, nonché di esaminare soluzioni alternative alla reclusione e progetti pilota in materia di detenzione (così nel Programma di Stoccolma, *GUUE* C 115, 4 aprile 2010, p. 1 ss.). Numerosi strumenti nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale sono potenzialmente connessi alle questioni relative a modalità e condizioni di detenzione: il mandato di arresto europeo, il trasferimento dei detenuti, il reciproco riconoscimento delle sanzioni alternative e della sospensione condizionale, e l'ordinanza cautelare europea. Questi strumenti, che incidono sulla detenzione, possono funzionare adeguatamente soltanto in presenza di reciproca fiducia nella corretta gestione della detenzione da parte degli Stati membri dell'Unione europea e, in virtù di questa, del mutuo riconoscimento delle relative decisioni. In caso contrario, uno Stato membro potrebbe fare resistenza nel riconoscere ed eseguire il provvedimento adottato dalle autorità di un altro Stato membro.

¹⁷ Da rilevare che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non esiste un'analogia disposizione, si parla genericamente di un diritto alla libertà e alla sicurezza (art. 6).

zione cautelare o la circolazione non sottoposta ad alcun controllo. Tale volontà di scongiurare future discriminazioni è rafforzata anche dal tenore del 16° ‘considerando’ laddove è previsto, *in primis*, che la decisione quadro rispetta i diritti fondamentali sanciti dall’art. 6 TUE e le norme della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, e in secondo luogo che “[n]essuna [sua] disposizione (...) dovrebbe essere interpretata nel senso di vietare il rifiuto del riconoscimento di una decisione sulle misure cautelari qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che essa sia stata disposta al fine di punire una persona a motivo del sesso, della razza, della religione, dell’origine etnica, della nazionalità, della lingua, delle opinioni politiche o dell’orientamento sessuale (...)”.

Interessante è anche il 17° ‘considerando’ della decisione quadro, il quale prevede che essa “non dovrebbe ostare a che ciascuno Stato membro applichi le proprie norme costituzionali relative al diritto al giusto processo, alla libertà di associazione, alla libertà di stampa, alla libertà di espressione negli altri mezzi di comunicazione e alla libertà di religione”.

L’art. 4 della decisione quadro qualifica la decisione sulle misure cautelari quella “esecutiva emessa durante il procedimento da un’autorità competente dello Stato di emissione conformemente alla legislazione e alle procedure nazionali e che impone ad una persona fisica, come alternativa alla detenzione cautelare, una o più misure cautelari”. Destinatari ne devono essere i cittadini residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui sono sottoposti a procedimento penale: questi possono essere sorvegliati dalle autorità dello Stato membro di residenza qualora abbiano legittimamente lasciato lo Stato del processo.

Al 13° ‘considerando’ è specificato che, sebbene la decisione quadro si applichi a tutte le tipologie di reato e a prescindere dalla loro gravità, le misure cautelari dovrebbero preferibilmente applicarsi ai reati meno gravi.

Tra le misure alternative alla detenzione che potrebbero essere imposte alla persona indagata e riconosciute dallo Stato di esecuzione, rilevano quelle relative all’obbligo o al divieto di frequentare determinati posti o persone specifiche e all’obbligo di presentarsi nelle ore stabilite presso una data autorità (art. 8, par. 1). Ci sono poi misure che, pur non rientrando tra quelle per le quali la decisione quadro si applica, possono essere accettate dallo Stato di esecuzione ai fini della sorveglianza: il divieto di esercitare particolari attività o professioni, il divieto di guidare veicoli, l’obbligo di sottoporsi a specifici trattamenti terapeutici o di disintossicazione, l’obbligo di depositare una determinata somma di denaro a titolo di garanzia (art. 8, par. 2). Tale elenco è meramente esemplificativo, essendo prevista la facoltà per ogni Stato membro di ampliare le categorie di misure cautelari da sottoporre alla propria sorveglianza. L’attività di sorveglianza sulle misure cautelari è disciplinata dalla legislazione dello Stato di esecuzione (art. 16).

L’art. 13 contiene una “clausola di salvaguardia” dell’ordinamento giuridico dello Stato di esecuzione, laddove prevede la possibilità di adattare la misura cautelare con altre equipollenti, fermo restando però il divieto di modifiche peggiorative e la possibilità per lo Stato di emissione di revocare il provvedimento fino a quando sia iniziata la sorveglianza nello Stato di esecuzione.

L'art. 14 enuncia, invece, una lista di reati per i quali non è necessaria la verifica della doppia incriminabilità ai fini del riconoscimento della decisione sulle misure cautelari, se nello Stato di emissione detti reati sono punibili con una pena detentiva o una misura privativa della libertà personale della durata massima non inferiore a tre anni. Tra questi rilevano, ad esempio, reati quali il terrorismo, la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale di bambini, nonché la corruzione e i reati informatici. In questo senso la decisione quadro in esame si pone nella scia della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, il cui art. 5 individua un elenco di trentanove reati, corrispondenti a una serie di fattispecie delittuose comuni alle esperienze giuridiche dei vari Stati membri, per i quali non è prevista la verifica della doppia punibilità ai fini dell'esecuzione del mandato d'arresto.

Il termine massimo entro il quale procedere al riconoscimento della decisione è di venti giorni dal ricevimento della stessa: i motivi facoltativi di non riconoscimento sono tassativi e sono enunciati nell'art. 15. Il rischio insito nell'opposizione di uno dei motivi elencati da parte dell'autorità richiesta è che l'autorità procedente possa continuare a trattenere l'indagato in custodia cautelare sino al termine del procedimento a suo carico; per questo motivo, non esiste alcuna ipotesi di rifiuto obbligatorio del riconoscimento e dell'esecuzione della misura alternativa: in ogni caso, però, le autorità dello Stato di esecuzione sono obbligate a comunicare in tempi brevi la propria intenzione in merito al riconoscimento.

Infine, in base al disposto dell'art. 27, gli Stati membri sono tenuti ad adottare le relative misure di attuazione entro il 1° dicembre 2012.

Alla luce dell'analisi svolta, è possibile affermare che la decisione quadro 2009/829/GAI costituisce un sicuro passo avanti nel cammino verso una sempre maggiore tutela delle garanzie processuali dei cittadini europei coinvolti in procedimenti penali.

4. Il primo atto adottato in conformità alla tabella di marcia del 30 novembre 2009 è costituito dalla direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, entrata in vigore il 15 novembre 2010¹⁸. Essa vincola gli Stati membri a porre in essere entro il 27 ottobre 2013 misure attuative di tipo legislativo, regolamentare e amministrativo, idonee a tutelare il diritto dell'imputato che non conosce la lingua del procedimento ad avere un interprete e alla traduzione degli atti di cui è destinatario fino alla conclusione del procedimento penale (art. 1, par. 2)¹⁹.

¹⁸ GUUE L 280, 26 ottobre 2010, p. 1 ss. In dottrina vedi C. AMALFITANO, *Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2011, p. 83 ss.

¹⁹ Parte della dottrina individua un "grande limite dell'attuale processo normativo" nella circostanza per cui i diritti espressi nella tabella di marcia sarebbero riferibili solo alla fase processuale e non ad altre fasi del procedimento. Sul punto vedi N. PARISI, *Tecniche di costruzione*, cit., p. 52,

La direttiva si riferisce dunque alla “misura A” della tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, sopra richiamata, e si basa sulle proposte della Commissione di decisione quadro del Consiglio sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali dell’8 luglio 2009 nonché di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sul diritto all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, del 9 marzo 2010²⁰. Essa stabilisce norme minime comuni in tale materia.

Il diritto all’interpretazione e alla traduzione per coloro che non parlano o non comprendono la lingua del procedimento è già sancito dall’art. 6, par. 3, lettere a) ed e), CEDU, come interpretato nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Questo diritto va garantito in modo effettivo e, di conseguenza, l’obbligo delle autorità non si limita alla nomina di un interprete ma si estende anche al controllo sull’attività svolta dallo stesso²¹. Secondo la Corte europea, poi, il diritto all’assistenza di un interprete è rinunciabile, espressamente o tacitamente, purché in modo non equivoco, e la rinuncia non deve contrastare con alcun importante interesse pubblico²².

La direttiva in esame si propone di facilitare l’applicazione del diritto di persone indagate o imputate all’interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali per rendere più effettiva la garanzia di un processo equo²³. L’assistenza linguistica deve essere adeguata e gratuita (17° ‘considerando’), tempestiva o comunque fornita in tempi ragionevoli (18° ‘considerando’ e art. 3, par. 1), nella lingua madre o in altra lingua ben conosciuta dall’interessato (22° ‘considerando’) e dovrebbe riguardare anche le comunicazioni tra l’imputato e il suo difensore (19° e 20° ‘considerando’ nonché art. 2, par. 2). Essa inoltre dovrebbe essere verificabile e contestabile sia nell’adeguatezza (24° ‘considerando’) che nella completezza (30° ‘considerando’ e art. 3, par. 5).

La direttiva delinea una distinzione tra gli atti che devono obbligatoriamente essere tradotti, quanto meno nelle parti rilevanti, perché fondamentali ai fini della difesa (30° ‘considerando’) e quelli per cui si rimanda invece alle legislazioni degli Stati membri. In particolare, l’art. 3, par. 2, definisce fondamentali le decisioni che privano della libertà personale, gli atti contenenti i capi di imputazione e le sentenze; in tutti gli altri casi, invece, l’essenzialità va stabilita dall’autorità giudiziaria, anche sulla base di richiesta motivata dell’imputato o del suo difensore (art. 3, par. 3).

Tutti i diritti contemplati nella direttiva in esame sono estesi anche agli individui soggetti a procedimento di esecuzione di un mandato di arresto europeo

che individua nella direttiva in oggetto una lodevole eccezione in quanto le sue disposizioni si applicano espressamente anche al procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo.

²⁰ Rispettivamente COM(2009)338 def. e COM(2010)82 def.

²¹ Sentenza del 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, par. 74.

²² Decisione sulla ricevibilità del 20 gennaio 2005, *Rainer c. Italia*.

²³ Sulla gratuità dell’opera di interpretazione e traduzione per gli individui coinvolti in procedimenti penali si è pronunciata la Corte di Strasburgo nella sentenza del 28 novembre 1978, *Luedicke, Belkacem e Koç c. Germania*, par. 46.

(articoli 1, par. 1; 2, par. 7; e 3, par. 6). Poiché la direttiva stabilisce solo norme minime, gli Stati membri possono ampliare i diritti previsti al fine di assicurare un livello di tutela più elevato anche in situazioni non espressamente contemplate dalla direttiva stessa (32° ‘considerando’).

Da ultimo, il livello di tutela negli ordinamenti statali non dovrebbe mai essere inferiore alle disposizioni della CEDU o della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo o della Corte di giustizia dell’Unione europea, né ad altre disposizioni di origine internazionale (art. 8).

5. Il 22 maggio 2012, l’Unione europea ha adottato la direttiva 2012/13/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, sul diritto all’informazione nei procedimenti penali²⁴; essa costituisce l’espressione della “misura B” della tabella di marcia del 2009 (informazioni relative ai diritti e all’accusa).

La Commissione europea aveva presentato la proposta il 20 luglio 2010, in linea con il suo impegno a garantire che i cittadini europei godano del diritto ad un processo equo in tutto il territorio dell’Unione²⁵.

Ai sensi della direttiva in esame, gli indagati di un reato dovranno essere informati dei loro diritti in una lingua da essi compresa. Il provvedimento ha lo scopo di garantire che le autorità dei Paesi dell’Unione forniscano a chiunque venga arrestato – o sia oggetto di un mandato d’arresto europeo – la c.d. comunicazione dei diritti, contenente un elenco di diritti fondamentali relativi allo svolgimento del procedimento penale. Gli indagati riceveranno automaticamente tale comunicazione anche se non la chiedono e, se necessario, potranno ottenerne la traduzione.

Il diritto di essere informato dell’accusa è contemplato dall’art. 6, par. 3, lett. a), CEDU. Nella sua giurisprudenza in materia, la Corte europea ha affermato che, per essere conforme al disposto convenzionale, l’informazione deve indicare i fatti materiali contestati che devono essere qualificati giuridicamente in modo preciso e dettagliato²⁶, e deve avvenire nel più breve tempo possibile. L’informazione è dovuta a partire dal momento in cui l’interessato assume la qualità di “imputato”²⁷. In un caso, tuttavia, la Corte ha escluso la violazione di tale diritto poiché l’imputato aveva avuto altrimenti conoscenza dell’accusa mossagli e aveva avuto l’opportunità di organizzare la propria difesa²⁸.

²⁴ GUUE L 142, 1° giugno 2012, p. 1 ss.

²⁵ COM(2010)392 def.

²⁶ Sentenza del 25 marzo 1999, *Pélissier e Sassi c. Francia*, dove nell’ordinanza di rinvio a giudizio era indicata la qualificazione dei fatti ma non l’esatta indicazione del giorno e del luogo dal loro compimento.

²⁷ Decisioni di irricevibilità del 31 maggio 2001, *Ortolani c. Italia*, e del 4 aprile 2000, *Ferrarin c. Italia*.

²⁸ Decisione di irricevibilità del 28 febbraio 2002, *D.C. c. Italia*, in cui la descrizione del fatto, non menzionata nel decreto di rinvio a giudizio, era stata inserita nell’ordinanza di custodia cautelare, contestata nel corso di un interrogatorio e considerata nella sentenza di condanna di primo

Nei casi *Padalov* e *Talat Tunc*, inoltre, la Corte europea ha valutato negativamente l'omissione degli Stati contro i quali le parti avevano fatto ricorso relativamente al dovere di agire affinché le autorità competenti svolgessero un ruolo attivo nell'informare gli indagati sul diritto al patrocinio a spese dello Stato²⁹. Nel caso *Panovits*³⁰, invece, la Corte non solo ha ribadito che le autorità hanno l'obbligo di informare l'indagato sul diritto all'assistenza di un avvocato e al patrocinio a spese dello Stato, ma ha anche affermato che non basta la semplice "comunicazione dei diritti": le autorità competenti devono agire affinché sia garantita all'indagato la "piena consapevolezza" dei propri diritti.

La comunicazione dei diritti prevista dalla direttiva dovrà contenere dettagli pratici sui diritti dell'indagato, e in particolare: il diritto ad un avvocato; il diritto ad essere informato dell'accusa e, se del caso, ad avere accesso al fascicolo; il diritto alla traduzione e all'interpretazione se non si comprende la lingua del procedimento; il diritto di essere prontamente tradotto dinanzi a un'autorità giudiziaria.

Il diritto all'informazione sull'accusa prevede che all'indagato o imputato vengano fornite informazioni relative alle circostanze in cui il reato è stato commesso, compreso il momento, il luogo e il grado di partecipazione al reato e alla natura e alla qualificazione giuridica del reato.

Quanto al delicato aspetto del diritto di accesso al fascicolo, è previsto che tale accesso possa in alcuni casi essere limitato qualora ciò comporti gravi rischi per la vita altrui o possa nuocere gravemente alla sicurezza interna di uno Stato membro. In ogni caso, qualora si dimostri che l'accesso è "nell'interesse della giustizia", l'imputato o il suo avvocato potranno chiedere un indice dei documenti contenuti nel fascicolo. Come regola generale, l'accesso al fascicolo deve poter avvenire in tempo utile per consentire alla parte di preparare la difesa o contestare le decisioni assunte nel corso della fase istruttoria, ed è gratuito.

Ogni anno sono più di 8 milioni i procedimenti penali nell'Unione europea, e al momento non vi è uniformità tra i vari Stati membri per quanto riguarda la possibilità per i cittadini di essere informati in maniera appropriata dei loro diritti qualora vengano arrestati e debbano rispondere di accuse penali: in alcuni Stati membri, infatti, gli indagati ricevono solo informazioni orali sui propri diritti processuali, mentre in altri le informazioni scritte vengono fornite solo se richieste³¹.

grado, contro la quale ha presentato appello e ricorso per cassazione opponendo argomenti sul fatto in questione.

²⁹ Sentenze del 10 agosto 2006, *Padalov c. Bulgaria*, e del 27 marzo 2007, *Talat Tunc c. Turchia*.

³⁰ Sentenza dell'11 dicembre 2008, *Panovits c. Cipro*. Per una panoramica completa della giurisprudenza CEDU in materia e, più in generale, per un'approfondita analisi in merito all'introduzione della "comunicazione dei diritti" di matrice UE negli ordinamenti degli Stati membri, si veda il Rapporto curato da T. SPRONKEN nel luglio 2010, *EU-Wide Letter of Rights in Criminal Proceedings: Towards Best Practice*, arno.unimaas.nl.

³¹ In generale sui diritti procedurali in ambito UE vedi, tra gli altri, T. SPRONKEN, G. VERMEULEN, D. DE VOCHT, L. VAN PUYENBROEK, *EU Procedural Rights in Criminal Proceedings*,

La direttiva in esame rappresenta un ulteriore tassello a completamento del quadro di misure volte a dare piena attuazione all'art. 6 CEDU e agli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, relativi, rispettivamente, al giusto processo e al rispetto dei diritti della difesa. Essa, inoltre, contribuisce al raggiungimento degli obiettivi che la Commissione si era posta con la tabella di marcia del 2009, la quale potrà esplicitare appieno i vantaggi da essa derivanti solo con la piena realizzazione e applicazione di tutte le misure in essa previste.

6. L'ultimo atto che si vuole in questa sede esaminare è la recente proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto³², attualmente in attesa della prima lettura del Parlamento europeo. Nel frattempo, il 7 dicembre 2011 è stato adottato e trasmesso alle istituzioni coinvolte nell'*iter* legislativo il parere del Comitato economico e sociale europeo³³. La proposta di direttiva in esame corrisponde alla terza e alla quarta misura della tabella di marcia del 2009 e riflette la scelta della Commissione di disciplinare con un unico atto normativo il diritto di accesso a un difensore ("misura C") e il diritto a comunicare ("misura D").

L'esigenza di adottare questo atto nasce dalla constatazione da parte della Commissione europea dell'insufficiente livello di tutela in materia in molti Stati membri. Questa situazione si presenta in diverse forme: molti Paesi attualmente non riconoscono all'indagato il diritto di rivolgersi ad un difensore prima di qualunque interrogatorio di polizia e/o di farsi assistere da un difensore durante l'interrogatorio. Questo diritto, riconosciuto nell'art. 6, par. 3, lett. c), CEDU, è stato invece pienamente sancito dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale nei casi *Salduz* e *Brusco* ha ritenuto che gli indagati abbiano diritto sia a consultare un avvocato sin dal primo interrogatorio di polizia, sia a che il loro difensore possa svolgere un ruolo attivo nella difesa durante l'interrogatorio stesso³⁴.

Vi sono differenze fra gli Stati membri quanto alla possibilità di rinunciare al proprio diritto a un difensore. Inoltre, la raccolta di prove in assenza di un difensore è valutata diversamente da uno Stato membro all'altro. Infine, nel quadro di un procedimento di mandato d'arresto europeo, non vi sono norme a livello UE che regolino l'assistenza legale al ricercato, tanto nello Stato emit-

Antwerp, 2009; e E. CAPE, Z. NAMORADZE, R. SMITH, T. SPRONKEN, *Effective Criminal Defence in Europe*, Antwerp, 2010.

³² Dell'8 giugno 2011, COM(2011)326 def.

³³ V. il parere del Comitato economico e sociale europeo, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al diritto di accesso a un difensore nel procedimento penale e al diritto di comunicare al momento dell'arresto, *GUUE* C 43, 15 febbraio 2012, p. 51 ss.

³⁴ Sentenze del 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, e del 14 ottobre 2010, *Brusco c. Francia*. Per una sintesi dei casi in cui la Corte ha affermato che il diritto a farsi difendere da un avvocato è un corollario del diritto a un processo equo v. *Factsheet – Police arrest / assistance of a lawyer*, February 2011, www.echr.coe.int.

tente quanto nello Stato di esecuzione, situazione che va a ulteriore discapito della fiducia reciproca tra ordinamenti.

Nel parere sopra menzionato, il Comitato economico e sociale ha giudicato con sfavore la scelta di rinviare al 2013 l'adozione della misura sull'assistenza legale gratuita, che nella tabella di marcia del Consiglio del 2009 era considerata unitamente alla consulenza legale ("misura C"): in tal modo si ritiene che l'effettività dei diritti enunciati potrebbe risultarne compromessa. Un giudizio ampiamente positivo è espresso in ordine all'estensione del diritto di accesso a un difensore agli indagati. Coerentemente con il diritto a non autoincriminarsi, era doveroso fare in modo che i soggetti perseguiti penalmente potessero avere accesso a un difensore, in assenza del quale le loro dichiarazioni non avrebbero potuto essere usate ai fini di una eventuale condanna.

Viene poi rilevato come il diritto di accesso a un difensore, come configurato nella proposta di direttiva, è conciliabile con le esigenze dell'indagine e, contribuendo a garantire l'utilizzabilità in sede processuale delle prove raccolte, può, a determinate condizioni individuate nel parere, anche facilitare il corretto svolgimento del procedimento penale.

Il Comitato, infine, si preoccupa di mettere in rilievo la delicata questione dei diritti delle vittime, affermando che, considerati i nuovi diritti riconosciuti alla difesa, anche le vittime dovrebbero poter essere assistite da un difensore quando vengono sentite dalle autorità investigative e, *a fortiori*, in caso di confronto con gli imputati, per i quali pure è prevista l'assistenza di un difensore.

Passando brevemente ai dettagli della proposta, essa prevede che ogni indagato o imputato abbia accesso a un difensore in tempo utile. In particolare, indipendentemente dal suo *status libertatis*, ogni indagato o imputato deve poter accedere a un difensore prima dell'inizio di qualunque interrogatorio (art. 3). Il difensore deve poter partecipare in maniera attiva agli interrogatori e alle udienze (ad esempio, con domande e dichiarazioni); ha il diritto di presenziare a qualunque atto investigativo o di raccolta di prove che richieda o consenta la presenza del suo assistito, salvo che le prove da raccogliere rischiano di essere alterate, rimosse o distrutte in conseguenza del passare del tempo necessario all'arrivo del difensore; ha inoltre diritto di accedere al luogo di detenzione per verificare le condizioni in cui l'indagato o imputato è detenuto (art. 4).

La proposta in esame prevede altresì il diritto, per coloro che sono privati della libertà personale, di comunicare, al momento dell'arresto, con un terzo (come, ad esempio, il proprio datore di lavoro o i propri familiari) o con le proprie autorità consolari, in attuazione anche del disposto dell'art. 36 della Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, in modo da informarli tempestivamente dello stato di detenzione in cui si trovano (articoli 5 e 6).

Quanto alle deroghe ai diritti sanciti nella proposta di direttiva, esse sono possibili solo in casi eccezionali (art. 8); possono essere autorizzate esclusivamente mediante decisione adottata da un'autorità giudiziaria; devono essere giustificate da ragioni concrete relative alla necessità impellente di evitare conseguenze negative gravi per la vita o l'integrità fisica di una persona; non devono basarsi esclusivamente sul tipo o sulla gravità del reato contestato; devono

rispettare il principio di proporzionalità; devono essere limitate nel tempo e, in ogni caso, non andare oltre la fase processuale nella quale sono state imposte; e non devono, infine, pregiudicare l'equità del procedimento.

7. Gli atti esaminati in questo scritto si fondano quanto alla loro base giuridica sull'art. 82, par. 2, co. 1, TFUE, secondo il quale le istituzioni dell'Unione possono stabilire norme minime applicabili negli Stati membri al fine di facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi *dimensioni transnazionali*. Il co. 2, lett. b), del paragrafo in esame, indica inoltre "i diritti della persona nella procedura penale" quale uno degli ambiti in cui è possibile stabilire norme minime³⁵. Tali norme minime comuni dovrebbero dunque incrementare la fiducia reciproca nei sistemi di giustizia penale di tutti gli Stati membri, volta a realizzare una più efficace cooperazione giudiziaria.

Da rilevare è la circostanza per cui le misure adottate e in corso di adozione in materia di diritti processuali di indagati e imputati, nonostante il disposto dell'art. 82, par. 2, TFUE, sono rese applicabili a prescindere dal carattere di transnazionalità dei procedimenti penali.

Invero, la Commissione, nella valutazione d'impatto annessa alla proposta di direttiva da ultimo esaminata, dopo aver ricordato che il principio del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie è il fondamento della cooperazione giudiziaria in materia penale in ambito UE, ha affermato che l'adozione di norme comuni applicabili a tutti i procedimenti penali risultava necessaria per garantire e rafforzare la fiducia reciproca fra le diverse autorità giudiziarie degli Stati membri³⁶. Nell'opinione della Commissione, l'adesione ad una interpretazione strettamente letterale di quella disposizione creerebbe un'irragionevole differenziazione tra i diritti degli indagati e imputati in procedimenti interni e in procedimenti a carattere transnazionale. Inoltre, secondo la Commissione, stante l'impossibilità di definire *ex ante* il carattere transnazionale del procedimento penale, si renderebbe comunque necessario applicare le norme sui diritti procedurali a qualsiasi tipo di procedimento penale.

Un altro aspetto dalla cooperazione giudiziaria penale in questo particolare settore, sul quale appare doveroso soffermarsi brevemente in sede di conclusioni, è il seguente. Nel Memorandum esplicativo annesso alla già menzionata proposta di decisione quadro in materia di determinati diritti processuali in pro-

³⁵ Essendo venuta meno la struttura "a pilastri", l'adozione delle misure in esame dovrà ora avvenire in base alla procedura legislativa ordinaria e mediante lo strumento della direttiva. Nel terzo comma dell'art. 82 TFUE si specifica però che, nel caso in cui uno Stato membro ritenga che un progetto di direttiva possa incidere su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale, questi possa porre il veto rispetto all'adozione della stessa e attivare una procedura di rinvio al Consiglio europeo.

³⁶ V. SEC(2011)686. Per una valutazione positiva della volontà di includere nell'ambito di applicazione delle misure esaminate anche ipotesi non connotate da transnazionalità vedi N. PARISI, *Tecniche di costruzione*, cit., pp. 50-53.

cedimenti penali nel territorio dell'Unione europea, la Commissione europea aveva espressamente indicato che “[n]on vi è una differenziazione tra i cittadini dell'UE e quelli di paesi terzi, poiché prevedere per una categoria una tutela migliore potrebbe provocare critiche riguardo ad una discriminazione in tal senso: ciò porterebbe al fallimento dell'obiettivo del rafforzamento della fiducia tra gli Stati membri nei rispettivi sistemi di giustizia penale” (par. 53). La mancata adozione di quell'atto fu dovuta anche all'opposizione di alcuni Stati membri proprio all'estensione dell'applicabilità *ratione personae* della decisione³⁷.

Nella tabella di marcia e negli atti esaminati in questo scritto non si fa però più cenno alcuno a questo ampliato ambito di applicazione e, anzi, nei testi si fa sempre esplicita menzione dei “cittadini europei”. Da ciò è possibile dedurre che la Commissione sia tornata sui suoi passi e abbia voluto limitare l'applicazione degli atti esaminati ai soli cittadini dell'Unione europea. Un ragionevole compromesso avrebbe potuto essere quello di utilizzare come criterio non la cittadinanza bensì la ben nota nozione di “residenza di lungo periodo” dell'indagato o dell'imputato all'interno di uno Stato membro dell'Unione: ciò avrebbe realizzato l'obiettivo di una applicazione degli importanti diritti previsti dalla tabella di marcia scevra da possibili discriminazioni.

Il *dietrofront* della Commissione è a nostro avviso censurabile anche in ragione della circostanza per cui, in materia di tutela dei diritti dell'uomo, sul piano internazionale la tendenza è quella di garantire il godimento dei diritti fondamentali a tutti coloro che sono sottoposti alla giurisdizione di uno Stato o comunque si trovino nel territorio dello Stato, e non solo ai cittadini dello stesso.

I più recenti indirizzi dell'azione dell'Unione europea per il perfezionamento dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia sono contenuti nel citato Programma di Stoccolma, in cui è stata data grande enfasi alla necessità di garantire una protezione sempre più elevata dei diritti fondamentali sanciti nella Carta di Nizza ed è stata anche in particolare sottolineata l'esistenza di differenti livelli di protezione per le persone coinvolte in procedimenti penali. Infatti, stante l'assenza all'interno dell'Unione europea di un accordo tra gli Stati membri sulle garanzie minime da riconoscere, si è ribadita la necessità di procedere in tal senso al fine di proteggere i diritti dei cittadini, i quali devono ragionevolmente poter fare affidamento su livelli equivalenti di garanzia nei procedimenti penali in tutto il territorio dell'Unione e al fine di continuare a rafforzare la reciproca fiducia tra gli Stati membri.

Nel Programma di Stoccolma, oltre ad uno specifico richiamo ai contenuti già propri della tabella di marcia di cui si è detto sopra, si esorta la Commissione europea a “esaminare ulteriori aspetti dei diritti procedurali minimi di indagati e imputati e valutare se sia necessario affrontare altre questioni, ad esempio la presunzione di innocenza, per promuovere una migliore cooperazione nel settore”³⁸.

³⁷ Vedi B. NASCIMBENE, *European Judicial Cooperation in Criminal Matters: What Protection for Individuals under the Lisbon Treaty?*, in *ERA Forum*, 2009, p. 397 ss., in specie p. 405.

³⁸ Par. 2.4.

A nostro avviso, il raggiungimento dell'effettiva realizzazione di uno spazio giudiziario europeo in materia penale, caratterizzato dal rispetto dei diritti fondamentali degli indagati e imputati in procedimenti penali, potrà avere il merito di contribuire anche ad accrescere la fiducia dei cittadini dell'Unione non solo nelle istituzioni europee, ma anche in quelle giudiziarie nazionali, troppo spesso criticate e ritenute poco garantiste.

Abstract

The EU Action Aimed at Strengthening Procedural Rights of Suspected or Accused Persons in Criminal Proceedings

Due to the importance of procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings and the complexity of harmonizing them at EU level, a decision was taken in order to address them in a step-by-step approach. To achieve common standards in this field, and create the basis for mutual trust, a Roadmap on procedural rights was adopted in 2009 by the Justice Council proposing five legislative measures: the right to interpretation and translation; the right to information about rights (Letter of Rights); legal advice, before and at trial; the right for a detained person to communicate with family members, employers and consular authorities; protection for vulnerable suspects.

According to this Roadmap, several legislative acts have been adopted to date, such as the Council Framework Decision 2009/299/JHA of 26 February 2009 enhancing the procedural rights of persons and fostering the application of the principle of mutual recognition to decisions rendered in the absence of the person concerned at the trial, and the Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings. The aim of this paper is to analyze existing legislative measures dealing with procedural safeguards in criminal proceeding.

Chiara Sisler*

La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in relazione ad accordi misti: una proposta di ricostruzione

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La competenza della Corte ad interpretare le norme contenute in accordi misti: il dato normativo. – 3. La giurisprudenza relativa agli accordi di associazione. – 4. La giurisprudenza relativa all'Accordo TRIPS. – 5. La sentenza C-240/09. – 6. Il quadro generale risultante dalle pronunce della Corte: una proposta di ricostruzione. – 7. Osservazioni conclusive.

1. Il tema dei limiti della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in relazione alle norme contenute in accordi misti è tuttora denso di zone d'ombra. Nonostante la materia sia stata interessata da un numero ormai consistente di pronunce, infatti, i criteri posti a fondamento della ripartizione di competenze fra giudice dell'Unione e giudici nazionali non sono stati ancora completamente chiariti.

La ragione di ciò è da ricercarsi nell'approccio estensivo adottato dalla Corte in relazione alla propria competenza, approccio che l'ha condotta a privilegiare le esigenze di interpretazione uniforme della norma internazionale, accantonando il dato normativo¹; tale *modus procedendi* ha fatto sì che le soluzioni concretamente accolte nella giurisprudenza non fossero sempre sorrette da argomentazioni univoche e sistematicamente coerenti; ciò che ne è risultato è un quadro complesso, che impedisce l'enucleazione di regole certe e nell'ambito del quale le decisioni della Corte difettano di prevedibilità.

Il tema della giurisdizione interpretativa della Corte in relazione ad accordi misti è, da tempo, oggetto di indagine dottrinale²; una recente sen-

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano.

¹ Il riferimento è alla norma che disciplina il rinvio pregiudiziale, ossia l'art. 267 TFUE, ex art. 234 TCE.

² V. in particolare J. HELISKOSKI, *The Jurisdiction of the European Court of Justice to Give Preliminary Rulings on the Interpretation of Mixed Agreements*, in *Nordic Journal of International Law*, 2000, p. 395 ss.; P. KOUTRAKOS, *The Interpretation of Mixed Agreements under the Preliminary Reference Procedure*, in *European Foreign Affairs Review*, 2002, p. 25 ss.; Id., *Inter-*

tenza³ ha riportato il tema al centro dell'attenzione, offrendo lo spunto per nuove riflessioni.

2. La sede privilegiata in cui la Corte è chiamata ad esprimersi sull'interpretazione delle previsioni di un accordo misto è data dalla procedura di rinvio pregiudiziale⁴. Conseguentemente, la disamina della competenza interpretativa della Corte in materia di accordi misti non può che prendere le mosse dalla norma di cui all'art. 267, lett. a) e b), TFUE. Ai sensi di tale disposizione, la Corte è competente a pronunciarsi, oltre che sull'interpretazione dei Trattati, "sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione". Oggetto della competenza pregiudiziale della Corte, dunque, sono tutti gli atti riconducibili ad un esercizio di competenza da parte delle istituzioni.

Se è indubbio che gli accordi internazionali conclusi dalla sola Unione costituiscano atti compiuti dalle istituzioni e, in quanto tali, siano interamente assoggettabili alla competenza interpretativa della Corte, più problematico è il discorso con riguardo agli accordi misti. A ben vedere, infatti, l'accordo misto potrebbe essere ritenuto un atto delle istituzioni solo limitatamente alle parti di esso che rientrano nella competenza dell'Unione e che, dunque, sono imputabili ad un organo di essa. A tale conclusione induce una lettura dell'art. 267 TFUE alla luce del principio di attribuzione, che milita a favore del riconoscimento della competenza interpretativa della Corte in riferimento alle sole parti dell'atto formate dalle istituzioni nell'esercizio delle competenze loro attribuite⁵.

Del resto, come osservato da un'autorevole dottrina, "it would seem logical to assume that the Court's interpretative jurisdiction is limited to the provision of a mixed agreement which are covered by Community competence"⁶. Perfino la Commissione, in una delle cause portate all'attenzione della Corte, ha

pretation of Mixed Agreements, in C. HILLION, P. KOUTRAKOS (eds.), *Mixed Agreements Revisited – The European Union and its Member States in the World*, Oxford, 2010 p. 116 ss.; F. IPPOLITO, *Giurisdizione comunitaria e accordi misti: dal criterio della competenza alla leale cooperazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 657 ss.

³ Sentenza della Corte di giustizia (Grande sezione) dell'8 marzo 2011, causa C-240/09, *Leso-ochranárske zoskupenie VLK c. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*; v. *infra*.

⁴ Non è escluso, tuttavia, che tale competenza possa essere esercitata, incidentalmente, anche nell'ambito di altri procedimenti, ad esempio in occasione di una richiesta di parere oppure nell'ambito di un ricorso per annullamento.

⁵ Ad una conclusione diversa non può indurre la circostanza che all'atto in cui si concreta la conclusione di un accordo da parte dell'Unione è accluso il testo integrale dello strumento internazionale: tale circostanza, infatti, è dettata esclusivamente da esigenze di tipo pratico e non può essere caricata di una valenza che non possiede. È evidente, infatti, che la conclusione di un accordo da parte dell'Unione è limitata alle parti di sua competenza: diversamente, non si giustificerebbe la partecipazione degli Stati membri. *Ad adiuvandum*, si consideri che la riproduzione del testo dello strumento internazionale nell'atto di ratifica caratterizza anche la prassi nazionale.

⁶ P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union: Legal and Constitutional Foundations*, Oxford-New York, 2004, p. 236.

ammesso che sarebbe “illogico” sottoporre al sindacato della Corte disposizioni che rientrano nella competenza dei soli Stati membri⁷.

La Corte, tuttavia, si è ben guardata dall’aderire espressamente a tale impostazione. Al contrario, in diverse occasioni, essa ha affermato la propria competenza ad interpretare previsioni di un accordo internazionale non direttamente riconducibili ad una competenza normativa dell’Unione. Tuttavia, nella motivazione delle proprie decisioni, non sempre essa si è avvalsa di argomentazioni coerenti e lineari: al contrario, il suo tentativo di ampliare la propria competenza al di là del dato normativo è spesso sfociato in pronunce di complessa interpretazione, a tal punto enigmatiche da provocare delle difficoltà persino a livello traduttivo⁸. Il risultato è un insieme di sentenze in cui la Corte ha affermato la propria competenza in modo estensivo, ma fondandosi su criteri variabili, che rendono assai problematico qualsiasi tentativo di sistematizzazione.

3. La prima pronuncia in cui la Corte ha avuto occasione di confrontarsi con il problema della propria competenza ad interpretare le disposizioni di un accordo misto risale al caso *Haegeman*⁹. In tale sentenza, tuttavia, la Corte non è entrata nel merito della questione del riparto di competenze fra essa e i giudici nazionali. Essa, al contrario, si è accontentata di rilevare che l’accordo, essendo

⁷ V. conclusioni dell’Avvocato generale Darmon del 19 maggio 1987, causa 12/86, *Meryem Demirel c. Comune di Schwäbisch Gmünd*, punto 5.

⁸ Si consideri, ad esempio, la sentenza del 19 marzo 2002, causa C-13/00, *Commissione delle Comunità europee c. Irlanda, Raccolta*, p. I-2955, punto 14. Nella versione inglese (che nel caso di specie è la versione facente fede), si legge: “mixed agreements concluded by the Community, its Member States and non-member countries have the same status in the Community legal order as purely Community agreements, as these are provisions coming within the scope of Community competence”. In tale passo, l’uso della congiunzione causale “as” indurrebbe a propendere per un’interpretazione estensiva, secondo cui tutte le norme di un accordo misto rientrano nella competenza della Comunità; ma è chiaro che, da un punto di vista giuridico, tale interpretazione è altamente problematica. La versione francese, più complessa, è costruita su un participio, “s’agissant”, accompagnato dalla preposizione “des”: “les accords mixtes conclus par la Communauté, ses États membres et des pays tiers ont le même statut dans l’ordre juridique communautaire que les accords purement communautaires, s’agissant des dispositions qui relèvent de la compétence de la Communauté”. La scelta di una preposizione articolata in luogo di una preposizione semplice induce ad optare per un’interpretazione opposta a quella della versione inglese, riconoscendo agli accordi misti lo *status* degli accordi puramente comunitari limitatamente alle parti di essi che rientrano nella competenza dell’Unione. La versione italiana, caratterizzata dall’uso di un gerundio, potrebbe legittimare entrambe le interpretazioni, a seconda che si riconosca a tale forma verbale un valore causale (come accade nella maggior parte dei casi) o ipotetico (più raro): “gli accordi misti (...) hanno nell’ordinamento comunitario la stessa disciplina giuridica degli accordi puramente comunitari, trattandosi di disposizioni che rientrano nella competenza della Comunità”. Peraltro, è interessante notare che nella causa C-239/03 (in cui la lingua facente fede è il francese), il traduttore inglese si è discostato dalla versione “tradizionale”, inaugurata con la pronuncia C-13/00 ed ha optato per una formula di significato opposto: “mixed agreements (...) have the same status in the Community legal order as purely Community agreements in so far as the provisions fall within the scope of Community competence”; v. sentenza della Corte del 7 ottobre 2004, causa C-239/03, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*, punto 25.

⁹ Sentenza della Corte del 30 aprile 1974, causa 181/73, *R. & V. Haegeman c. Stato belga*.

stato concluso dal Consiglio, costituiva, “per quanto riguarda la Comunità”, un atto compiuto da una delle istituzioni, deducendo da ciò la propria competenza ad interpretarlo in via pregiudiziale¹⁰.

L'impostazione del problema in tali termini è foriera di non pochi dubbi interpretativi. In linea di principio, infatti, solo le parti di un accordo misto che ricadono nella competenza dell'Unione potrebbero qualificarsi come atti compiuti dalle istituzioni, mentre la sentenza *Haegeman* sembra affermare il contrario, offrendo un appiglio per sostenere che gli accordi misti costituiscono, nella loro interezza, atti compiuti dalle istituzioni¹¹. La differenza riveste un'importanza fondamentale: in quest'ultimo caso, infatti, la competenza interpretativa della Corte si estenderebbe all'intero accordo, a prescindere dal fatto che essa sia esercitata su norme rientranti in una competenza dell'Unione. L'unica possibilità di rigettare tale eventualità è quella di attribuire una valenza restrittiva all'inciso “per quanto riguarda la Comunità”.

La pronuncia *Haegeman*, dunque, non offre un criterio risolutivo per individuare i limiti della competenza interpretativa della Corte, ma concretizza un approccio oltremodo estensivo alla questione. Peraltro, non è tuttora chiaro se l'impostazione accolta dalla Corte in questo ed in altri casi relativi ad accordi di associazione¹² sia dovuta alla particolare natura di tali accordi che, come posto in luce dalla Corte stessa, si caratterizzano per il fatto di creare “vincoli particolari e privilegiati con uno Stato terzo il quale deve, almeno in parte, partecipare al regime comunitario”¹³.

Qualche anno più tardi, la Corte si è vista costretta ad esaminare più dettagliatamente il tema dei limiti alla propria competenza, in virtù delle obiezioni sollevate da alcuni Stati membri. Nel citato caso *Demirel*, essa era stata investita di una questione relativa all'interpretazione delle norme dell'Accordo di associazione CEE-Turchia relative alla libera circolazione dei lavoratori. Alcuni Stati membri contestavano la competenza della Corte sostenendo che essa dovesse ritenersi esclusa in riferimento alle norme “con le quali gli Stati membri hanno assunto impegni nei confronti della Turchia nell'ambito della loro competenza specifica”¹⁴; tale sarebbe stato il caso delle disposizioni relative alla libera cir-

¹⁰ V. sentenza *Haegeman*, punti 3, 5 e 6.

¹¹ “L'accordo d'Atene è stato concluso dal Consiglio (...). Esso costituisce quindi, per quanto riguarda la Comunità, un atto compiuto da una delle istituzioni della Comunità nel senso di cui all'art. 177, primo comma, lettera b). Le sue disposizioni formano, dal momento della sua entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento comunitario. La Corte è perciò competente, nell'ambito del suddetto ordinamento, a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione dell'accordo”: sentenza *Haegeman*, punti 3/5 e 6.

¹² V., in particolare, le sentenze della Corte del 20 settembre 1990, causa C-192/89, *S.Z. Sevince c. Staatssecretaris van Justitie*, e del 16 dicembre 1992, causa C-237/91, *Kazim Kus c. Landeshauptstadt Wiesbaden*, in cui la Corte ha affermato, senza troppe esitazioni, la propria competenza a pronunciarsi sull'interpretazione delle decisioni adottate dagli organi istituiti dall'accordo; v. sentenza *Sevince*, punti 8-11.

¹³ Sentenza *Demirel*, punto 9. Inoltre, v. *infra*.

¹⁴ *Ivi*, punto 8.

colazione dei lavoratori turchi, in quanto la competenza della Comunità poteva dirsi sussistente solo in riferimento alla libera circolazione dei lavoratori degli Stati membri e non di quelli degli Stati terzi. La Corte, tuttavia, non ha ritenuto rilevante tale circostanza. Essa, al contrario, ha sostenuto che la norma che autorizza la Comunità a concludere accordi di associazione “attribuisce necessariamente alla Comunità la competenza ad assumere gli impegni nei confronti di Stati terzi in tutti i settori disciplinati dal trattato”, ivi compreso il settore della libera circolazione dei lavoratori¹⁵; ciò considerato, essa ha sostenuto che gli impegni relativi a tale materia “rientrano nella competenza della Comunità” e “non si pone, perciò, la questione della competenza della Corte a pronunciarsi sull’interpretazione di una disposizione di un accordo misto implicante un impegno che solo gli Stati membri abbiano potuto assumere nell’ambito della propria competenza specifica”¹⁶. Secondo la Corte, la propria competenza non potrebbe essere contestata nemmeno allegando che, in materia di libera circolazione dei lavoratori, spetterebbe agli Stati emanare le norme necessarie per dare attuazione, nel loro territorio, alle disposizioni dell’accordo, in considerazione del fatto che, “nel garantire il rispetto degli impegni derivanti da un accordo concluso dalle istituzioni comunitarie, gli Stati membri adempiono, nell’ordinamento comunitario, un obbligo nei confronti della Comunità, che ha assunto la responsabilità del corretto adempimento dell’accordo”¹⁷.

In questa pronuncia, dunque, la Corte ha ancorato la propria competenza interpretativa a due dati fondamentali: in primo luogo, essa ha sostenuto che la Comunità gode di competenza nel settore della libera circolazione dei lavoratori, non attribuendo rilevanza alla circostanza che la competenza ad attuare le norme relative alla libera circolazione dei lavoratori turchi spettasse agli Stati membri; in secondo luogo, essa ha imposto la propria competenza agli Stati membri facendo leva sul fatto che la Comunità ha assunto la responsabilità per la corretta attuazione dell’accordo. Dalla lettura della sentenza in combinato con le conclusioni dell’Avvocato generale Darmon, appare chiaro come l’intento della Corte fosse quello di affermare la propria giurisdizione allo scopo di garantire l’applicazione uniforme delle disposizioni dell’accordo, ignorando la ripartizione delle competenze fra Stati membri e Comunità quanto alla loro attuazione¹⁸. Sul punto, tuttavia, appare discutibile la scissione operata nella pronuncia fra il soggetto competente ad attuare (gli Stati membri) e il soggetto competente ad assumere impegni nei confronti degli Stati terzi (la Comunità), in quanto tali competenze non possono che fare capo al medesimo soggetto. Come affermato dalla Corte stessa, infatti, qualsiasi problema relativo all’attuazione di un accordo

¹⁵ *Ivi*, punto 9.

¹⁶ *Ivi*, punto 9.

¹⁷ *Ivi*, punti 10 e 11.

¹⁸ V. punto 15 delle conclusioni *Demirel*, in cui si legge: “indipendentemente dalle rispettive prerogative per l’attuazione delle suddette disposizioni, queste, tanto per la loro natura quanto per la loro portata, rientrano, tenuto conto dei principi definiti dalla vostra giurisprudenza, nella competenza interpretativa della Corte, in particolare allo scopo di garantirne l’applicazione uniforme”.

misto è risolto “in base agli stessi principi che governano la ripartizione dei poteri ai fini della negoziazione e della stipulazione della Convenzione”¹⁹: ciò significa che il soggetto competente a stipulare coincide necessariamente con il soggetto competente ad attuare le previsioni dell’accordo.

Tali perplessità rendono difficoltosa l’interpretazione della pronuncia e vanificano il tentativo di ricavarvi un criterio atto a delimitare la competenza interpretativa della Corte in relazione alle norme di un accordo misto. Secondo alcuni, la Corte avrebbe affermato la propria competenza facendo leva su una sorta di prevalenza quantitativa della competenza comunitaria rispetto alla competenza statale²⁰; ma è chiaro che un simile criterio è intriso di notevole discrezionalità e non consente di definire con precisione i limiti della competenza della Corte; inoltre, come è stato rilevato, poiché, tendenzialmente, la stipulazione di un accordo gravita sempre nell’ambito di applicazione del Trattato, l’approccio della Corte nel caso *Demirel* è potenzialmente in grado di porre nel nulla il problema dei limiti alla competenza della Corte²¹.

Peraltro, come anticipato, buona parte della dottrina ritiene le soluzioni accolte dalla Corte nei casi *Haegeman* e *Demirel* siano da confinare agli accordi di associazione²² e che, dunque, esse non costituiscano i modelli di riferimento per ricostruire la competenza della Corte in materia di accordi misti²³. Più precisamente, secondo alcuni, l’approccio estensivo della Corte in relazione alla propria competenza sarebbe dettato dall’intensità delle relazioni fra le parti contraenti nell’ambito di tali accordi, alla luce della quale una giurisdizione estensiva della Corte risulterebbe più appropriata²⁴, in quanto consentirebbe allo Stato terzo di partecipare pienamente al regime comunitario.

4. A seguito del caso *Demirel*, la successiva pronuncia in cui la Corte si è misurata apertamente con il problema della propria competenza ad interpretare accordi misti è la sentenza *Hermès*²⁵, avente ad oggetto l’interpretazione dell’art. 50 dell’Accordo TRIPS, relativo alle misure provvisorie da adottare per tutelare gli interessi dei titolari di un marchio. La Corte, in tale pronuncia, era stata interpellata da un giudice olandese, nell’ambito di un procedimento concernente la tutela di un marchio internazionale. Alcuni Stati membri contestavano la competenza della Corte e, insistendo sulla necessità di istituire un nesso fra competenza

¹⁹ Deliberazione (CEEA) 1/78, del 14 novembre 1978, punto 36.

²⁰ S. AMADEO, *Unione europea e Treaty-making power*, Milano, 2005, p. 297.

²¹ *Ibidem*.

²² Vedi I. MACLEOD, I. D. HENDRY, S. HYETT, *The External Relations of the European Communities. A Manual of Law and Practice*, Oxford, 1996, p. 157, secondo i quali la Corte “has described its role in the interpretation and application of mixed agreements in terms which are wide enough to encompass all the provisions of such agreements, but the case law to date has mainly concerned association agreements and it is arguable that these are special”.

²³ V., ad es., P. KOUTRAKOS, *op. cit.*, cit., p. 32 ss.

²⁴ I. MACLEOD, I. D. HENDRY, S. HYETT, *op. cit.*, p. 157.

²⁵ Sentenza della Corte del 16 giugno 1998, causa C-53/96, *Hermès International c. FHT Marketing Choice BV*.

interpretativa della Corte e competenza sostanziale della Comunità, si richiamavano al parere 1/94, in cui la Corte aveva chiaramente affermato che le norme TRIPS relative alle misure da adottare per garantire una tutela efficace dei diritti di proprietà intellettuale, quali l'art. 50, rientravano essenzialmente nella competenza degli Stati membri, poiché la Comunità non aveva ancora provveduto ad esercitare la propria competenza interna a riguardo²⁶. Indubbiamente, la perdurante assenza di misure normative comunitarie *ad hoc* a livello interno costituiva un ostacolo all'affermazione di una competenza comunitaria in materia²⁷.

Tale circostanza, tuttavia, non ha impedito alla Corte di affermare la propria competenza interpretativa, facendo leva sull'avvenuta adozione, da parte della Comunità, del regolamento n. 40/94 sul marchio comunitario. Come posto in luce dall'Avvocato generale Tesauro, tale circostanza, pur non valendo ad affermare la sussistenza di una competenza comunitaria in relazione agli obblighi previsti dall'art. 50 TRIPS²⁸, faceva sì che i giudici nazionali potessero ritrovarsi ad adottare (secondo le modalità previste dalla propria legge nazionale) delle misure provvisorie sia a tutela di marchi nazionali, sia a tutela di marchi comunitari, in quanto l'art. 99 del regolamento prevede che i diritti derivanti da un marchio comunitario possano essere tutelati con l'adozione di siffatte misure²⁹. Applicando il criterio della competenza sostanziale al riparto delle competenze interpretative, si sarebbe dunque determinata la conseguenza che la competenza ad interpretare l'art. 50 dell'Accordo TRIPS sarebbe spettata, a seconda dei casi, al giudice comunitario o al giudice nazionale: al primo in caso di procedimento avente ad oggetto la tutela di un marchio comunitario; al secondo in caso di procedimento relativo alla tutela di un marchio nazionale o internazionale. Tale circostanza, secondo l'Avvocato generale, avrebbe potuto dare luogo a “conseguenze di non poco rilievo sul funzionamento del sistema complessivamente considerato”, ad esempio relativamente “alla possibilità (niente affatto remota) che l'uno e gli altri pervengano a conclusione diversa in relazione alla questione dell'effetto diretto”³⁰.

Siffatti rilievi sono stati fatti propri dalla Corte. Questa, in particolare, dopo aver osservato che l'Accordo OMC è stato concluso congiuntamente dalla Comunità e dai suoi Stati membri, senza una ripartizione dei loro rispettivi obblighi verso le altre Parti contraenti³¹, ha ritenuto non necessario procedere ad una precisa individuazione dei rispettivi obblighi, accontentandosi di rilevare che, già all'epoca della firma dell'Accordo, era in vigore il regolamento sul

²⁶ *Ivi*, punto 23.

²⁷ V. sul punto anche le conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro, del 13 novembre 1997, nella causa *Hermès*, secondo cui la norma dell'Accordo TRIPS oggetto del rinvio pregiudiziale concerne le misure provvisorie, “dunque una materia in cui la Comunità non ha ancora (effettivamente) esercitato sul piano interno la sua (potenziale) competenza, dunque una materia che in via di principio resta alla competenza degli Stati membri” (punto 12).

²⁸ Cfr. nota precedente.

²⁹ Cfr. conclusioni *Hermès*, nota 28.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ V. sentenza *Hermès*, punto 24.

marchio comunitario³². Secondo la Corte, la circostanza che il giudice nazionale potesse essere chiamato ad interpretare l'art. 50 TRIPS in sede di tutela di un marchio comunitario costituiva motivo sufficiente per affermare la propria competenza interpretativa: essendo la Comunità parte dell'Accordo, infatti, era necessario assicurare che egli agisse nel rispetto della lettera e della finalità dell'art. 50 TRIPS³³. A tale conclusione non poteva opporsi la circostanza che il rinvio fosse stato proposto nell'ambito di un procedimento per la tutela di un marchio non comunitario: secondo la Corte, infatti, rientra nei compiti del giudice nazionale valutare la necessità di una pronuncia pregiudiziale; inoltre, "quando una disposizione trova applicazione sia per situazioni che rientrano nel diritto nazionale sia per situazioni che rientrano nel diritto comunitario, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze di interpretazione, questa disposizione riceva un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui essa verrà applicata"³⁴. Nella sentenza *Hermès*, dunque, la Corte ha ancorato la propria competenza ad interpretare norme di un accordo misto ascrivibili ad una competenza statale alla circostanza che tali disposizioni fossero destinate ad essere applicate anche a fattispecie rientranti nel diritto comunitario, esigendo, in tal modo, un'interpretazione uniforme.

Tale approccio è stato confermato nella successiva sentenza *Dior*³⁵. Anche tale caso, come il precedente, verte sull'interpretazione dell'art. 50 TRIPS. In primo luogo, la Corte è stata chiamata ad accertare se la propria competenza ad interpretare la norma fosse limitata alle situazioni relative al diritto dei marchi o si estendesse anche ad altri diritti di proprietà intellettuale³⁶. La differenza è rilevante in quanto, nel caso del marchio, per effetto dell'adozione del regolamento 40/94 (e del suo art. 99 in tema di misure provvisorie), l'art. 50 TRIPS poteva venire in considerazione in riferimento a situazioni rientranti tanto nel diritto nazionale, quanto nel diritto comunitario; nel caso, invece, di altri diritti di proprietà intellettuale, non avendo la Comunità ancora adottato degli strumenti *ad hoc* che prevedessero la tutela di tali diritti tramite misure provvisorie³⁷, l'applicazione della norma restava confinata a situazioni ascrivibili al diritto nazionale. In questo caso, quindi, oltre a non poter ravvisare una specifica competenza comunitaria in materia, la Corte non ha potuto nemmeno fondarsi

³² *Ivi*, punto 25.

³³ *Ivi*, punto 28.

³⁴ *Ivi*, punto 32.

³⁵ Sentenza della Corte del 14 dicembre 2000, cause riunite C-300 e 392/98, *Parfums Christian Dior SA c. TUK Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH e Rob van Dijk c. Wilhelm Layher GmbH & Co. KG e Layher BV*.

³⁶ Nel caso di specie si trattava di un'azione a tutela di un modello industriale contro un'imitazione illecita.

³⁷ La direttiva 98/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1998, aveva operato un ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri riguardo alla tutela giuridica dei disegni e dei modelli, ma non conteneva alcuna norma relativa alla protezione di tali diritti tramite misure provvisorie; cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Cosmas, dell'11 luglio 2000, relative alla sentenza *Dior*, punto 34.

sul fatto che la norma potesse venire in considerazione in relazione a fattispecie comunitarie, come nel caso *Hermès*.

Tale circostanza, tuttavia, non le ha impedito di affermare comunque la propria competenza. Essa, infatti, facendo appello al principio di leale cooperazione, ha sostenuto che, “poiché l’art. 50 dell’Accordo TRIPS costituisce una disposizione di procedura che va applicata nello stesso modo in tutte le situazioni che rientrano nel suo campo di applicazione (...), tale obbligo impone, per ragioni sia pratiche sia giuridiche, che i giudici degli Stati membri e la Comunità ne adottino un’interpretazione uniforme”³⁸; e poiché l’unico giudice in grado di assicurare la necessaria uniformità interpretativa è la Corte di giustizia, in cooperazione con i giudici degli Stati membri³⁹, ne consegue che la competenza della Corte ad interpretare l’art. 50 dell’Accordo TRIPS non è limitata alle situazioni che rientrano nel diritto dei marchi, ma si estende a tutti i casi in cui i giudici nazionali sono chiamati a disporre misure provvisorie per la tutela di diritti di proprietà intellettuale che rientrano nel campo d’applicazione dell’Accordo TRIPS⁴⁰.

La sentenza *Dior*, quindi, costituisce una precisazione, in senso estensivo, della giurisprudenza *Hermès*: in essa, la Corte, facendo leva sulla necessità di un’uniformità nell’interpretazione di una norma astrattamente applicabile tanto a fattispecie nazionali, quanto a fattispecie comunitarie, ha confermato la propria competenza pregiudiziale, indipendentemente dal fatto che, nello specifico settore interessato (la tutela dei modelli industriali), non potesse venire in considerazione una fattispecie comunitaria.

Tuttavia, nemmeno la sentenza *Dior* ha chiarito, in maniera definitiva, il nesso tra competenza e giurisdizione. Inoltre, in tale pronuncia, la Corte ha aggiunto un ulteriore tassello al già complesso tema della competenza ad interpretare disposizioni di un accordo misto, operando una distinzione, piuttosto criticata in dottrina⁴¹, tra la competenza ad interpretare il contenuto di una norma e la competenza a riconoscere alla stessa un’efficacia diretta. Nella causa in questione, il giudice del rinvio aveva domandato alla Corte, fra l’altro, se l’art. 50, par. 6 dell’Accordo TRIPS dovesse considerarsi dotato o meno di efficacia diretta⁴². La risposta della Corte è preceduta da un’analisi delle condizioni in presenza delle quali l’ordinamento comunitario riconosce ad una norma internazionale efficacia diretta⁴³ e dal rilievo che, ai sensi della propria giurisprudenza, “le disposizioni dell’Accordo TRIPS, allegato all’Accordo OMC, non sono idonee a creare in capo ai singoli diritti che questi possano invocare direttamente

³⁸ Sentenza *Dior*, punti 36 e 37.

³⁹ *Ivi*, punto 38.

⁴⁰ *Ivi*, punti 39 e 40.

⁴¹ V. *infra*.

⁴² Il problema nasceva dal fatto che tale norma prevedeva determinati limiti di durata per le misure provvisorie adottate a tutela di un diritto di proprietà intellettuale, mentre la legge applicata dal giudice *a quo* non conteneva alcuna disposizione a riguardo. V. sentenza *Dior*, punto 30.

⁴³ *Ivi*, punto 42.

dinanzi al giudice ai sensi del diritto comunitario”⁴⁴. Ciò premesso, la Corte ha enunciato il criterio che governa l’individuazione del giudice competente a dichiarare l’efficacia diretta delle norme di un accordo misto, vale a dire il criterio dell’esistenza di una legislazione comunitaria a livello interno. Più precisamente, secondo la Corte, “in un settore nel quale la Comunità non ha ancora legiferato e che pertanto rientra nella competenza degli Stati membri”, il diritto comunitario “non impone né esclude che l’ordinamento giuridico di uno Stato membro riconosca ai singoli il diritto di invocare direttamente la norma”⁴⁵. Al contrario, in un settore nel quale la Comunità risulti aver adottato delle normative a livello interno, la questione sarà governata dal diritto comunitario⁴⁶: i giudici nazionali saranno tenuti “ad applicare le loro norme nazionali (...) alla luce del testo e della finalità dell’art. 50 dell’Accordo TRIPS”⁴⁷, ma non sarà possibile riconoscere alla disposizione in questione un’efficacia diretta⁴⁸, in quanto espressamente negata dalla Corte con riferimento all’Accordo OMC e ai suoi allegati.

La distinzione, operata dalla Corte nel caso *Dior*, fra la competenza interpretativa in senso stretto e la competenza a riconoscere effetti diretti alla previsione di un accordo misto è stata notevolmente criticata in dottrina⁴⁹. In primo luogo, essa non è apparsa giustificabile da un punto di vista teorico, in quanto l’interpretazione del contenuto di una norma non può essere scissa dalla trattazione della questione relativa al suo effetto diretto: l’attività interpretativa, infatti, comprende necessariamente anche l’attività di verifica delle condizioni in presenza delle quali una norma può spiegare effetti diretti⁵⁰. È stato rilevato, inoltre, come tale costruzione conduca la Corte a contraddire i suoi stessi intenti di assicurare un’uniformità interpretativa alla norma considerata: nel caso *Dior*, infatti, essa si era dichiarata competente a conoscere dell’interpretazione dell’art. 50 TRIPS allo scopo di garantirne, per ragioni sia pratiche sia giuridiche, un’applicazione uniforme⁵¹; tuttavia, è chiaro che, delegando ai giudici nazionali il compito di pronunciarsi sull’efficacia diretta della medesima norma, essa ha finito per contribuire, di fatto, ad alimentare divergenze interpretative fra il livello

⁴⁴ *Ivi*, punto 44.

⁴⁵ *Ivi*, punto 48.

⁴⁶ Sentenza della Corte (Grande sezione) dell’11 settembre 2007, causa C-431/05, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Lda c. Merck & Co. Inc. e Merck Sharp & Dohme Lda*, punto 35.

⁴⁷ V. sentenza *Dior*, punto 47.

⁴⁸ Sentenza *Merck*, punto 35.

⁴⁹ V., ad es., R. HOLGAARD, *op. cit.*, p. 1243 s.; P. KOUTRAKOS, *op. cit.*, cit., p. 44 s.

⁵⁰ Secondo R. HOLDGAARD, *op. cit.*, p. 1243 s., “[t]hese issues are inextricably interlinked and therefore the Court ought to do away with this troublesome and unnecessary distinction in future cases. Either the Court has full and exclusive jurisdiction to determine the scope and the effects of a provision in a mixed agreement in a specific context – or it leaves both questions to the Member States’ courts”.

⁵¹ Sentenza *Dior*, punto 37.

nazionale ed il livello comunitario⁵². Tali rilievi sono inconfutabili e non si può che condividerli, osservando come la distinzione operata dalla Corte, oltre a frustrare il raggiungimento degli obiettivi da essa stessa dichiarati, finisca per introdurre un ulteriore elemento di complessità in un sistema che, già di per sé, risente notevolmente dell'assenza di sistematicità. Sul punto, peraltro, occorre rilevare che, recentemente, la Corte pare aver ricondotto ad unità le due tipologie di competenza interpretativa.

5. La sentenza recentemente pronunciata dalla Corte nella causa C-240/09⁵³ ha aggiunto un ulteriore elemento al tema della competenza interpretativa in relazione agli accordi misti.

Tale pronuncia è stata resa in esito ad un procedimento pregiudiziale promosso dalla Corte suprema slovacca, che aveva investito la Corte di giustizia di una questione interpretativa concernente la norma di cui all'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale⁵⁴. La norma in parola prevede, in capo alle Parti, l'obbligo di provvedere affinché i membri del pubblico che soddisfino i criteri eventualmente previsti dal diritto nazionale possano promuovere procedimenti di natura amministrativa o giurisdizionale per impugnare gli atti o contestare le omissioni dei privati o delle pubbliche autorità compiuti in violazione del diritto ambientale nazionale. In sostanza, attraverso tale previsione, la Convenzione ha inteso imporre in capo alle Parti l'obbligo di introdurre, nei rispettivi ordinamenti, un generale diritto di accesso alla giustizia in materia ambientale, nella consapevolezza dell'importante ruolo che i singoli, le organizzazioni non governative e, in generale, il settore privato possono svolgere nell'*enforcement* della disciplina ambientale⁵⁵.

Nella causa principale, il giudice *a quo* era stato chiamato a pronunciarsi sulla possibilità, per un'associazione ambientalista, di impugnare una decisione del Ministero dell'ambiente slovacco che disponeva delle deroghe al regime di tutela dell'orso bruno. L'associazione si era vista rifiutare, nei gradi precedenti, la legittimazione ad impugnare, sulla base del fatto che lo Stato slovacco non aveva ancora provveduto a dare attuazione agli obblighi discendenti dall'art. 9, par. 3, della Convenzione. Essa, tuttavia, invocava l'efficacia diretta della norma pattizia. Il giudice *a quo* si era dunque rivolto alla Corte di giustizia affinché chiarisse se tale norma dovesse o meno ritenersi dotata di efficacia diretta negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

⁵² Vedi P. KOUTRAKOS, *op. cit.*, p. 45, secondo cui se i giudici nazionali sono liberi di determinare gli effetti della norma "the *rationale* for construing the Court's jurisdiction broadly loses one of its central foundations".

⁵³ Sentenza C-240/09, cit.

⁵⁴ La Convenzione è stata conclusa, sotto gli auspici dell'UNECE (United Nations Economic Commission for Europe), il 25 giugno 1998 ed è entrata in vigore il 30 ottobre 2001.

⁵⁵ V. il preambolo della Convenzione.

Preliminarmente, la Corte ha affrontato il problema della propria competenza a pronunciarsi sulla questione. Il suo ragionamento ha preso le mosse dal criterio elaborato nella sentenza *Dior*. Più precisamente, essa ha dichiarato di voler verificare se, nel settore cui si riferisce l'art. 9, par. 3, della Convenzione, l'Unione avesse esercitato le sue competenze ed adottato norme volte ad adempiere gli obblighi da esso discendenti: in tal caso, infatti, avrebbe trovato applicazione il diritto dell'Unione e sarebbe spettato alla Corte pronunciarsi sull'efficacia diretta della norma oggetto di rinvio⁵⁶; diversamente, gli obblighi di cui all'art. 9, par. 3, avrebbero continuato a ricadere nel diritto interno degli Stati membri e la relativa incombenza sarebbe spettata ai giudici di detti Stati, in applicazione del proprio diritto nazionale⁵⁷.

In linea di principio, il settore da prendere in considerazione al fine di operare tale valutazione dovrebbe identificarsi nel settore dei procedimenti di ricorso contro atti ed omissioni in materia ambientale⁵⁸. A riguardo, occorre rilevare che, se l'Unione ha provveduto a dare attuazione alla norma di cui all'art. 9, par. 3, in riferimento agli atti compiuti dai propri organi, attraverso il regolamento 1367/2006⁵⁹, nulla ha disposto relativamente ai procedimenti di ricorso negli ordinamenti nazionali. Nel 2003, la Commissione aveva elaborato una proposta di direttiva sull'accesso alla giustizia in materia ambientale⁶⁰, che obbligava gli Stati membri a prevedere apposite procedure per contestare le violazioni del diritto ambientale comunitario da parte delle autorità nazionali. Tale proposta, tuttavia, ha incontrato una ferma opposizione da parte degli Stati membri, secondo i quali vari aspetti di essa avrebbero inciso sulle loro competenze⁶¹. Tale opposizione ha generato una situazione di *impasse* che perdura tuttora e che ha impedito la realizzazione dell'intervento. Ciò considerato, appare evidente come gli obblighi di cui all'art. 9, par. 3, non siano ancora stati trasposti

⁵⁶ Sentenza C-240/09, cit., punti 32-33.

⁵⁷ *Ivi*, punto 32.

⁵⁸ In questo senso si è pronunciato l'Avvocato generale Sharpston, nelle sue conclusioni del 15 luglio 2010. Tale soluzione, tuttavia, non può considerarsi pacifica. Come posto in luce dall'Avvocato, infatti, la Corte non ha mai specificato con chiarezza il grado di precisione necessario per definire i confini del settore interessato. Ciò significa che, nel caso concreto, si potrebbe decidere di prendere in considerazione il settore della normativa a tutela dell'ambiente, oppure il settore dell'accesso alle informazioni, della partecipazione del pubblico ai processi decisionali e dell'accesso alla giustizia in materia ambientale, oppure ancora il settore dei procedimenti di ricorso contro atti ed omissioni in materia ambientale. Nel caso di specie, poiché l'art. 9, par. 3, pone degli obblighi sufficientemente specifici e distinguibili rispetto al resto delle previsioni della Convenzione, l'ultima opzione appare preferibile; v. conclusioni, punti 72-74.

⁵⁹ V. regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 settembre 2006, sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, *GUUE* L 264, 25 settembre 2006, p. 13 ss.

⁶⁰ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'accesso alla giustizia in materia ambientale, COM(2003)624 def., del 24 ottobre 2003.

⁶¹ *Ibidem*.

nel diritto nazionale attraverso il diritto dell'Unione⁶². A rafforzare tale conclusione si erge anche il contenuto della dichiarazione di competenze allegata alla Convenzione di Aarhus, in cui la Comunità ha fatto presente come gli interventi normativi realizzati a livello interno non fossero esaustivi, lasciando esclusi, in particolare, gli obblighi relativi alla garanzia dell'accesso alla giustizia in riferimento alle decisioni adottate a livello statale; più precisamente, essa ha dichiarato che “the legal instruments in force do not cover fully the implementation of the obligations resulting from Article 9 (3) of the Convention as they relate to administrative and judicial procedures to challenge acts and omissions by private persons and public authorities other than the institutions of the European Community”; conseguentemente, “Member States are responsible for the performance of these obligations at the time of approval of the Convention by the European Community and will remain so unless and until the Community, in the exercise of its powers under the EC Treaty, adopts provisions of Community law covering the implementation of those obligations”⁶³.

L'applicazione del criterio *Dior*, quindi, avrebbe condotto ad escludere la competenza della Corte a pronunciarsi sull'efficacia diretta della norma. Sulla base di tale constatazione, l'Avvocato generale Sharpston aveva suggerito alla Corte di dichiarare che spettava ai giudici nazionali accertare se l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus avesse o meno efficacia diretta nel loro ordinamento giuridico⁶⁴. Secondo l'Avvocato, infatti, la Corte non poteva ignorare l'assenza di una normativa comunitaria; diversamente, essa avrebbe usurpato la competenza del legislatore⁶⁵.

La Corte, tuttavia, non ha aderito a tale impostazione. Essa, al contrario, è partita dal presupposto che l'oggetto della causa principale è stabilire se un'associazione per la tutela dell'ambiente possa essere parte in un procedimento amministrativo concernente la concessione di deroghe al regime di tutela dell'orso bruno; quindi, constatando che tale specie è menzionata nella direttiva “habitat”, che la assoggetta ad un regime di rigorosa tutela al quale è possibile derogare solo a determinate condizioni, essa ha affermato che “la causa principale rientra nel diritto dell'Unione”⁶⁶. Secondo la Corte, il tenore della dichiarazione di competenze allegata alla Convenzione di Aarhus non poteva indurre ad affermare il contrario, in quanto “una questione specifica sulla quale l'Unione ancora non abbia legiferato può rientrare nel diritto dell'Unione se attiene ad un settore che quest'ultimo copre ampiamente”⁶⁷. Inoltre, la Corte ha ritenuto irrilevante la circostanza che il regolamento 1367/2006 concernesse le sole istituzioni, e non gli Stati membri, in considerazione del fatto che “quando una disposizione può trovare applicazione sia per situazioni che rientrano nel diritto

⁶² V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, punto 76.

⁶³ V. la dichiarazione di competenze allegata alla Convenzione di Aarhus.

⁶⁴ V. conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, punto 81.

⁶⁵ V. *ivi*, punto 77.

⁶⁶ V. sentenza C-240/09, cit., punti 37 e 38.

⁶⁷ *Ivi*, punti 39 e 40.

nazionale sia per situazioni che rientrano nel diritto dell'Unione, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze di interpretazione, questa disposizione riceva un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui essa verrà applicata"⁶⁸.

Alla luce di tali argomentazioni, la Corte ha ritenuto di poter affermare la propria competenza a pronunciarsi sull'efficacia diretta dell'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus⁶⁹.

La pronuncia della Corte offre diversi spunti di riflessione.

Un primo rilievo concerne la contraddittorietà dell'argomentazione seguita dalla Corte: da un lato, essa, facendo applicazione del criterio elaborato nella sentenza *Dior*, ha dichiarato di voler verificare se, nel settore cui si riferisce l'art. 9, par. 3, della Convenzione di Aarhus, l'Unione avesse adottato disposizioni volte ad adempiere gli obblighi che ne derivano, ancorando all'esito positivo di tale verifica la sussistenza della propria competenza⁷⁰. Successivamente, pur riconoscendo che l'Unione non ha legiferato nel settore in questione⁷¹, essa è giunta ad affermare comunque la propria competenza, facendo leva sul fatto che "una questione specifica sulla quale l'Unione ancora non abbia legiferato rientra nel diritto dell'Unione ove sia disciplinata da accordi conclusi dall'Unione e dai suoi Stati membri e concerna un settore ampiamente coperto da tale diritto"⁷².

In secondo luogo, è opportuno soffermarsi sulle argomentazioni che hanno indotto la Corte ad affermare che la causa rientra nel diritto dell'Unione. Dalle affermazioni della Corte si evince che la circostanza che l'orso bruno sia contemplato nella direttiva *habitat*, che assoggetta le specie protette ad un regime di rigorosa tutela, è sufficiente ad affermare che "la causa principale rientra nel diritto dell'Unione". Tale argomentazione, tuttavia, presenta delle implicazioni assai problematiche. Ancorare la competenza della Corte alla circostanza che la decisione impugnata davanti al giudice nazionale concerna una specie contemplata nella direttiva *habitat*, infatti, significa far dipendere tale competenza dai fatti precisi della causa davanti al giudice *a quo* e, più precisamente, dalla circostanza che la decisione impugnata riguardi o meno una specie elencata nell'allegato di tale direttiva. È evidente che tale criterio risulta "troppo casuale ed arbitrario per costituire una base soddisfacente ai fini della determinazione della competenza", causando inoltre un'inevitabile frammentazione dell'interpretazione dell'art. 9, par. 3⁷³. Per questi motivi, alla direttiva *habitat* non dovrebbe riconoscersi alcuna rilevanza nell'accertamento della competenza della Corte.

Appare più convincente, invece, l'impiego dell'argomento relativo all'esigenza di un'uniformità interpretativa in presenza di norme applicabili tanto a fattispecie nazionali quanto a fattispecie comunitarie. In chiusura del suo ragio-

⁶⁸ *Ivi*, punti 41 e 42.

⁶⁹ *Ivi*, punto 43.

⁷⁰ *Ivi*, punti 32 e 33.

⁷¹ *Ivi*, punto 41.

⁷² *Ivi*, punto 36.

⁷³ Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston, punto 70.

namento, la Corte, riprendendo il criterio elaborato nella sentenza *Hermès*, ha affermato che, “quando una disposizione può trovare applicazione sia per situazioni che rientrano nel diritto nazionale sia per situazioni che rientrano nel diritto dell’Unione, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze di interpretazione, questa disposizione riceva un’interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui essa verrà applicata”⁷⁴. Tale argomento, a ben vedere, è stato utilizzato *ad adiuvandum*, per supportare una conclusione già raggiunta⁷⁵; esso, tuttavia, ben avrebbe potuto costituire l’elemento fondante della decisione.

Sempre in relazione al criterio dell’esigenza di un’uniformità interpretativa, occorre rilevare come, nella sentenza in commento, esso sia stato utilizzato dalla Corte, per la prima volta, in riferimento alla propria competenza a pronunciarsi sull’effetto diretto della norma. Tale circostanza non si era verificata nel caso *Dior*, in cui, al contrario, la Corte aveva adoperato tale criterio solo per affermare la propria competenza interpretativa in senso stretto, delegando ai giudici nazionali la soluzione dell’ulteriore questione relativa all’effetto diretto⁷⁶. Tale approccio, come si è visto, aveva sollevato diverse critiche, in quanto frustrava l’obiettivo dichiaratamente perseguito dalla Corte, ossia quello di un’uniformità nell’interpretazione della norma. La pronuncia resa nel caso in commento, dunque, induce a ritenere che la Corte abbia ricondotto ad unità i due profili di competenza, conformemente a quanto auspicato dalla dottrina a seguito del caso *Dior*.

6. Alla luce dell’analisi sin qui condotta, è possibile tracciare un quadro generale degli orientamenti emergenti dalla giurisprudenza della Corte in materia di interpretazione delle norme contenute in accordi misti, proponendo, inoltre, una lettura sistematica di tale giurisprudenza, che tenga conto sia delle esigenze di interpretazione uniforme dell’accordo, sia della necessità di rispettare il dato normativo.

Come si è visto, è parso logico, in dottrina, supporre che la competenza della Corte sia limitata alle previsioni coperte da una competenza dell’Unione⁷⁷. Tale soluzione, del resto, è imposta dalla disciplina della competenza pregiudiziale della Corte, che può esercitarsi solo sugli “atti compiuti dalle istituzioni”; e una lettura della norma conforme al principio di attribuzione induce a limitare la competenza della Corte ai soli atti, o parti di essi, formati dalle istituzioni nell’esercizio delle competenze loro attribuite.

L’assenza di un’esplicita affermazione in tal senso potrebbe spiegarsi con la volontà dei giudici di mantenere un approccio pragmatico, per poter meglio rispondere alle esigenze poste dal caso concreto. Inoltre, come è stato osservato, la chiara affermazione di un nesso tra competenza e giurisdizione causerebbe

⁷⁴ V. sentenza C-240/09, cit., punto 42.

⁷⁵ *Ivi*, punti 41 e 42.

⁷⁶ Cfr. *supra*, par. 5.

⁷⁷ P. Eeckhout, *op. cit.*, p. 236.

alla Corte molteplici difficoltà, posto che “[i]f competence is the criterion for jurisdiction, the latter will be the hostage of the complexity of the former”⁷⁸.

Nonostante l’assenza di una specifica statuizione della Corte circa la regola generale in materia di riparto di competenze interpretative, la validità dell’approccio suggerito potrebbe dedursi dalle risposte offerte dalla Corte alle obiezioni avanzate, a più riprese, dagli Stati membri che, fondandosi sulla sussistenza di una competenza statale, hanno invocato il riconoscimento di una competenza dei giudici nazionali: la Corte, infatti, non ha mai replicato a tali obiezioni contestandone la validità intrinseca, bensì invocando, a seconda dei casi, la sussistenza di una competenza generale della Comunità a concludere l’accordo⁷⁹ o il ricorrere di ragioni tali da indurre l’adozione di un approccio differente, quale la necessità di garantire un’interpretazione uniforme della norma⁸⁰. Ciò consente di sostenere che, in linea di principio, la competenza interpretativa in relazione ad un accordo misto dipende dall’avvenuto esercizio del potere normativo, inducendo a qualificare come eccezioni eventuali scostamenti da tale regola.

Relativamente agli accordi di associazione, la portata di tale eccezione è indubbiamente considerevole e, come rilevato in dottrina, l’atteggiamento più audace della Corte nell’affermare la propria competenza potrebbe essere dettato dalla particolare natura di tali accordi, per quanto, tuttora, esso non appaia completamente giustificato. Per quanto riguarda le altre tipologie di accordi misti, allo stato attuale della giurisprudenza, la competenza interpretativa della Corte al di fuori dei settori non coperti da una normativa dell’Unione risulta essere stata riconosciuta sulla base di varie argomentazioni, talvolta anche problematiche; tuttavia, è possibile individuare, in tutte le ipotesi considerate, un elemento comune, vale a dire la circostanza che le norme interpretate fossero destinate a trovare applicazione in relazione tanto a fattispecie nazionali quanto a fattispecie comunitarie. Conseguentemente, tale elemento potrebbe essere assunto a criterio sussidiario per il riparto di competenze interpretative, in qualità di eccezione alla regola generale secondo cui la competenza interpretativa segue l’esercizio della competenza normativa. Ciò permetterebbe di dare risposta alle esigenze di uniformità e coerenza interpretativa relativamente a norme destinate ad operare tanto nella sfera del diritto dell’Unione, tanto in quella del diritto nazionale.

Ci si potrebbe interrogare, peraltro, circa la conformità di tale soluzione al principio di attribuzione, anche in considerazione dell’ampiezza dei casi in cui il criterio in questione potrebbe essere invocato. Sul punto, per quanto il dubbio sia legittimo, non si può non prendere atto del fatto che, nel contesto dell’esercizio di potere giurisdizionale, la frizione con il principio di attribuzione si manifesta in maniera più tenue rispetto alla fase di esercizio del potere normativo. Da un lato, non è irrilevante il fatto che l’intervento della Corte si collochi

⁷⁸ *Ivi*, p. 237.

⁷⁹ V. sentenza *Demirel*.

⁸⁰ V. le citate sentenze *Hermès e Dior*.

nella fase applicativa delle norme, quando le regole sono già state poste e il processo politico, in cui si concentrano i dissidi più aspri, ha esaurito il suo corso. L'attività interpretativa, infatti, si dirige su norme esistenti, il cui contenuto è già stato individuato e definito dagli organi politici e, per quanto una norma sia suscettibile di ricevere differenti interpretazioni, il suo contenuto non potrà essere completamente stravolto. Inoltre, non si può non considerare, come posto in luce dalla Corte stessa, che l'occasione, per il giudice comunitario, di pronunciarsi sull'interpretazione di accordi misti è offerta dal giudice nazionale: sono i giudici, ossia degli organi statali, che nell'esercizio della loro attività interpretativa, decidono autonomamente di attivarsi per richiedere un'interpretazione da parte della Corte di giustizia. In questo senso, l'intervento della Corte, più che un'usurpazione del potere statale, dovrebbe essere interpretato come un contributo all'attività dei giudici nazionali, che, decidendo di avvalersi dello strumento del rinvio, richiedono ed ottengono la cooperazione della Corte⁸¹.

7. Al di là della validità o meno di tale ricostruzione, un dato che emerge chiaramente dalla giurisprudenza è la necessità di una risistemizzazione della disciplina del riparto di competenze interpretative. Il sistema costruito dalla Corte, infatti, appare notevolmente complesso e presenta degli aspetti ancora ambigui.

La mancata affermazione di un nesso tra competenza dell'Unione e giurisdizione della Corte ha indotto la dottrina ad affermare che “the extent of the competence of the Court of Justice in matters regarding the application of a mixed agreement is not related to the division of powers”⁸² e a rimarcare che “in this area of Community law clarity about *qui fait quoi* has always been in short supply”⁸³.

Come rilevato in dottrina, tale situazione, se da un lato consente alla Corte di riservarsi un margine di discrezionalità nell'applicazione dei propri precedenti, dall'altro lato rende particolarmente complessa l'opera ricostruttiva dell'interprete⁸⁴, al punto di indurre taluni ad affermare che ciò che ne risulta è una “basic confusion about which legal system is applicable”⁸⁵.

L'estrema attualità di tali affermazioni è testimoniata dalle vicende giurisprudenziali appena esaminate: non si può ignorare, infatti, la totale divergenza

⁸¹ Nella sentenza *Hermès*, cit., punto 31, la Corte aveva affermato che spetta al giudice nazionale valutare la necessità di un rinvio pregiudiziale, in presenza del quale la Corte è tenuta, in linea di principio, a statuire. Nella sentenza *Dior*, cit., punto 34, tale argomento viene ulteriormente sviluppato e la Corte afferma di essere competente a pronunciarsi “per rispondere alle esigenze delle autorità giudiziarie degli Stati membri”.

⁸² N. NEUWAHL, *Joint Participation in International Treaties and the Exercise of Power by the EEC and Its Member States: Mixed Agreements*, in *Common Market Law Review*, 1991, p. 734.

⁸³ R. HOLDGAARD, *op. cit.*, p. 1234.

⁸⁴ S. AMADEO, *op. cit.*, p. 294.

⁸⁵ R. HOLDGAARD, *Case C-431/05, Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Lda v. Merck & Co. Inc. (M & Co.) and Merck Sharp & Dohme Lda (MSL), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 11 September 2007*, [2007] ECR I-7001, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 1234.

di opinioni fra l'Avvocato generale Sharpston e la Corte di giustizia nella causa C-240/09, in cui l'Avvocato generale, convinta di offrire una soluzione aderente alla giurisprudenza pregressa della Corte, ha visto la propria opinione interamente sconfessata. Ciò conferma la totale assenza di prevedibilità delle decisioni della Corte e testimonia l'assoluta necessità di un intervento chiarificatore.

Abstract

Mixed Agreements and the Preliminary Ruling Jurisdiction of the Court of Justice: An Interpretative Approach

This article addresses the limits of the Court of Justice's jurisdiction to give preliminary rulings on the interpretation of mixed agreements. Although the issue has been the subject of several judgements, the criteria governing the allocation of competences between the Court and national judges have not yet been fully clarified. The reason for this is to be found in the extensive approach of the Court towards its jurisdiction, that has resulted in a complicated picture where solutions are not supported by coherent arguments and decisions lack predictability. This article aims at proposing a systematic reading of the case-law of the Court, drawing inspiration from a recent judgement to further elaborate on the issue.

Andrea Spagnolo*

Il trasferimento di presunti pirati nell'ambito dell'operazione *Atalanta*: gli accordi tra l'Unione europea e i Paesi terzi

SOMMARIO: 1. L'operazione *Atalanta* e l'impegno dell'UE nella lotta alla pirateria. – 2. Gli accordi per il trasferimento di presunti pirati e la tutela dei diritti umani. – 3. *Segue*: il principio di *non refoulement* come limite al trasferimento di presunti pirati. – 4. *Segue*: le disposizioni negli accordi. – 5. *Segue*: le lacune nella protezione. – 6. L'attribuzione delle condotte lesive dei diritti umani e la rilevanza della specificità dell'Unione europea in relazione al Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali. – 7. *Segue*: l'elaborazione del criterio del controllo effettivo nella prassi recente. – 8. *Segue*: l'idoneità del criterio del controllo effettivo in relazione alla specificità delle operazioni militari dell'Unione europea e degli accordi stipulati nell'ambito dell'operazione *Atalanta*. – 9. Osservazioni conclusive.

1. L'operazione *Atalanta* (o EUNAVFOR) è stata istituita dal Consiglio¹ al fine di contribuire alla lotta alla pirateria marittima al largo delle coste della Somalia, nel Golfo di Aden². Ciò a seguito dell'autorizzazione da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, ex capitolo VII della Carta, a utiliz-

* Assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell'Università della Valle d'Aosta.

¹ Azione comune 2008/851/PESC del Consiglio, del 10 novembre 2008, relativa all'operazione militare dell'Unione europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione e alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia, *GUUE* L 301, 12 novembre 2008, p. 33. Per un'analisi del regime giuridico dell'operazione *Atalanta* si veda A. DE GUTTRY, *Fighting Piracy and Armed Robbery in the XXI Century: Some Legal Issues Surrounding the EU Military Operation Atalanta*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 325 ss.

² Sulle misure anti-pirateria si vedano, *inter alia*, D. GUILFOYLE, *Piracy Off Somalia: UN Security Council Resolution 1816 and IMO Regional Counter-Piracy Efforts*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008, p. 690 ss.; A. TANCREDI, *Di pirati e Stati "falliti": il Consiglio di Sicurezza autorizza il ricorso alla forza armata nelle acque territoriali della Somalia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 937 ss.; J. ASHLEY ROACH, *Countering Piracy off Somalia: International Law and International Institutions*, in *American Journal of International Law*, 2009, p. 403; T. TREVES, *Piracy, Law of the Sea, and Use of Force: Developments of the Coast of Somalia*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 399 ss.; R. GEISS, A. PETRIG, *Piracy and Armed Robbery at Sea. The Legal Framework for Counter-Piracy Operations in Somalia and the Gulf of Aden*, Oxford, 2011.

zare tutti i mezzi necessari al fine di contrastare la pirateria nelle acque territoriali della Somalia³. L'istituzione dell'operazione *Atalanta* segue di due mesi l'approvazione da parte del Consiglio di un'azione comune relativa al coordinamento militare a sostegno delle determinazioni del Consiglio di sicurezza⁴.

EUNAVFOR è la prima operazione navale militare dell'Unione europea, si colloca nel quadro della Politica comune di sicurezza e difesa rinnovata con il Trattato di Lisbona⁵ ed è centrale nel più ampio piano dell'Unione europea con riguardo al Corno dell'Africa⁶, a seguito dell'approvazione dello *EU Strategic Framework for the Horn of Africa*⁷, della nomina di un Rappresentante speciale per la zona⁸ e dell'istituzione di una missione civile di *maritime capacity building* EUCAP NESTOR⁹.

Il mandato dell'operazione *Atalanta* è piuttosto ampio e comprende i seguenti compiti: "a) fornisce protezione alle navi noleggiate dal PAM [Programma alimentare mondiale], anche con la presenza di elementi armati di *Atalanta* a bordo delle navi interessate, in particolare quando incrociano nelle acque territoriali della Somalia; b) protegge le navi mercantili che navigano nelle zone in cui essa è spiegata, sulla base di una valutazione della necessità effettuata caso per caso;

³ Risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite 1816 del 22 giugno 2008, par. 7, lett. b). La risoluzione richiamata consente a Stati e organizzazioni internazionali di utilizzare "all necessary means" nelle acque somale al fine di reprimere atti di pirateria, colmando così una lacuna nel diritto esistente, che confinava la possibilità di intervenire solo nelle acque internazionali e non anche in quelle territoriali. La risoluzione 1816 nel preambolo del medesimo paragrafo, peraltro, autorizzava all'intervento solo previo consenso da parte del Governo federale provvisorio da notificarsi da quest'ultimo al Segretario generale dell'ONU. Si veda sul punto D. GUILFOYLE, *op. cit.*, p. 693. Per maggiori approfondimenti sulla portata dell'autorizzazione contenuta nella risoluzione 1816 si veda A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 940. Nel senso di ritenere che la risoluzione 1816 abbia ampliato l'applicabilità delle norme contro la pirateria, contribuendo alla loro efficacia, ma non modificando l'attuale diritto consuetudinario sul punto, si veda T. TREVES, *op. cit.*, pp. 402-404.

⁴ Azione comune 2008/749/PESC, del 19 settembre 2008, relativa all'azione di coordinamento militare dell'Unione europea a sostegno della risoluzione 1816 (2008) del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (EUNAVCO), *GUUE* L 259, 20 settembre 2008, p. 39 ss.

⁵ Si veda M. WEBBER, *The Common Security and Defence Policy in a Multilateral World*, in P. KOUTRAKOS (ed.), *European Foreign Policy. Legal and Political Perspective*, Cheltenham, 2011, p. 205 ss. Sulle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona con riguardo alla Politica comune di sicurezza e difesa e, più nello specifico, alla capacità dell'Unione europea di istituire operazioni militari si veda S. BLOCKMANS, R. A. WESSEL, *The European Union and Crisis Management: Will the Lisbon Treaty Make the EU More Effective?*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2009, p. 265 ss.

⁶ Si veda in questo senso risoluzione del Parlamento europeo sulla pirateria marittima, 10 maggio 2012, doc. 2011/2962(RSP).

⁷ Si veda *Un quadro strategico per il Corno d'Africa*, allegato alle conclusioni 16858/11 del Consiglio sul Corno dell'Africa, 14 novembre 2011.

⁸ Decisione 2011/819/PESC del Consiglio, dell'8 dicembre 2011, che nomina il rappresentante speciale dell'Unione europea per il Corno d'Africa, *GUUE* L 327, 9 dicembre 2011, p. 62 ss.

⁹ Decisione 2012/389/PESC del Consiglio, del 16 luglio 2012, relativa alla missione dell'Unione europea per lo sviluppo delle capacità marittime regionali nel Corno d'Africa (EUCAP NESTOR), *GUUE* L 187, 17 luglio 2012, p. 40 ss.

c) sorveglia le zone al largo della Somalia, comprese le sue acque territoriali, che presentano rischi per le attività marittime, in particolare il traffico marittimo; d) prende le misure necessarie, compreso l'uso della forza, per dissuadere, prevenire e intervenire per porre fine agli atti di pirateria o alle rapine a mano armata che potrebbero essere commessi nelle zone in cui essa è presente; e) al fine dell'eventuale esercizio di azioni giudiziarie da parte degli Stati competenti alle condizioni previste all'art. 12, può arrestare, fermare e trasferire le persone che hanno commesso o che si sospetta abbiano commesso atti di pirateria o rapine a mano armata nelle zone in cui essa è presente e sequestrare le navi di pirati o di rapinatori o le navi catturate a seguito di un atto di pirateria o di rapina a mano armata e che sono sotto il controllo dei pirati nonché requisire i beni che si trovano a bordo"¹⁰. Si può quindi affermare come il mandato dell'operazione collochi la medesima ben al di là di quelli che erano i "compiti di *Petersberg*" che avevano definito le caratteristiche delle prime operazioni di *peacekeeping*¹¹ dell'Unione europea. *Atalanta*, infatti, è un'operazione autorizzata ad usare la forza anche in circostanze che vadano oltre il semplice uso della stessa in legittima difesa¹². Inoltre, e ciò è di importanza fondamentale per quel che concerne il presente articolo, il par. e) dell'art. 2 dell'azione comune istitutiva dell'operazione conferisce a EUNAVFOR il potere di arrestare, detenere e poi trasferire pirati o presunti tali. Come è stato notato¹³, gli Stati membri dell'UE hanno più volte manifestato la loro scarsa propensione a processare i pirati, circostanza che ha portato l'Unione europea a concludere accordi con Stati terzi – africani – per trasferire loro i pirati catturati al fine di processarli¹⁴.

2. L'art. 12 dell'azione comune istitutiva dell'operazione *Atalanta* disciplina le competenze giurisdizionali relative ai pirati catturati dalle navi facenti parte della missione e il loro trasferimento alle autorità competenti: queste vengono individuate nello Stato battente bandiera la cui nave cattura il pirata, oppure in uno Stato terzo che manifesti la volontà di esercitare la giurisdizione¹⁵. Lo stesso

¹⁰ Azione comune 2008/851/PESC, art. 2.

¹¹ In questo senso si veda F. NAERT, *Legal Aspects of EU Military Operations*, in *Journal of International Peacekeeping*, 2011, p. 222. Per una panoramica delle operazioni dell'Unione europea per il mantenimento della pace, si veda A. BASSU, *Il mantenimento della pace nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, partic. pp. 83-132.

¹² In questo senso si veda T. TREVES, *op. cit.*, p. 411 s.

¹³ T. TREVES, *op. cit.*, p. 408; ID., *Human Rights and the Law of the Sea*, in *Berkeley Journal of International Law*, 2010, p. 13; E. KONTOROVICH, S. ART, *An Empirical Examination of Universal Jurisdiction for Piracy*, in *American Journal of International Law*, 2010, p. 449. Ciò è stato ulteriormente ribadito nella recente – e già citata – risoluzione del Parlamento europeo sulla pirateria marittima (al par. 10). Tra le preoccupazioni degli Stati, soprattutto quelli europei, vi sono i costi relativi agli eventuali processi e le possibili implicazioni per quel che riguarda la tutela dei diritti umani dei presunti pirati.

¹⁴ A. DE GUTTRY, *op. cit.*, p. 346; E. KONTOROVICH, "A Guantanamo on the Sea": *The Difficulties of Prosecuting Pirates and Terrorists*, in *California Law Review*, 2010, p. 255.

¹⁵ Azione comune 2008/851/PESC, art. 12: "1. Sulla base dell'accettazione da parte della Somalia dell'esercizio della giurisdizione ad opera degli Stati membri o degli Stati terzi, da un lato,

articolo individua le basi giuridiche di tale riparto giurisdizionale nel consenso dato da parte dello Stato somalo¹⁶ e nell'art. 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare¹⁷, senza alcun richiamo alla risoluzione 1816 del Consiglio di sicurezza¹⁸.

Sulla scorta di quanto detto, l'Unione europea ha stipulato una serie di accordi internazionali con l'obiettivo di processare i presunti pirati catturati nell'ambito dell'operazione *Atalanta*, permettendo al personale impegnato nella missione di trasferirli agli Stati terzi che hanno manifestato la loro disponibilità a condurre i relativi processi. La prassi relativa a tali accordi è inaugurata dall'accordo concluso con il Kenya¹⁹ e prosegue con i successivi accordi con Seychelles²⁰ – la

e dell'art. 105 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, dall'altro, le persone che hanno commesso o sono sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata arrestate e fermate al fine dell'esercizio di azioni giudiziarie nelle acque territoriali della Somalia o in alto mare, nonché i beni che sono serviti a compiere tali atti, sono trasferiti: alle autorità competenti dello Stato membro o dello Stato terzo che ha partecipato all'operazione del quale la nave che ha effettuato la cattura batte bandiera, o se tale Stato non può o non intende esercitare la propria giurisdizione, a uno Stato membro o a qualsiasi Stato terzo che desideri esercitarla nei confronti di tali persone e beni”.

¹⁶ Consenso che è stato dato dal Governo federale provvisorio della Somalia all'Unione europea a seguito della lettera inviata dall'UE il 30 ottobre 2008. Il riferimento a tale autorizzazione è rinvenibile nell'azione comune istitutiva dell'operazione *Atalanta* (2008/851/PESC, preambolo, par. 12).

¹⁷ Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare, del 10 dicembre 1982, art. 105: “On the high seas, or in any other place outside the jurisdiction of any State, every State may seize a pirate ship or aircraft, or a ship or aircraft taken by piracy and under the control of pirates, and arrest the persons and seize the property on board. The courts of the State which carried out the seizure may decide upon the penalties to be imposed, and may also determine the action to be taken with regard to the ships, aircraft or property, subject to the rights of third parties acting in good faith”.

¹⁸ T. TREVES, *Piracy*, cit., p. 406, nota come il riferimento alle risoluzioni del capitolo VII possa anche essere superfluo essendoci il consenso dello Stato costiero.

¹⁹ Decisione 2009/293/PESC del Consiglio, del 26 febbraio 2009, concernente lo scambio di lettere tra l'Unione europea e il governo del Kenya sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria e fermate dalla forza navale diretta dall'Unione europea (EUNAVFOR), e dei beni sequestrati in possesso dell'EUNAVFOR, dall'EUNAVFOR al Kenya, e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *GUUE* L 79, 25 marzo 2009, p. 47 s.; scambio di lettere tra l'Unione europea e il governo del Kenya sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria e fermate dalla forza navale diretta dall'Unione europea (EUNAVFOR), e dei beni sequestrati in possesso dell'EUNAVFOR, dall'EUNAVFOR al Kenya, e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *ivi*, p. 49 ss.

²⁰ Decisione 2009/877/PESC del Consiglio, del 23 ottobre 2009, relativa alla firma e all'applicazione provvisoria dello scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica delle Seychelles sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata dall'EUNAVFOR alla Repubblica delle Seychelles e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *GUUE* L 315, 2 dicembre 2009, p. 35 s.; scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica delle Seychelles sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata dall'EUNAVFOR alla Repubblica delle Seychelles e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *ivi*, p. 37 ss.

forma scelta per questi due accordi è lo scambio di lettere²¹ – e Mauritius²² ed è in fase di negoziato un trattato con la Tanzania²³. Tali accordi mirano soprattutto a disciplinare il trasferimento dei presunti pirati da parte di EUNAVFOR verso gli Stati contraenti da un punto di vista della tutela dei diritti umani.

Il rispetto dei diritti umani, infatti, è un limite al trasferimento di presunti pirati verso Stati terzi nell'ambito dell'operazione *Atalanta*, in quanto necessariamente tali azioni costituiscono ingerenze nel godimento, da parte dei presunti pirati, dei loro diritti fondamentali²⁴. A tal fine, lo stesso art. 12 (par. 2) dell'azione comune istitutiva dell'operazione *Atalanta* esplicitamente richiama il rispetto dei diritti umani quale limite al trasferimento dei presunti pirati verso Stati terzi²⁵. Similmente, e ancora più a monte, le risoluzioni del Consiglio di sicurezza relative al contrasto alla pirateria al largo delle coste della Somalia contengono richiami evidenti al rispetto dei diritti umani²⁶. Le ricorrenti afferma-

²¹ A tal proposito, lo scambio di lettere è assimilato ad un trattato internazionale concluso in forma ordinaria. Cfr. A. SARI, *The Conclusion of International Agreements by the European Union in the Context of ESDP*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2008 p. 75; R. A. WESSEL, *The EU as a Party to International Agreements: Shared Competences, Mixed Responsibilities*, in A. DASHWOOD, A. MARESCEAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relation*, Cambridge, 2008, p. 171 s.

²² Decisione 2011/640/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2011, relativa alla firma e alla conclusione dell'accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati da parte della forza navale diretta dall'Unione europea alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento, *GUUE* L 254, 30 settembre 2011, p. 1 s.; accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius sulle condizioni del trasferimento delle persone sospettate di atti di pirateria e dei relativi beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'Unione europea alla Repubblica di Mauritius e sulle condizioni delle persone sospettate di atti di pirateria dopo il trasferimento, *ivi*, p. 3 ss.

²³ *EU Naval Force Spanish Warship "Infanta Elena" Rescues Sri Lankan Fishermen From Pirates*, www.eunavfor.eu.

²⁴ Si vedano in questo senso A. FISCHER-LESCANO, L. KRECK, *Piracy and Human Rights: Legal Issues in the Fight Against Piracy Within the Context of the European "Operation Atalanta"*, in *German Yearbook of International Law*, 2009, p. 525; D. GUILFOYLE, *Counter-Piracy Law Enforcement and Human Rights*, in *International and Comparative Quarterly*, 2009, p. 152; S. PIEDIMONTE BADINI, *Fighting Maritime Piracy under the European Convention on Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 830. Sull'applicabilità dei diritti umani nell'ambito delle operazioni militari dell'Unione europea con un'attenzione particolare al trasferimento di presunti pirati nell'ambito dell'operazione *Atalanta* si vedano A. DE GUTTRY, *op. cit.*, p. 347; R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 209-220; F. NAERT, *op. cit.*, p. 237. Più in generale sull'applicabilità dei diritti umani nel diritto del mare e, quindi, nelle operazioni di contrasto alla pirateria si veda T. TREVES, *Human Rights and the Law of the Sea*, cit., 2010, p. 1 ss.; ID., *Diritto del mare e diritti umani*, in A. DI STEFANO, R. SAPIENZA (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, 2012, p. 572 ss.

²⁵ Azione comune 2008/851/PESC, art. 12, par. 2: "Nessuna delle persone di cui al paragrafo 1 può essere trasferita in uno Stato terzo se le condizioni del trasferimento non sono state stabilite con tale Stato terzo in conformità del diritto internazionale applicabile, compreso il diritto internazionale dei diritti umani, al fine di garantire in particolare che nessuno sia sottoposto alla pena di morte, alla tortura o a qualsiasi altro trattamento crudele, inumano o degradante".

²⁶ Si vedano ad esempio le risoluzioni del Consiglio di sicurezza 1816/2008, par. 11, e 1846 del 2 dicembre 2008, par. 14.

zioni del rispetto dei diritti umani contenute nei documenti relativi all'operazione *Atalanta* e negli accordi per il trasferimento dei presunti pirati sembrano mettere da parte qualsiasi speculazione con riguardo ad un potenziale contrasto normativo tra le risoluzioni del Consiglio di sicurezza – che autorizzano a ricorrere a *tutti i mezzi necessari* per contrastare la pirateria – e le norme sui diritti umani sulla base dell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite²⁷. Un eventuale contrasto, infatti, sarebbe stato ipotizzabile nel caso in cui le risoluzioni del Consiglio di sicurezza non avessero richiamato al rispetto dei diritti umani²⁸. Il rispetto dei diritti umani è poi enfatizzato nel preambolo degli accordi per il trasferimento dei presunti pirati da EUNAVFOR a Kenya²⁹ e Mauritius³⁰ – mancano invece simili richiami nell'accordo con Seychelles, sul quale si tornerà più avanti – laddove vengono espressamente citate la Convenzione contro la tortura del 1984 e il Patto sui diritti civili e politici.

Il riferimento a questi trattati non preclude, in ogni caso, l'applicazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, del 4 novembre 1950, cui gli Stati dell'operazione *Atalanta* sono vincolati, ammesso che sia accettata l'applicabilità extraterritoriale degli obblighi in essa contenuti³¹. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani considera la Convenzione applicabile in caso in cui uno Stato contraente eserciti la giurisdizione su un individuo interpretando il concetto di giurisdizione attraverso l'elaborazione di due modelli³²: l'esercizio di "effective

²⁷ Carta delle Nazioni Unite, art. 103: "In the event of a conflict between the obligations of the Members of the United Nations under the present Charter and their obligations under any other international agreement, their obligations under the present Charter shall prevail".

²⁸ Recentemente la Corte europea dei diritti umani si è pronunciata in questo senso con riguardo alle autorizzazioni del Consiglio di sicurezza. Cfr. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 7 luglio 2011, *Al-Jedda c. Regno Unito*, n. 27021/08, par. 102.

²⁹ Scambio di lettere tra l'Unione europea e il Governo del Kenya, cit., p. 49: "[I]l presente scambio di lettere lascia impregiudicati i diritti e gli obblighi dei partecipanti derivanti da accordi internazionali e da altri strumenti che istituiscono tribunali internazionali, nonché dal pertinente diritto interno ed è concluso nel pieno rispetto: (...) del diritto internazionale dei diritti umani, inclusi il Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966 e la Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti del 1984".

³⁰ Accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, preambolo, par. 4: la formulazione è identica a quella appena citata con riguardo al Kenya.

³¹ Anche in virtù della clausola di non esclusione contenuta negli accordi: "Nessuna disposizione del presente scambio di lettere è intesa a derogare o può essere interpretata come una deroga ai diritti di cui può godere una persona trasferita ai sensi della legislazione internazionale o interna applicabile". Cfr. disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, allegate a scambio di lettere tra l'Unione europea e il Governo del Kenya, cit., p. 56 ss., art. 7; accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 8.

³² In dottrina, *inter alia*, si vedano P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002; M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties. Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011; R. SAPIENZA, *Art. 1*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, p. 13 ss.

overall control”³³ su di un area o un territorio anche al di fuori dei suoi confini – e non necessariamente in situazioni di occupazione bellica³⁴ – e l’esercizio di “authority and control over an individual”³⁵. Per quanto recentemente la Corte di Strasburgo abbia applicato entrambi i modelli contemporaneamente – tentando di darne un’interpretazione unica, ma probabilmente suscitando ancora più dubbi sul modello migliore³⁶ – l’applicabilità della Convenzione europea nei casi di trasferimenti di pirati sussisterebbe in virtù di una giurisprudenza specifica che concerne il rispetto dei diritti umani in alto mare laddove gli Stati esercitano controllo sia sulla nave, sia sull’individuo³⁷. Inoltre, secondo la recente giurisprudenza nel caso *Hirsi*³⁸, la giurisdizione dello Stato, con conseguente applicabilità della Convenzione europea, si estende anche alla nave che batte la sua bandiera³⁹, circostanza che sembra adattarsi al caso dei contingenti nazionali messi dagli Stati a disposizione dell’Unione europea per l’operazione *Atalanta*.

3. Constatata l’applicabilità dei trattati internazionali in materia di diritti umani, occorre soffermarsi sull’obbligo di *non refoulement* che, nell’ambito del trasferimento di presunti pirati, riveste un ruolo di fondamentale importanza e che impone a un soggetto di non espellere o estradare un individuo verso uno Stato in cui rischierebbe di subire gravi violazioni dei diritti umani⁴⁰. Su tale

³³ Si vedano *inter alia* Corte europea dei diritti umani, sentenza del 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Cipro*, n. 15318/89, par. 52; sentenza del 12 dicembre 2001, *Bankovic c. Belgio e altri*, n. 52207/99, par. 71.

³⁴ Corte europea dei diritti umani, sentenza dell’8 luglio 2004, *Ilascu e altri c. Moldavia e Russia*, n. 48787/99, par. 313.

³⁵ Si vedano *inter alia* Corte europea dei diritti umani, sentenza del 16 novembre 2004, *Issa e altri c. Turchia*, n. 31821/96, par. 71; decisione del 28 giugno 2007, *Pad e altri c. Turchia*, n. 60167/00, par. 54.

³⁶ In questo senso si veda M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al Jedda in Strasbourg*, in *European Journal of International Law*, 2012, p. 127.

³⁷ Si veda Corte europea dei diritti umani, sentenza del 29 marzo 2010, *Medvedyev c. Francia*, n. 3394/03, par. 67. Il caso riguardava una nave battente una bandiera diversa da quella francese.

³⁸ Sentenza del 23 febbraio 2012, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, n. 27765/09. Per i primi commenti si vedano A. LIGUORI, *La Corte europea dei diritti dell’uomo condanna l’Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 415 ss., partic. p. 423; G. CELLAMARE, *Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo nell’affaire Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 491 ss.; U. VILLANI, *Osservazioni sulla sentenza della Corte europea nell’affaire Hirsi Jamaa e sui problemi relativi alla sua esecuzione*, in *I diritti dell’uomo. Cronache e battaglie*, 2012, n. 1, p. 9 ss.; cfr. anche A. DI PASCALE, *La sentenza Hirsi e altri c. Italia: una condanna senza appello della politica dei respingimenti*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, p. 85 ss.

³⁹ Sentenza *Hirsi*, par. 81.

⁴⁰ Le fonti normative del principio di *non refoulement* sono rinvenibili nell’art. 33 della Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 sullo statuto dei rifugiati (anche se nel caso dei trasferimenti dei presunti pirati sembra irrealistico immaginare che questi soggetti possano qualificarsi come rifugiati: cfr. R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 208 s.) e nell’art. 3 della Convenzione contro la tortura. Tale obbligo è inoltre ricavabile – in via giurisprudenziale – dagli articoli 6 e 7 del Patto sui diritti civili e politici e dall’art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani. In dottrina si vedano A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell’obbligo di non refoulement: la sentenza Saadi*

obbligo la giurisprudenza internazionale – nell’affermarlo come assoluto⁴¹ – ha sviluppato un filone che ha portato a caratterizzarlo e a richiedere determinati obblighi procedurali allo Stato che intenda trasferire un individuo verso uno Stato in cui costui corra un “real risk of being subjected to torture or inhumane or degrading treatment or punishment”⁴². Tra gli obblighi procedurali elaborati dalla giurisprudenza vi è senz’altro la previsione di un meccanismo di *review* a disposizione dell’individuo trasferito al fine di metterlo nelle condizioni di poter sindacare la legittimità di un trasferimento⁴³. Infine – ma forse con un ruolo di assoluta importanza – lo Stato che trasferisce ha l’obbligo di ottenere dallo Stato verso cui si trasferisce un individuo adeguate garanzie che egli non patisca violazioni dei diritti umani: alla luce della giurisprudenza più recente, tale obbligo è sempre più stringente per gli Stati e si fonda su valutazioni di tipo oggettivo, soprattutto in quei casi in cui lo Stato ricevente viola sistematicamente i diritti umani⁴⁴.

4. Lo scambio di lettere con il Kenya e il trattato con Mauritius sembrano prendere in considerazione il rispetto dei diritti umani e dell’obbligo di *non refoulement*: ciò è sancito nei principi generali degli accordi tra i quali vi è l’enunciazione di un obbligo a carico di entrambe le parti di garantire agli individui trasferiti il rispetto dei diritti umani sia prima che *dopo* il trasferimento⁴⁵. Gli accordi disciplinano nel dettaglio il trattamento delle persone trasferite nella fase successiva al trasferimento, compresi quindi i relativi procedimenti giudiziari; vengono, a tal proposito, elencati i diritti civili che spettano agli individui trasfe-

della Corte europea dei diritti umani, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 449 ss.; F. SALERNO, *L’obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 287 ss.; nonché A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement alla luce di alcune recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, *ivi*, 2010, p. 41 ss.

⁴¹ Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, n. 37201/06, par. 140.

⁴² Corte europea dei diritti umani, sentenza del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, n. 14038/88, par. 88; sentenza del 20 marzo 1991, *Cruz Varas c. Svezia*, n. 15576/89, par. 70.

⁴³ D. GUILFOYLE, *op. cit.*, p. 167; R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 216.

⁴⁴ Sentenza *Saadi*, paragrafi 143-148. A. GIANELLI, *op. cit.*, p. 456; A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁵ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall’UE alla Repubblica del Kenya, art. 2, lett. c): “i firmatari confermano che tratteranno le persone trasferite in virtù del presente scambio di lettere, sia prima che dopo il trasferimento, in modo umano ed in conformità agli obblighi internazionali in materia di diritti umani, incluso il divieto della tortura o di qualsiasi altro trattamento o pena crudele, disumana o degradante e il divieto della detenzione arbitraria ed in conformità al requisito del diritto a un processo equo”. Vi è una differenza importante, sotto questo profilo, con il trattato concluso con Mauritius: in quest’ultimo, il riferimento non è agli “obblighi internazionali in materia di diritti umani”, ma agli “obblighi internazionali in materia di diritti umani *che figurano nella costituzione di Mauritius*” (accordo tra l’Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 3, par. 5, corsivo aggiunto). Il riferimento alla Costituzione di Mauritius, per i motivi che vedremo *infra*, par. 5, può creare alcuni problemi dal punto di vista del rispetto del principio del *non refoulement* alla luce di un documento del Comitato contro la tortura del 2008.

riti: divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti⁴⁶, rispetto della libertà personale⁴⁷ e diritto all'equo processo con i corollari che ne derivano⁴⁸; viene infine imposto agli Stati riceventi il divieto di trasferire alcuna persona senza un consenso preliminare da parte di EUNAVFOR⁴⁹. Un articolo *ad hoc* – il quarto – è dedicato al divieto di imporre la pena di morte agli individui trasferiti⁵⁰.

⁴⁶ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. a): “La persona trasferita sarà trattata in modo umano e non sarà oggetto di tortura o di trattamento o pena crudele, disumana o degradante, riceverà vitto e alloggio adeguati, accesso alle cure mediche e potrà osservare la propria religione”. Per quanto la formulazione sia pressoché identica, nel trattato concluso con Mauritius figura un cappello introduttivo per quel che riguarda il divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti che nuovamente fa riferimento agli obblighi di tutela dei diritti umani che figurano nella costituzione di Mauritius (accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, punto 1: “In conformità agli obblighi internazionali in materia di diritti umani *che figurano nella costituzione di Mauritius*, la persona trasferita è trattata in modo umano”).

⁴⁷ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. b), c): “la persona trasferita sarà prontamente tradotta dinanzi a un giudice o ad altro funzionario autorizzato dalla legge ad esercitare il potere giudiziario, che deciderà senza indugio sulla legittimità della sua detenzione ed ordinerà il suo rilascio se la detenzione non è legittima; c) la persona trasferita avrà diritto al processo entro un ragionevole periodo di tempo o al rilascio”. Cfr. anche accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, punti 2 e 3.

⁴⁸ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. d)-g): “d) nell'accertamento di un'accusa penale formulata a suo carico, la persona trasferita avrà diritto ad un'udienza equa e pubblica da parte di un organo giurisdizionale competente, indipendente ed imparziale, costituito per legge; e) la persona trasferita accusata di un reato sarà presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata; f) nell'accertamento di un'accusa penale formulata a suo carico, la persona trasferita avrà diritto alle seguenti garanzie minime, in condizioni di completa parità: 1) essere informata, nel più breve tempo possibile, in una lingua ad essa comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; 2) disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa e comunicare con un avvocato di sua scelta; 3) essere giudicata senza indebito ritardo; 4) essere presente al processo e difendersi di persona o mediante un difensore di sua scelta; nel caso sia sprovvista di un difensore, essere informata del suo diritto ad averne e, ogni qualvolta l'interesse della giustizia lo esiga, vedersi assegnato un difensore d'ufficio, a titolo gratuito se la persona non dispone di mezzi sufficienti per compensarlo; 5) esaminare, o far esaminare, tutte le prove a suo carico, incluse le dichiarazioni giurate dei testimoni a carico, ed ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a scarico alle stesse condizioni dei testimoni a carico; 6) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua usata in udienza; 7) non essere costretta a testimoniare contro se stessa o a confessare la propria colpevolezza. g) La persona trasferita condannata per un reato avrà il diritto di chiedere il riesame della sua dichiarazione di colpevolezza e condanna o di appellarsi ad un organo giurisdizionale superiore in conformità alla legislazione del Kenya”. Cfr. anche accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, punti 4-7.

⁴⁹ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 3, lett. h): “il Kenya non trasferirà la persona trasferita a nessun altro Stato ai fini delle indagini e dell'azione giudiziaria senza un consenso scritto preliminare dell'EUNAVFOR”. Cfr. anche accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 4, par. 8.

⁵⁰ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati

Disposizioni più precise sono poi previste con riguardo alla procedura da seguire, ma solo con riguardo alla fase successiva al trasferimento: a carico dello Stato ricevente è imposto un obbligo di tenere un registro di tutte le persone detenute con rispettivi luoghi di detenzione e stati di salute, tale registro deve rimanere a disposizione di EUNAVFOR, anche se subordinato a una richiesta scritta al governo del Paese ricevente⁵¹; a carico di EUNAVFOR sono poi previsti una serie di obblighi di assistenza, elencati nelle disposizioni successive⁵². Gli unici obblighi che gravano sulle parti nella fase precedente al trasferimento – ossia il momento decisionale ad esso relativo – sono limitati a due disposizioni che impongono a EUNAVFOR l'obbligo di fornire allo Stato ricevente informazioni relative alla cattura e alla detenzione dei soggetti trasferiti e al loro stato di salute⁵³.

5. Le disposizioni appena esaminate evidenziano alcune lacune nella protezione dei diritti umani degli individui trasferiti, soprattutto in relazione al principio di *non refoulement*. Occorre premettere come il Comitato contro la tortura abbia notato nel 2008, con riguardo al Kenya, una pericolosa tendenza al ricorso alla tortura e a trattamenti inumani e degradanti da parte degli organi di polizia e le difficoltà da parte di quello Stato nel fornire adeguate tutele per quel che riguarda la salute dei detenuti e il loro diritto di avere contatti con l'esterno⁵⁴. Simili conclusioni, ancora più recentemente, hanno caratterizzato le osservazioni del Comitato con riguardo a Mauritius⁵⁵; di particolare interesse, per quanto qui rileva, la circostanza in virtù della quale questo Stato non abbia ancora dato attuazione nel suo ordinamento alla Convenzione contro la tortura: ciò ha rilievo e desta qualche preoccupazione se si pensa, come visto, che nel trattato con Mauritius è fatto un esplicito rimando alla tutela dei diritti umani prevista in quel sistema costituzionale⁵⁶. Ancora, e sempre con riguardo a

dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 4: “Nessuna persona trasferita potrà essere condannata alla pena di morte. Il Kenya, conformemente alle leggi applicabili, adotterà le misure necessarie per assicurare che la pena di morte sia commutata in pena detentiva”. Cfr. anche accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 5.

⁵¹ Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 5, lett. c)-g); accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 6, punti 3-7.

⁵² Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 6; accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 7.

⁵³ Va detto che tale obbligo non pare tassativo in quanto è richiesto a EUNAVFOR di fornire informazioni sullo stato di salute “per quanto possibile”. Cfr. disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 5, lett. a), b); accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 6, punti 1 e 2.

⁵⁴ *Committee against Torture, Concluding observations of the Committee against Torture: Kenya*, CAT/C/KEN/CO/1, 19 gennaio 2009, par. 13.

⁵⁵ *Committee against Torture, Concluding observations of the Committee against Torture: Mauritius*, CAT/C/MUS/CO/3, 15 giugno 2011.

⁵⁶ Sempre a proposito della mancata attuazione nell'ordinamento interno della Convenzione

Mauritius, il Comitato rileva evidenti lacune nel sistema procedurale per quel che concerne le garanzie sul principio di *non refoulement*⁵⁷. Da ultimo – ma forse è l'aspetto più preoccupante – il Comitato nota la persistenza del problema del sovraffollamento delle carceri⁵⁸. Sia Kenya, sia Mauritius sembrano Stati che sistematicamente violano i diritti umani, soprattutto degli individui soggetti a misure detentive: ciò rende necessaria la previsione di procedure precise per il trasferimento dei presunti pirati.

Su tale profilo va, invece, evidenziato come le disposizioni procedurali esaminate nel paragrafo precedente valgano essenzialmente per la fase *post* trasferimento, mentre mancano disposizioni precise sulla fase prodromica alla condotta, fatto salvo il menzionato obbligo di redigere i documenti sopra menzionati. L'assenza di obblighi procedurali ha portato, ad esempio, all'applicazione di procedure diverse tra i contingenti nazionali impegnati nell'operazione *Atalanta*: il governo olandese ritiene applicabili ai trasferimenti le norme e le procedure relative all'extradizione⁵⁹, i pirati catturati dalla fregata italiana *Maestrale* sono stati tradotti – in video-conferenza – dinanzi al Giudice per le indagini preliminari di Roma⁶⁰. Gli esempi citati dimostrano come non vi sia uniformità nelle procedure di trasferimento e ciò può creare contrasti evidenti con quanto invece richiesto dalle norme sui diritti umani⁶¹.

Lo scambio di lettere con le Seychelles merita poi un capitolo a parte in quanto sembra essere interamente dedicato alla fase successiva al trasferimento. Mancano totalmente le disposizioni procedurali concernenti sia la fase successiva sia quella precedente al trasferimento e, quindi, lo scambio di lettere con le Seychelles è poco più di un impegno al rispetto dei diritti umani. Data l'assenza di simili disposizioni, l'Unione europea ha allegato allo scambio di lettere una dichiarazione unilaterale con la quale prende atto della necessità che “i rappresentanti dell'UE e dell'EUNAVFOR dovranno avere accesso alle persone trasferite nella Repubblica delle Seychelles (Seychelles) in virtù dello scambio di lettere, fino a quando tali persone siano sottoposte a custodia in tale Paese, ed avranno il diritto d'interrogarle” e “del fatto che i rappresentanti dell'UE e dell'EUNAVFOR dovranno disporre di una rilevazione precisa di ciascuna persona trasferita, segnatamente della documentazione di tutti i beni sequestrati, della condizione fisica della persona, del luogo di detenzione, delle accuse a suo

contro la tortura, il Comitato rileva l'assenza di sanzioni adeguate per chi commette tale crimine (*ivi*, par. 8), l'assenza di disposizioni legislative che sanciscano il divieto *assoluto* di tortura (*ivi*, par. 9), la non chiara esistenza di un sistema adeguato di informazioni con riguardo ai soggetti detenuti (*ivi*, par. 10) e l'assenza di procedure di ricorso indipendenti (*ivi*, par. 11).

⁵⁷ *Ivi*, par. 12.

⁵⁸ *Ivi*, par. 14.

⁵⁹ *Mejiers Committee (Standing Committee on International Immigration, Refugee and Criminal Law), Comment on the Agreement between the EU and Kenya on the Transfer of Persons Suspected of Piracy to Kenya*, 20 maggio 2009, par. 2, www.statewatch.org.

⁶⁰ *Somalia: Gip di Roma convalida arresto di 9 pirati catturati dalla 'Maestrale'*, 25 maggio 2009, www.adnkronos.com.

⁶¹ D. GUILFOYLE, *op. cit.*, p. 164; R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 217.

carico e di tutte le decisioni significative prese nel corso dell'azione giudiziaria e del processo"⁶². Sulla vincolatività della dichiarazione appena citata nei confronti delle Seychelles vi sono, tuttavia, molti dubbi e, quindi, le disposizioni concernenti il trasferimento dei pirati verso questo Stato sembrano essere molto lacunose⁶³.

Le preoccupazioni fin qui illustrate sono poi state confermate da una recente sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia, che ha condannato lo Stato tedesco a risarcire un presunto pirata trasferito in Kenya da una fregata tedesca nell'ambito di EUNAVFOR⁶⁴. Pur riconoscendo che, all'epoca dei fatti, lo scambio di lettere tra l'Unione europea e il Kenya era entrato in vigore solo da pochi giorni, concedendo, quindi, le difficoltà nel non poter attuare immediatamente quelle disposizioni⁶⁵, il Tribunale nota il problema del sovraffollamento delle carceri in Kenya e attribuisce alla Germania la violazione del principio di *non refoulement* come enunciato negli articoli 3 della Convenzione europea dei diritti umani e 7 del Patto sui diritti civili e politici per aver effettuato il trasferimento⁶⁶.

6. La sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia introduce un altro problema giuridico rilevante per quel che riguarda il rispetto dei diritti umani nell'ambito dell'operazione *Atalanta* e, nello specifico, del trasferimento dei presunti pirati sulla base degli accordi con i Paesi terzi: l'attribuzione delle condotte lesive dei diritti fin qui enunciati. L'eventuale condotta contestata, infatti, sarebbe posta in essere da contingenti nazionali messi a disposizione dell'Unione europea sul modello delle operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, laddove i contingenti nazionali sono messi a disposizione dagli Stati membri dell'Organizzazione sulla base di accordi *ad hoc*⁶⁷. Le norme che si applicano alle operazioni militari istituite dalle organizzazioni internazionali, al fine di ripartire la responsabilità tra i soggetti coinvolti, sono contenute nel Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali⁶⁸. Il Progetto sembra adattabile anche alle operazioni militari dell'Unione europea e, per quel

⁶² Dichiarazione dell'Unione europea all'atto della firma dello scambio di lettere tra l'Unione europea e la Repubblica delle Seychelles sulle condizioni e modalità del trasferimento delle persone sospettate di aver commesso atti di pirateria o rapine a mano armata dall'EUNAVFOR alla Repubblica delle Seychelles e del loro trattamento dopo tale trasferimento, *GUUE* L 315, 2 dicembre 2009, p. 43.

⁶³ In questo senso si veda R. GEISS, A. PETRIG, *op. cit.*, p. 206.

⁶⁴ Si veda Verwaltungsgericht Köln, sentenza dell'11 novembre 2009, causa n. 25 K 4280/09, www.justiz.nrw.de; A. NOLLKAEMPER, *German Court Finds the Transfer of Somali Pirates to Kenya to Be in Violation of Germany's Obligations Under International Law*, 9 dicembre 2011, www.shareproject.nl.

⁶⁵ V. sentenza dell'11 novembre 2009, cit., par. 76.

⁶⁶ *Ivi*, par. 71 s.

⁶⁷ In generale, sulle operazioni di *peacekeeping* della Nazioni Unite e la loro composizione v. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2010, VIII ed., p. 263.

⁶⁸ *International Law Commission, Responsibility of International Organizations. Texts and Titles of Draft Articles 1 to 67 Adopted by the Drafting Committee on Second Reading in 2011, A/CN.4/L. 778*, 31 maggio 2011 (d'ora in poi DARIO).

che riguarda il caso di specie, all'operazione *Atalanta* in particolare; l'adattabilità delle norme del Progetto all'Unione europea, tuttavia, è stata oggetto di dibattito, dal momento in cui l'allora Comunità europea – nell'inoltrare i propri commenti alla Commissione di diritto internazionale – aveva manifestato la volontà di vedere inclusa, nel Progetto, una *lex specialis* per l'Unione europea⁶⁹ che dettasse disposizioni *ad hoc* anche sul punto dell'attribuzione delle condotte, imponendosi essa stessa come soggetto responsabile in caso di violazioni del diritto internazionale⁷⁰. Va detto – come peraltro un certo orientamento della dottrina conferma⁷¹ – che la citata posizione della Comunità europea con riguardo al Progetto di articoli si riferiva essenzialmente all'allora pilastro comunitario – nello specifico l'adozione da parte degli Stati membri di misure di attuazione del diritto comunitario in settori di competenza esclusiva della Comunità⁷² – con esclusione, quindi, della Politica estera e di sicurezza comune e della politica comune di sicurezza e difesa⁷³. Ciò porta a ritenere che le attività dell'Unione europea in questo settore – inclusa, e a maggior ragione quindi, l'istituzione di operazioni militari – vadano assimilate a quelle delle organizzazioni classiche, Nazioni Unite *in primis* e che, quindi, le norme del Progetto siano applicabili⁷⁴.

⁶⁹ Nello specifico era stato richiesto che la Commissione di diritto internazionale avrebbe potuto “allow sufficient room for specificities of the European Union” in quanto “the draft articles, even taking into account of the commentaries, (...) do not adequately reflect the situation of regional economic organizations such as the European Union” (*Comments and Observations Received from International Organizations*, A/CN.4/637, 14 febbraio 2011, pp. 7 e 38).

⁷⁰ Cfr. *Comments and Observations Received from International Organizations*, A/CN.4/545, 25 giugno 2004, p. 18. In quella circostanza l'allora Comunità europea aveva affermato che essa costituiva un “legal order of its own, with comprehensive legislative and treaty-making powers, deriving from the transfer of competence from the member States to the Community level”.

⁷¹ Sul punto si vedano *inter alia* S. TALMON, *Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment?*, in M. RAGAZZI (ed.), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden-Boston, 2005, p. 405; nonché E. PAASIVIRTA, P. J. KUIJPER, *Does One Size Fit All? The European Community and the Responsibility of International Organizations*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2005, p. 169; F. HOFFMEISTER, *Litigating Against the European Union and Its Member States*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 723.

⁷² Sul punto, invero, occorre dire che l'Unione europea non gode di un controllo sulle misure di attuazione degli Stati membri tale da poter ritenere la condotta di questi ultimi attribuibile all'Unione e non ad essi (S. TALMON, *op. cit.*, p. 414). La prassi della Comunità, tuttavia, soprattutto con riguardo alle misure adottate dagli Stati membri in violazione degli accordi conclusi dall'UE con l'OMC, è sempre stata nel senso di ritenere tali misure attribuibili all'Unione piuttosto che agli Stati, al fine di garantire l'unità della rappresentanza internazionale dell'Unione e l'autonomia del suo ordinamento giuridico: cfr. E. PAASIVIRTA, P. J. KUIJPER, *op. cit.*, pp. 189-191. I commenti inoltrati dalla Comunità, in conclusione, riguardavano solo le aree di competenza esclusiva della stessa: cfr. F. HOFFMEISTER, *op. cit.*, p. 743.

⁷³ Ancora più nello specifico, la Comunità europea aveva declinato l'invito a inviare commenti sull'attribuzione delle condotte nell'ambito delle operazioni di *peacekeeping* motivando che la gestione di tali operazioni non rientrava tra le competenze della Comunità (A/CN.4/545, *cit.*, p. 16).

⁷⁴ In questo senso si vedano ancora E. PAASIVIRTA, P. J. KUIJPER, *op. cit.*, p. 174, secondo cui l'Unione europea “is in many ways a classical intergovernmental organization with problems si-

7. Il Commentario al Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali rivela come la disposizione più adatta ad attribuire le condotte nell'ambito delle operazioni di *peacekeeping* sia l'art. 7 ("Conducts of organs of a State or organs or agents of an international organizations put at the disposal of another international organization")⁷⁵. L'articolo in questione stabilisce come criterio per l'attribuzione di una condotta all'organizzazione internazionale quello del controllo effettivo, inteso come controllo *fattuale* ("factual control")⁷⁶.

Nel determinare il contenuto dell'art. 7 del Progetto, la giurisprudenza⁷⁷ e la dottrina⁷⁸ più recenti supportano quanto enunciato nel Commentario della Commissione di diritto internazionale e ricorrono ad un'interpretazione del criterio del controllo effettivo più vicina a quanto enunciato, in relazione al criterio stesso, dalla Corte internazionale di giustizia⁷⁹, discostandosi così dal filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza della Corte europea dei diritti umani nei casi *Behrami* e *Saramati*⁸⁰. L'attribuzione di una condotta nell'ambito di

milar to the UN in respect of peace-keeping and police action". Dello stesso orientamento si vedano anche A. SARI, R. A. WESSEL, *International Responsibility for EU Military Operations: Finding the EU's Place in the Global Accountability Regime*, in B. VAN VOOREN, S. BLOCKMANS, J. WOUTERS (eds.), *The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the EU?*, Oxford, 2012, di prossima pubblicazione, reperibile *on line*; R. A. WESSEL, L. DEN HERTOOGH, *EU Foreign, Security and Defence Policy: A Competence-Responsibility Gap?*, in M. EVANS, P. KOUTRAKOS (eds.), *International Responsibilities: EU and International Perspective*, Oxford, 2012, di prossima uscita, reperibile *on line*.

⁷⁵ Cfr. DARIO, art. 7: "The conduct of an organ of a State or an organ or agent of an international organization that is placed at the disposal of another international organization shall be considered under international law an act of the latter organization if the organization exercises effective control over that conduct".

⁷⁶ *International Law Commission, Report on the Work of its Sixty-Third Session (26 April to 3 June and 4 July to 12 August 2011)*, A/66/10, par. 88, p. 87.

⁷⁷ Si veda ad esempio Corte europea dei diritti umani, sentenza *Al Jedda*, par. 80; Corte d'appello de L'Aja (Olanda), sentenza del 5 luglio 2011, *Nuhanovic c. the State of the Netherlands*, par. 5.8.

⁷⁸ Si vedano, *inter alia*, T. DANNENBAUM, *Translating the Standard of Effective Control into a System of Effective Accountability: How Liability Should Be Apportioned for Violations of Human Rights by Member State Troop Contingents Serving as United Nations Peacekeepers*, in *Harvard International Law Journal*, 2010, p. 157.

⁷⁹ Sul concetto di controllo effettivo si vedano le note sentenze della Corte internazionale di giustizia nei casi *Nicaragua c. Stati Uniti* (sentenza del 17 giugno 1986, *Case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States Of America)*, in *ICJ Report*, 1986, p. 14) e nel c.d. *Genocide Case* (sentenza del 26 febbraio 2007, *The Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia-Erzegovina c. Serbia-Montenegro)*, *ivi*, 2007, p. 43).

⁸⁰ Corte europea dei diritti umani, decisione del 2 maggio 2007, *Behrami e Behrami c. Francia*, n. 71412/01, e *Saramati c. Francia, Norvegia e Germania*, n. 78166/01. Nelle decisioni appena menzionate, la Corte di Strasburgo ha interpretato il criterio del controllo effettivo di cui all'art. 7 (allora art. 5) del Progetto di articoli come "authority and control", stabilendo che il Consiglio di sicurezza fosse l'entità in grado di controllare le condotte poste in essere nell'ambito delle operazioni UNMIK e KFOR, in Kosovo, in quanto delegatario dei poteri *ex capitulo VII* della Carta delle Nazioni Unite. Per commenti alla sentenza si vedano P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite*

un'operazione di *peacekeeping* sarebbe, quindi, da decidersi a seguito di una valutazione fattuale atta a determinare quale soggetto – tra lo Stato e l'organizzazione internazionale – avesse la maggiore possibilità di influenza sulla condotta stessa⁸¹. Conseguente, da una simile impostazione, che in linea di principio una condotta possa essere attribuita allo Stato o all'organizzazione internazionale o, addirittura, simultaneamente a entrambi⁸².

Quanto detto con riguardo al controllo effettivo sembra potersi adattare anche al caso delle operazioni militari istituite dall'Unione europea e dell'operazione *Atalanta* nello specifico⁸³. Confinando a quest'ultima l'analisi, è possibile rinvenire nell'azione comune istitutiva alcuni elementi utili a definire lo *status* dei contingenti nazionali messi a disposizione dell'Unione europea; questi sono inseriti in una catena di comando che promana dal Consiglio che, assistito dall'Alto rappresentante per la politica estera, ha il potere di modificare gli obiettivi della missione e di terminarla. Sotto la responsabilità del Consiglio, il Comitato politico e di sicurezza esercita un controllo di tipo politico ed è competente per quanto riguarda la direzione strategica dell'operazione, avendo il potere di modificare, tra le altre cose, le regole d'ingaggio e la catena di comando⁸⁴. La direzione militare dell'operazione è affidata al Comitato militare dell'Unione europea che costituisce il punto di contatto con il Comandante della missione⁸⁵; quest'ultimo è nominato dal Consiglio⁸⁶, ma poteri relativi alla sua nomina spettano anche al Comitato politico e di sicurezza⁸⁷.

o autorizzate dalle nazioni unite davanti alla corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 681 ss.; G. C. BRUNO, *La Corte europea dei diritti umani e il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite: la decisione Behrami e Behrami e Saramati*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 187 ss.

⁸¹ Sul punto, la dottrina più recente – in linea con una certa giurisprudenza – ha affermato come il criterio del controllo effettivo – inteso come “factual control” – debba essere interpretato nel senso di attribuire una condotta lesiva dei diritti umani al soggetto che, al momento della commissione della condotta, fosse nella migliore posizione per prevenirla (“power to prevent”). Cfr. T. DANNENBAUM, *op. cit.*, p. 159; sentenza *Nuhanovic*, par. 5.18.

⁸² La giurisprudenza più recente ha accettato la “dual attribution” come corollario del controllo effettivo come già auspicato da una parte della dottrina (L. CONDORELLI, *Le statut des forces de l'ONU et le droit international humanitaire*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 897; A. SARI, *Jurisdiction and International Responsibility in Peace Support Operations: The Behrami and Saramati Cases*, in *Human Rights Law Review*, 2008, p. 160 s.): cfr. sentenza *Nuhanovic*, par. 5.9; sentenza *Al Jedda*, par. 81. Nel senso di ritenere che tali sentenze siano un'evoluzione verso la “dual attribution” si veda M. MILANOVIC, *Al Jedda*, cit., p. 219; per un approccio più cauto si veda A. NOLLKAEMPER, *op. cit.*, p. 1152-1154, che pur ritiene come la “dual attribution” sia un'evoluzione positiva e che ammette come solo il controllo effettivo – e non l’“ultimate authority and control test” – possa portare a una simile conclusione (p. 1153).

⁸³ In questo senso si veda R. A. WESSEL, L. DEN HERTOOGH, *op. cit.*, p. 11; *contra*, per i motivi che si vedranno *infra*, par. 8, e nel senso di ritenere troppo limitato il ricorso al criterio del controllo effettivo, si veda A. SARI, R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 22 s.

⁸⁴ Azione comune 2008/851/PESC, art. 6.

⁸⁵ *Ivi*, art. 7.

⁸⁶ *Ivi*, art. 3.

⁸⁷ *Ivi*, art. 6.

Nonostante ciò, la già citata recente sentenza del Tribunale amministrativo di Colonia ha ritenuto responsabile lo Stato tedesco per la violazione dei diritti umani di un individuo trasferito in Kenya da una fregata tedesca nell'ambito dell'operazione *Atalanta*. Dinanzi al Tribunale il Governo tedesco si è difeso adducendo che la condotta fosse da attribuirsi all'Unione europea⁸⁸, argomento rifiutato dai giudici amministrativi sulla base del fatto che la decisione sul trasferimento del ricorrente era stata presa solo da autorità tedesche⁸⁹. È chiaro come i giudici abbiano fatto ricorso al criterio del controllo effettivo per attribuire la condotta al governo tedesco valutando quale soggetto avesse effettivamente impartito gli ordini e seguito la vicenda⁹⁰.

8. La soluzione appena adombrata può comunque lasciare qualche dubbio sull'idoneità del criterio del controllo effettivo per l'attribuzione delle condotte nell'ambito dell'operazione *Atalanta* e, più nello specifico, laddove un individuo contesti la violazione degli accordi. Sul punto, si può affermare come nell'ambito dell'operazione *Atalanta* gli Stati fornitori dei contingenti godano di meno libertà rispetto alle classiche operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, soprattutto per quel che riguarda il trasferimento di presunti pirati, attività per la quale l'Unione europea ha concluso una serie di accordi che dettano regole e impongono obblighi. A tal proposito, occorre ancora dire che tali accordi trovano la loro base giuridica nell'art. 24 TUE *pre* Lisbona e nell'art. 37 TUE *post* Lisbona che conferiscono una competenza esclusiva all'Unione⁹¹ nell'ambito di una politica, la PESC, in cui, invece, le competenze sono parallele⁹². Prassi⁹³ e dottrina⁹⁴, poi, concordano sul punto che l'Unione europea – e non anche gli Stati

⁸⁸ Verwaltungsgericht Köln, sentenza dell'11 novembre 2009, par. 20 s.

⁸⁹ *Ivi*, par. 58. Il Tribunale rileva, inoltre, come tutta la documentazione fosse stata inviata al governo keniota dall'Ambasciata tedesca e non dall'Unione europea.

⁹⁰ La decisione del Tribunale amministrativo di Colonia ricorda una recente sentenza belga nella quale, nonostante la catena di comando delle Nazioni Unite dell'operazione UNAMIR, in Ruanda, è stato rilevato come, in presenza di ordini specifici da parte del comandante del proprio contingente nazionale, la condotta vada attribuita allo Stato, e non alle Nazioni Unite, sulla base del criterio del controllo effettivo. Cfr. Corte di prima istanza del Belgio, sentenza del 8 dicembre 2010, *Mukeshimana-Ngulinzira et al. c. Belgio*, par. 37 s.

⁹¹ Si veda in dottrina A. MIGNOLLI, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, 2009, p. 131 ss. e p. 206 ss.

⁹² R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 157; A. MIGNOLLI, *op. cit.*, p. 210 s.

⁹³ A questo proposito, è opportuno ricordare come l'Unione europea figuri come unica parte contraente in tutti gli accordi *ex art. 37 TUE* fin dal preambolo (ad esempio per tutti, si veda il trattato con Mauritius: "L'UNIONE EUROPEA (UE), da una parte, e LA REPUBBLICA DI MAURITIUS, in appresso "Mauritius", dall'altra, in seguito insieme denominate "le parti"). Inoltre, l'entrata in vigore degli stessi accordi è subordinata alla conclusione delle procedure interne alle singole parti contraenti – intese come l'UE e il Paese terzo –, nessuna procedura di ratifica interna agli Stati membri è prevista e la soluzione delle controversie è affidata a mezzi diplomatici tra l'Unione e lo Stato contraente. Infine, la pubblicazione di tali accordi nella serie "L" della Gazzetta ufficiale conferma definitivamente questo orientamento.

⁹⁴ C. TOMUSCHAT, *The International Responsibility of the European Union*, in E. CANNIZZARO

membri – sia unica parte contraente nella conclusione di tali accordi e ciò vale anche per quanto riguarda gli accordi di trasferimento.

In questo caso, quindi, si potrebbe quasi dire che l'UE abbia una sorta di controllo *normativo*⁹⁵ sull'attività dei contingenti messi a disposizione dagli Stati membri⁹⁶. A tal fine, sarebbe, quindi, auspicabile che la condotta di trasferimento fosse attribuibile all'Unione europea, per assicurare unità e coerenza nella sua azione esterna anche alla luce dell'affermazione, nell'art. 47 TUE, della personalità giuridica dell'Unione europea sulla scena internazionale⁹⁷.

Una possibile soluzione alle considerazioni sopra avanzate potrebbe essere quella di considerare i contingenti nazionali messi a disposizione dell'Unione europea nell'ambito dell'operazione *Atalanta* come *organi* dell'organizzazione e quindi ricorrere al criterio di attribuzione di cui all'art. 6 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali⁹⁸. Secondo alcuni autori⁹⁹ sarebbe possibile qualificare i contingenti come organi *de facto* dell'Unione europea, sulla base del controllo *normativo* di quest'ultima sui primi, che si fonderebbe, come già osservato, sul fatto che gli Stati membri nel mettere a disposizione dell'UE i propri contingenti accettino molti vincoli ulteriori rispetto a quelli che normalmente caratterizzano le operazioni di *peacekeeping* delle Nazioni Unite, tra cui, nel caso di specie quelli derivanti dagli accordi sul trasferimento dei pirati¹⁰⁰.

(eds.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 181 s.; A. SARI, *op. cit.*, p. 82; R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 159.

⁹⁵ Occorre dire, invero, che nell'ambito della Politica comune di sicurezza e di difesa l'Unione europea non può adottare atti normativi; la natura *normativa* del controllo qui ipotizzata è dovuta allo *status* giuridico che gli accordi di trasferimento acquisiscono nel diritto dell'Unione europea: essi sono parte integrante dell'ordinamento giuridico dell'UE in virtù dell'art. 216 TFUE e, in quanto tali, sono vincolanti per gli Stati membri.

⁹⁶ In questo senso, il controllo *normativo* dell'Unione europea sui comportamenti degli Stati membri è stato evocato, in dottrina, con riguardo al controllo dell'UE sugli atti dei suoi Stati membri in attuazione del diritto dell'Unione europea; è stato osservato come tale controllo esista quando “the Member States are under a duty not to overstep certain boundaries set by Union law”: F. HOFFMEISTER, *op. cit.*, p. 741 s.

⁹⁷ M. CREMONA, *Defining Competence in EU External Relations: Lessons from the Treaty Reform Process*, in A. DASHWOOD, M. MARESCAU (eds.), *op. cit.*, p. 38. Sul punto, la dottrina ritiene che già l'art. 24 TUE *pre* Lisbona fosse tale da implicare la soggettività dell'Unione europea sul piano internazionale: cfr. A. MIGNOLLI, *Art. 37 TUE*, in C. CURTI GIALDINO, *Codice dell'Unione Europea operativo. TUE e TFUE commentate articolo per articolo*, Napoli, 2012, p. 360; A. SARI, *op. cit.*, p. 55.

⁹⁸ DARIO, art. 6: “1. The conduct of an organ or agent of an international organization in the performance of functions of that organ or agent shall be considered an act of that organization under international law, whatever position the organ or agent holds in respect of the organization. 2. The rules of the organization apply in the determination of the functions of its organs and agents”.

⁹⁹ A. SARI, R. A. WESSEL, *op. cit.*, p. 20.

¹⁰⁰ *Ibidem*. In questo senso, verrebbe tracciato un parallelismo tra la giurisprudenza dell'OMC in relazione alla responsabilità dell'Unione europea per condotte dei propri Stati membri e la politica comune di sicurezza e difesa: nei casi dinanzi al *panel* dell'OMC gli Stati membri erano stati considerati come *organi* dell'Unione europea e così si vorrebbero considerare gli Stati che

Per quanto ciò possa affermare l'Unione europea come unico soggetto responsabile in caso di violazioni dei diritti umani, la soluzione non sembra adattarsi all'attuale struttura dell'operazione *Atalanta* e degli stessi accordi per il trasferimento dei presunti pirati. In primo luogo, al contrario di quelli messi a disposizione delle Nazioni Unite, i contingenti nazionali nell'ambito dell'operazione *Atalanta* non possono essere considerati come organi sussidiari dell'Unione europea, mancando una qualificazione interna degli stessi in questo senso¹⁰¹. Vieppiù, non sembra possibile qualificare gli stessi come organi *de facto* dell'Unione europea, perché il controllo *normativo* evocato non sembra essere così stringente nel caso in esame. Negli accordi sul trasferimento dei presunti pirati, infatti, viene genericamente individuato nell'EUNAVFOR il soggetto che decide sul trasferimento¹⁰²; negli articoli relativi alle definizioni viene chiarito che EUNAVFOR indica "i comandi militari dell'UE e i contingenti militari che contribuiscono all'operazione dell'UE *Atalanta*, i loro mezzi navali, aeromobili e loro risorse"¹⁰³. Ciò sembra implicare, già negli accordi che la decisione sul trasferimento possa essere presa tanto a livello di direzione militare – e quindi dall'Unione europea – quanto a livello nazionale, dimostrando come il controllo sulla condotta sia difficile da determinare *a priori* e rendendo necessario il ricorso al criterio del controllo effettivo.

9. Quanto fin qui detto dimostra come la tutela dei diritti umani nell'ambito dell'operazione *Atalanta* sia difficoltosa, nonostante gli accordi stipulati con i Paesi che si sono detti disponibili a processare i presunti pirati catturati dalle navi europee. Tali accordi soffrono di diverse lacune dal punto di vista delle procedure richieste dall'obbligo di *non refoulement*; tali lacune si riflettono anche nella questione relativa all'attribuzione delle eventuali condotte lesive: la mancanza di indicazioni precise sulle procedure da adottarsi nel trasferimento di un presunto pirata rende indispensabile il ricorso al criterio del controllo effettivo per la determinazione del soggetto responsabile.

Quest'ultima osservazione può aprire scenari importanti per quanto riguarda un'eventuale giurisdizione della Corte europea dei diritti umani sulla condotta degli Stati che materialmente effettuano il trasferimento, pur nell'ambito dell'o-

forniscono i contingenti nazionali nelle operazioni militari. Cfr. Organo di composizione delle controversie dell'OMC, rapporto del 15 marzo 2005, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, punti 7.98 e 7.269.

¹⁰¹ Ad esempio, il Tribunale ha chiarito che l'operazione EUPM in Bosnia non può qualificarsi come un organo dell'Unione europea. Cfr. ordinanza del Presidente del Tribunale del 22 luglio 2010, causa T-271/10 R, *H c. Consiglio e Commissione, Raccolta*, p. II-154 ss., punto 20: "Contrary to the argument advanced by the applicant, the EUPM cannot therefore be classified as a body, office or agency for the purposes of the first and fourth paragraphs of Article 263 TFEU".

¹⁰² Disposizioni relative alle condizioni del trasferimento di presunti pirati e di beni sequestrati dalla forza navale diretta dall'UE alla Repubblica del Kenya, art. 2, lett. b); accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 3, par. 3.

¹⁰³ Si veda ad esempio accordo tra l'Unione europea e la Repubblica di Mauritius, art. 2, lett. a).

operazione *Atalanta*. In attesa che venga realizzata l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti umani, la giurisdizione della Corte di Strasburgo – oltre a quella dello Stato di bandiera – sembra essere l'unico rimedio disponibile per sindacare il trasferimento dei presunti pirati sulla base degli accordi analizzati.

Abstract

The Transfer of Suspected Pirates in the Context of EUNAVFOR: The Agreements between EU and Third States

The article focuses on the agreements concluded by the EU for the transfer of suspected pirates captured in the context of EUNAVFOR to Kenya, Seychelles and Mauritius. After a brief introduction, the first part of the article explores the applicability of human rights treaties and of the principle of *non refoulement* to the transfer of suspected pirates. In this regard, a detailed description of the provisions contained in the above mentioned agreements is presented, in order to shed a light on the possible gap in the protection of fundamental rights. The second part of the article deals with the attribution of conducts when individuals suffer violation of the agreements taking into account the peculiar features of the regime created by the agreements within the context of EUNAVFOR. In this regard, the applicability of the effective control as the most suitable criterion is investigated, in order to ascertain the subject to whom the conduct is attributable.



Recensioni

Ugo Villani

Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo

Bari, Cacucci, 2012, pp. 149



Il volume qui segnalato raccoglie cinque pregevoli contributi che l'a. ha dedicato, negli anni più recenti, alla tutela internazionale dei diritti umani. Sebbene l'arco temporale indicato nel titolo vada dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in realtà il contenuto dei saggi va ben oltre: l'a. affronta, infatti, anche temi innovativi e particolarmente controversi, come, ad esempio, la responsabilità di proteggere (*responsibility to protect*). Il volume è, inoltre, completato con un'ampia ed accurata appendice documentaria che comprende, oltre ai testi della Dichiarazione universale e della Convenzione europea, il testo dei più importanti protocolli allegati a quest'ultima.

Esaminando il contenuto del volume, ci sembra che l'a. abbia voluto seguire idealmente il principio di sussidiarietà. Infatti l'opera risulta divisa in due parti: nella prima vengono affrontati aspetti specifici riguardanti la protezione dei diritti dell'uomo in ambito internazionale, nella seconda, invece, lo studio riguarda la protezione dei diritti umani prevista dalla Convenzione europea per concludersi con l'esame del valore di tale atto nell'ordinamento italiano.

Nel primo saggio, dopo aver richiamato le norme dello Statuto delle Nazioni Unite, l'a. esamina e valuta il contenuto della Dichiarazione universale, mettendo in evidenza l'ampliamento e l'approfondimento che tali diritti hanno avuto nei successivi atti internazionali che sono stati adottati. Più in particolare, vengono individuate le varie "generazioni" di diritti umani succedutesi nel tempo: dalla prima, costituita dai diritti civili e politici, alla seconda di cui fanno parte i diritti economici, alla terza che comprende i diritti propri dell'individuo e del popolo a cui appartiene e che possono essere riferiti essenzialmente al diritto all'autodeterminazione e al diritto allo sviluppo. Particolare attenzione viene dedicata, infine, ai c.d. diritti di quarta generazione, cioè quelli emersi sul terreno del tumultuoso sviluppo tecnologico e scientifico e da questo stesso sviluppo esposti al rischio di gravi violazioni. La raffinata cultura dell'a. gli consente, esaminando gli atti internazionali che hanno ad oggetto questi "nuovi" diritti, di dimostrare che essi trovano pur sempre nella Dichiarazione universale una matrice comune, un punto di riferimento fondamentale.

L'a., comunque, nell'ultima parte del lavoro non si nasconde che di fronte alla prassi di alcuni Paesi, anche "democratici", l'effettività della tutela internazionale dei diritti umani possa essere messa in discussione e che gli strumenti internazionali adottati possano rischiare di restare mere dichiarazioni di principio senza tradursi in reale tutela, ed in questo senso lancia un monito che tutti i governi dovrebbero accogliere.

Oggetto del secondo saggio è la giurisprudenza internazionale in materia di riserve ai trattati sui diritti umani, intendendo con il termine di giurisprudenza internazionale anche gli atti non vincolanti degli organi di controllo istituiti da tali trattati. Prendendo come punto di partenza il parere della Corte internazionale di giustizia del 1951 sull'ammissibilità delle riserve alla Convenzione internazionale sulla prevenzione e la repressione del genocidio del 1948, confermato negli articoli 19-23 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, si dimostra come tali organi abbiano sempre sottolineato la "specialità" dei diritti umani nell'ambito del diritto internazionale. Tale specialità trova conferma nell'affermazione, da parte degli organi internazionali, della loro competenza a pronunciarsi sulla validità delle riserve e nel consolidamento del metodo obiettivo di valutazione sull'ammissibilità delle riserve ai trattati sui diritti umani.

La giurisprudenza internazionale esaminata sembra fornire all'a. motivi di ottimismo ai fini di una più efficace protezione dei diritti umani. Ottimismo che, ci sembra, ceda il passo a una profonda preoccupazione nel terzo saggio del volume qui esaminato sull'intervento militare in Libia ed il nuovo e controverso concetto di responsabilità di proteggere. In particolare, dopo aver illustrato gli avvenimenti che hanno portato all'adozione della risoluzione 1973 del 17 marzo 2011 del Consiglio di sicurezza, l'a. si pone due importanti quesiti: se tale risoluzione sia conforme alla Carta delle Nazioni Unite ed al diritto internazionale ed, in secondo luogo, se l'intervento militare sia stato conforme all'autorizzazione del Consiglio di sicurezza. Una volta esaminati gli elementi che farebbero propendere per la legittimità della risoluzione, l'a. mette in evidenza come essa non possa essere ricondotta alla categoria, peraltro tuttora non puntualmente definita, di responsabilità di proteggere, in quanto manca di alcuni presupposti essenziali, quale, ad esempio, la ricerca di una soluzione pacifica attraverso la messa in opera degli strumenti diplomatici riconosciuti dall'ordinamento internazionale. Ancora più critico l'a. si dichiara nei confronti dell'intervento di alcuni Stati e della NATO, affermando, con logica stringente e con dovizia di argomentazioni, che tale intervento, pur nella presupposizione (errata) della legittimità della risoluzione 1973, appare, in ogni caso, difforme dai suoi obiettivi e dai mezzi da essa previsti. L'intervento militare in Libia, dunque, avendo violato la sovranità di questo Stato in quanto, fra l'altro, ha imposto con la forza un nuovo governo, non assume per nulla le caratteristiche di un intervento umanitario, ma di un atto di aggressione.

Per quanto riguarda la protezione dei diritti umani in ambito europeo, il saggio sulla tutela giudiziaria che tali diritti ricevono dalla Corte europea dei diritti dell'uomo si caratterizza sia perché vengono messe in evidenza le modifiche apportate nel tempo dai successivi protocolli adottati, sia in quanto le singole

norme della Convenzione vengono esaminate non solo tenendo conto della disposizione normativa, ma anche dell'interpretazione che di essa ne ha fatto la Corte. Così avviene per quanto riguarda l'ambito di applicazione della Convenzione (e quindi della competenza della Corte) che, secondo il principio generale di diritto internazionale dell'effettività, si estende, per giurisprudenza consolidata della Corte, oltre il territorio statale, comprendendo altresì territori appartenenti ad altri soggetti, ma su cui lo Stato chiamato in causa esercita un effettivo potere di controllo, ma anche per l'individuazione dei presupposti per l'adozione di misure provvisorie che, a partire dal 2003, sono state considerate dalla Corte stessa obbligatorie.

Il saggio si conclude esaminando il valore delle sentenze della Corte e la procedura della "sentenza pilota" in vigore dal 31 marzo 2011. Malgrado la loro natura dichiarativa, l'a. mette in luce come l'interpretazione delle disposizioni della Convenzione data dalla Corte assume valore (ma l'a. più incisivamente usa il termine autorità) di "cosa interpretata" che obbliga i giudici nazionali a conformarsi ad essa nell'interpretazione delle norme della Convenzione.

L'ultimo saggio affronta il problema del rango della Convenzione europea nell'ordinamento italiano in rapporto alle leggi ordinarie ed alla nostra Costituzione, in considerazione delle sentenze n. 348 e 349 emesse dalla nostra Corte Costituzionale il 24 ottobre 2007. Nel saggio, tuttavia, prima di affrontare il problema del rango delle norme della Convenzione, non si trascura di dar conto del problema se le disposizioni della Convenzione siano suscettibili di ricevere immediata applicazione nel nostro ordinamento, o se si renda necessario un intervento legislativo dello Stato. Dimostrata con convincenti e rigorose argomentazioni di diritto internazionale e di diritto interno, l'immediata applicazione della Convenzione nel nostro ordinamento, l'a. si occupa del rango delle norme in essa contenute, tenendo conto dello "spartiacque" rappresentato a tale proposito dalla legge costituzionale n. 3 del 2001, che all'art. 3 modifica l'art. 117, par. 1 della Costituzione nel senso che lo Stato e le regioni devono legiferare (anche) nel rispetto degli obblighi internazionali.

Dopo aver richiamato le note sentenze n. 348 e 349 del 2007 che attribuiscono alle norme della Convenzione (così come di tutti trattati internazionali) il rango di norme interposte (sub-costituzionale secondo l'a.), imponendo quindi al legislatore ordinario il limite del rispetto degli obblighi internazionali, l'a. si occupa del rapporto tra la Convenzione e la nostra Costituzione. A tal fine si mette bene in evidenza come possa essere diverso nei due testi "il grado di intensità" della protezione dei diritti umani e si sottolineano le conseguenze, certamente gravi, riguardanti l'obbligo dell'Italia di conformarsi alle sentenze della Corte, e, in generale, i rapporti tra la Corte europea e la nostra Corte Costituzionale. D'altra parte, come viene sottolineato nel saggio in esame, il ruolo della Convenzione europea nell'ordinamento italiano non deve valutarsi con esclusivo riferimento alle norme in essa contenute, ma bisogna sempre tener conto della loro interpretazione da parte della Corte. Di particolare interesse è l'importanza che l'a. individua nella necessità che le norme interne siano interpretate in modo conforme alla Convenzione, "piegandole" in modo

da conciliarle con la Convenzione, naturalmente nel caso in cui tale incompatibilità non sia insanabile. Il valore della Convenzione nell'ordinamento italiano viene, infine, esaminato nel caso in cui una sentenza della Corte sia invocata per ottenerne l'esecuzione in un processo interno. A tale proposito vengono esaminate le sentenze della Corte di cassazione del 3 ottobre 2006 nel caso *Somogy* e del 25 gennaio 2007 nel caso *Dorigo*, in cui si afferma l'obbligo del giudice italiano di conformarsi alla pronuncia della Corte europea di accertamento di un diritto garantito dalla Convenzione, anche se ciò può comportare la "neutralezzazione" della sentenza italiana passata in giudicato. In questo senso degna di attenzione è la proposta che viene avanzata dall'a. in conclusione del saggio: attribuire al Governo il compito di predisporre un disegno di legge da presentare al Parlamento secondo una determinata periodicità in modo da garantire la conformità dell'ordinamento italiano alle pronunce della Corte. Una sorta di legge comunitaria relativa ai diritti umani.

Il volume si caratterizza per la completezza della trattazione, non priva di rilievi critici riguardo la reale ed effettiva tutela dei diritti umani. Ma seguendo il suo filo conduttore ideale, ispirato ad una sorta di principio di sussidiarietà di cui parlavamo all'inizio, l'a. dimostra come le disposizioni internazionali abbiano una doppia valenza: se da un lato, per divenire effettive, debbono trovare conferma negli ordinamenti interni, nello stesso tempo ne diventano, in un certo modo, principi fondamentali. Se è vero che l'educazione ai diritti umani e la loro cultura sono il migliore strumento per promuovere e favorirne la loro effettività, lo studio del volume di Ugo Villani rappresenta per tutti un'imprescindibile necessità.

Lina Panella

Bruno Nascimbene, Fabrice Picod
(sous la direction de)

L'Italie et le droit de l'Union européenne / L'Italia e il diritto dell'Unione europea



Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 368

La pubblicazione degli atti dell'Incontro di studi italo-francese, tenutosi il 12-13 giugno 2009 a Courmayeur, testimonia una felice occasione di confronto tra studiosi dei due Paesi, che hanno tanto contribuito sin dai suoi inizi all'originalità della costruzione giuridica dell'Unione europea.

Il volume si occupa dell'integrazione europea nella prospettiva dell'ordinamento italiano. Particolare attenzione è dedicata al ruolo delle regioni italiane nel processo di adattamento e di attuazione del diritto dell'Unione, specialmente nei settori dell'ambiente e degli aiuti di Stato.

Le specifiche problematiche collegate alle caratteristiche di ciascun ordinamento nazionale costituiscono il risultato non solo dei differenti percorsi interpretativi seguiti da ciascuna Corte costituzionale, ma anche del concreto funzionamento dei meccanismi di adempimento degli obblighi di appartenenza al sistema giuridico dell'Unione. L'analisi è concentrata sui punti di forza e debolezza del sistema italiano, nonché sulla modalità e intensità del rispetto di tali obblighi (da parte del legislatore, dell'amministrazione e del giudice). I risultati appaiono di grande interesse e utilità, anche al fine di migliorare l'effettività del diritto dell'Unione e di dare concreta attuazione al principio di leale cooperazione. La ricostruzione sistematica delle questioni giuridiche affrontate dimostra la persistente difficoltà di interazione tra ordinamenti italiano e dell'Unione, a cui si aggiunge la complessità della partecipazione delle regioni soprattutto nella fase discendente (ancor più in settori come quello dell'ambiente e degli aiuti di Stato).

Gli importanti contributi sono animati da un approccio unitario allo studio delle fasi sovranazionale e nazionale dell'integrazione europea. Il metodo di "abbinamento" di autori italiani e francesi sul medesimo tema produce poi una naturale "messa in discussione" di modelli istituzionali consolidati e stimola ulteriormente il dibattito a livello scientifico e di politica del diritto.

Significative le questioni affrontate nel volume: la posizione della Corte costituzionale italiana sul rapporto tra ordinamenti (Roberto Mastroianni, Joël Rideau); il rinvio pregiudiziale (Massimo Condinanzi, Jacques Ziller); l'obbligo di interpretazione conforme (Luigi Daniele, Jean-Paul Jacqu ); la responsabilit 

dello Stato per atto del giudice (Girolamo Strozzi, Laurent Coutron); le infrazioni (Luigi Fumagalli, Delphine Dero Bugny); i problemi ambientali con specifico riferimento alle Alpi (Marco Onida, Michele Vellano); gli aiuti di Stato in materia ambientale e le competenze regionali (Ornella Porchia).

Giandonato Caggiano

Luigi Daniele

Diritto del mercato unico europeo

Milano, Giuffrè, 2012, II ed., pp. XXIII-448



Il volume di Luigi Daniele offre a studenti, studiosi ed esperti un'articolata e approfondita mappa della materia, la cui importanza è ben evidenziata da una delle frasi iniziali dell'a.: "Il mercato unico è stato ed è tuttora il vero motore dell'integrazione europea, senza il quale nulla o quasi nulla di quanto è stato finora realizzato sarebbe stato immaginabile".

Con metodo rigoroso e straordinaria chiarezza espositiva, l'a. ricostruisce il contributo delle sentenze più significative della Corte di giustizia (spesso approfondite in appositi sotto-paragrafi), enucleandone così il fondamentale contributo alla costruzione dei principi del mercato. Tale giurisprudenza, sotto il determinante impulso delle conclusioni degli Avvocati generali, ha provveduto a dare flessibilità e coerenza al sistema giuridico europeo ed ha consentito di ridurre la necessità dell'intervento del legislatore dell'Unione (peraltro non sempre raggiungibile per la regola dell'unanimità).

Nella parte generale, l'a. dedica specifica attenzione alle novità programmatiche, legislative e giurisprudenziali partendo da un inquadramento della materia tra le nozioni generali dell'Unione doganale e della cittadinanza dell'Unione. Molti e continui sono i progressi nell'armonizzazione legislativa (integrazione positiva) e nella individuazione chiara e precisa dei divieti, in capo agli Stati membri e alle imprese, di creare o conservare ostacoli alla circolazione di merci, persone, servizi e capitali nonché il libero gioco della concorrenza (integrazione negativa). Segue l'esposizione dei concetti fondamentali di discriminazioni dirette e indirette, formali e materiali, normative indistintamente applicabili e ostacoli tecnici. Particolarmente significativo è il test che l'a. definisce l'approccio globale (valido cioè per tutte le libertà fondamentali) alla nozione di ostacolo alla libera circolazione, sottoposto a quattro condizioni: normativa indistintamente applicabile, esistenza di un ostacolo alla libera circolazione, giustificazione sulla base di un motivo superiore di interesse pubblico o generale, rispetto del principio di proporzionalità.

Nel settore della libera circolazione delle merci, il secondo capitolo ricostruisce il concetto di misura di effetto equivalente e le caratteristiche della giurisprudenza *Keck*. Nell'ambito specifico della protezione della proprietà industriale e commerciale approfondisce il concetto di esistenza ed esercizio del

diritto. Evidenzia poi l'evoluzione della problematica dei monopoli pubblici. Sulla libera circolazione delle persone, il terzo capitolo è dedicato all'evoluzione del concetto di lavoratore e alla nozione di familiari, al diritto di soggiorno e parità di trattamento, al divieto di discriminazioni indirette in base alla nazionalità, alle deroghe previste dal TFUE. Sul diritto di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, il quarto capitolo sottolinea differenze e analogie di funzionamento, approfondendo i ragionamenti giuridici della Corte di giustizia (test *Webb* e *Gebardt*, criterio aggiuntivo dell'accesso al mercato). Di grande attualità, poi, l'esame dell'impatto della direttiva generale servizi e della questione del riconoscimento delle qualifiche professionali.

Nel funzionamento del mercato rientra a pieno titolo il diritto della concorrenza, di cui si indicano nel quinto capitolo gli aspetti fondamentali con ampi collegamenti alla "modernizzazione". Una parte rilevante è dedicata alle pratiche abusive e alle procedure per l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE. Infine, nell'ultimo capitolo si indicano gli elementi distintivi della disciplina degli aiuti pubblici alle imprese (caratteristiche, indagini, decisioni, ricorsi e recupero).

In conclusione, intendiamo evidenziare l'importanza politico-istituzionale di un'analisi delle caratteristiche e del funzionamento del mercato unico, come quella condotta in questo ottimo volume. Il mercato unico rappresenta, oggi più che mai, lo strumento prioritario dell'Unione europea per promuovere la crescita e l'occupazione e per la stabilità dell'economia degli Stati membri. La stessa crisi dell'Euro mette in luce quanto sia determinante il funzionamento di un mercato senza frontiere interne, che determini la massima circolazione dei fattori produttivi. Infatti, l'argomento che *oborto collo* muove alcuni Stati membri alla decisione di attivare la solidarietà finanziaria a favore di altri Stati membri in difficoltà, appare legato proprio alla volontà di conservare e garantire l'accesso al mercato unico, soprattutto in chiave di esportazioni di merci e servizi.

Giandonato Caggiano

Francesca Ferraro

Libertà e sicurezza nell'Unione europea tra età moderna e globalizzazione

Pisa, Pisa University Press, 2012, pp. 200



La crisi incalza il processo di integrazione europea, anche se appare ora provvisoriamente sotto traccia. Ma i processi di crisi, come annota, fin dall'inizio, Francesca Ferraro, possono sia rivelarsi distruttivi sia fornire occasione di nuovi pensieri, nuove elaborazioni o, su tutt'altro versante, di decisioni efficaci. Tutto è come sospeso, ma ciò che sicuramente è inammissibile è far prevalere il vuoto e il fatalismo. Per chi studia l'Europa e il suo inestricabile labirinto in cui sempre si rischia di sperdersi è il momento di analisi coraggiose, di riflessioni che rompano la crosta grigia in cui talvolta tutto sembra impantanarsi. L'Europa ha bisogno di pensiero, come sempre quando attraversa sentieri impervi di cui non si vede lo sbocco. Il libro che qui discuto (pubblicazione della Collana della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, con una impegnata Prefazione del Prof. Peter Schiffauer, segretario della commissione Affari costituzionali del Parlamento europeo) porta un contributo per molti aspetti inconsueto a un tema carico di connessioni, di tensioni che dalla teoria si prolungano verso l'organizzazione effettiva della vita comune del continente. Il nucleo centrale affronta il tema dello spazio "comune" europeo e il suo problematico rapporto con il vecchio "territorio", in cui si esercitava esclusiva la sovranità nazionale. Ma le sue propaggini si spingono oltre, fino ad affrontare quel nodo inquietante che è il nesso sicurezza-libertà in uno spazio, appunto, che ha rotto la durezza delle vecchie frontiere e dove si muove un mondo che non ha più confini formati e chiusi, ma non per questo è diventato una ecumene dove la benevolenza e il cosmopolitismo la vincono su tutto.

Ora, l'aspetto inconsueto del libro, che in questo senso costituisce un vero contributo, è dato anzitutto dai capitoli dedicati al rapporto fra spazio e territorio, ricostruito lungo un percorso che va da Immanuel Kant fino ad Habermas, attraverso autori diversi, scelti con sapienza e con fantasia qualche volta piacevolmente avventurosa, ma che nell'insieme offrono, da punti di vista molto diversi e da autori che hanno poco in comune (ecco l'interesse delle scelte operate), la dimensione del problema, che può esser rappresentato nel modo seguente: turbolento sempre è stato il rapporto fra il territorio esclusivo dello Stato, dove si esercitava esclusiva la sua sovranità, e gli spazi che si aprivano oltre di esso, ora un rapporto più aperto, più comprensivo, ora chiuso entropicamente in se stesso.

Gli autori scelti per ricostruire questo problema hanno tutti, in direzioni e con approcci diversi, la consapevolezza che qualcosa si stava smuovendo, mettendo in discussione la rigidità dei confini. Insomma, registravano una crisi della territorialità.

Kant già guardava a uno spazio cosmopolita, pur preservando la sovranità degli Stati, e qui c'è, per l'autrice, la radice del problema: egli ebbe lo sguardo lungo sulla storia del mondo e capì che su questa terra limitata bisognava coesistere e riconoscersi reciprocamente; Habermas, che è il vero erede di questa posizione, ha spinto la sua analisi, in parte anche sulla scia di Hans Kelsen, fino alla definizione di uno spazio post-nazionale dove si possa esercitare una cittadinanza non offuscata da vecchie passioni puramente "nazionali". In mezzo, tante posizioni problematiche che mostrano come la "territorialità", pur restando un cardine o, come diceva il vecchio Diritto pubblico, un "elemento" dello Stato, traballava ed era costretta a ripensare se stessa di fronte a quegli elementi di mondializzazione della storia che emergevano sotto la spinta della "grande trasformazione", per richiamare il titolo del classico testo di Polanyi, cui nel libro c'è un riferimento assai pregnante. Infatti, gli aspetti più interessanti di questa ricostruzione storica (che incontra anche autori come Hannah Arendt, Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller: ma qui non possiamo dar conto di tanti appropriati riferimenti), riguardano un gruppo di autori italiani, da Santi Romano a Donato Donati – un grande giurista dimenticato – ad Antonio Gramsci che, in un giro d'anni compreso nei primi decenni del secolo scorso, si avvidero di quanto problematica stesse diventando l'idea di territorialità e di quanto il rapporto esclusivo fra territorio e Stato dovesse essere ripensato (ognuno, certo, con i propri strumenti e con le proprie soluzioni).

Ma poi il lavoro dell'autrice va oltre, mostrando come la fondazione dello Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) nei Trattati europei raccoglie il senso di quella crisi e di quei "turbamenti" e come la decisione di fondare uno "spazio europeo" spinga l'acceleratore sulla costruzione di un "luogo" dove si sviluppa una nuova qualità dei problemi: esso diventa il luogo di esercizio di una cittadinanza; il luogo dove si incontrano e si intrecciano ordinamenti giuridici diversi (una intuizione che fu di Santi Romano); dove il rapporto fra legge e sovranità perde il proprio carattere esclusivo, e diventano efficaci leggi provenienti da altri ordinamenti; dove la Corte di giustizia opera con una libertà e profondità che mai si era potuta avere in precedenza. E qui il riferimento è alla sapiente previsione di Joseph Weiler sul tema.

Un contributo particolarmente acuto giunge, mi pare, verso la conclusione del volume, quando l'a. accenna a un tema che meriterà altra ricerca, ossia la possibilità di cogliere, nello SLSG, l'embrione di quello "spazio pubblico" europeo che, comunemente, è riferito ad altre forme di "comunicazione" organizzata: dai media ai partiti e in generale a una opinione pubblica. Uno spazio "eterogeneo", come l'a. lo definisce sulla scia di una letteratura ricca, fatto anch'esso di tensione fra spazi nazionali e spazio europeo, tende a ritrovare le ragioni della propria unità, ma qui l'invito è a leggere direttamente le pagine importanti dedicate al tema. Spesso non si è valutato a sufficienza come lo spazio giuridico sia

condizione dello spazio di cittadinanza, e questa sia, a sua volta, la condizione di altri momenti di vita comune organizzata, e che dunque senza la crescita dello SLSG allo spazio pubblico verrebbe a mancare, per dir così, la base giuridica, l'atmosfera elementare in cui esistere: non basta, insomma, lo sviluppo del dibattito pubblico (che la crisi ha certamente portato, nel bene e nel male, assai avanti) perché lo spazio pubblico cresca. È necessario che si sviluppi lo spazio di cittadinanza garantita, altrimenti in quello spazio si muovono fantasmi di forze senza consistenza.

Tutto questo processo è anch'esso carico di tensioni e non solo di risposte e soluzioni. E come sarebbe possibile diversamente? Ogni elemento d'integrazione, soprattutto quando va a toccare formidabili e persistenti sensi di appartenenza, gelosa custodia di sovranità, sentimenti nazionali non ancora dispersi, crea la propria controfaccia, mette in moto zone di resistenza. Fra tutti i temi ne emerge uno decisivo, nella lettura, cui accennavo all'inizio: la dialettica fra libertà e sicurezza, relazione anch'essa classica, già nella fondazione dello Stato moderno, e che ora prende altre forme, anche se vi permane qualcosa di originario nel conflitto fra due "diritti" (anche la sicurezza lo è, sottolinea l'autrice, come sapeva già Thomas Hobbes), l'uno che tende a limitare l'altro. Qui c'è un vero atto di fiducia sul primato della libertà nel sistema europeo, anch'esso tema affascinante, sul quale tornare. Curiosamente, il richiamo principale è ad Adam Smith (si potevano scegliere altri autori), ma la cosa si spiega: nel libro si vuol valorizzare, contro una tendenza prevalente, il fatto che il mercato può essere anche creatore di diritti e non solo di selvaggia concorrenza. E chi meglio di Smith lo poteva confermare?

Forse, oggi, la controfaccia di questo problema si presenta con maggiore asprezza che in passato; il gioco delle forze finanziarie sembra irretire il principio di "libertà", creargli intorno una difficoltà, una gabbia invalicabile, e forse andrebbe approfondita questa nuova dimensione del problema legata anche ai temi della cittadinanza sociale, all'accentuarsi del bisogno di più "sicurezza" nella crisi degli Stati sociali, dove si apre uno scenario relativo alla stessa democrazia europea. Ma qui, nel libro, la questione è di principio. E condivido con l'a. la posizione che, nella costruzione europea, sia bene tenere ferma l'idea di un primato della libertà che, certo, dovrà misurarsi con ciò che questo lemma rappresenta anche esistenzialmente, ma che non può essere abbandonato, come idealtipo che raccoglie il meglio della coscienza europea.

Dicevo già che si tratta di un contributo inconsueto, tra diritto costituzionale europeo, storia delle idee e filosofia, il che è già in sé un indice di interesse: proprio gli studi europei stanno rompendo i vecchi confini disciplinari, obbligano ad acrobazie storico-concettuali utili a stabilire un nuovo terreno di analisi. Si tratta quasi di esperimenti "in vivo" da seguire con molta attenzione, e il libro della Ferraro costituisce, anche da questo punto di vista, un esempio intelligente. Letto il libro, si vorrebbe sapere qualcosa di più sul destino della sovranità e sulle sue forme di funzionamento in una realtà come quella disegnata. Acquisito che il rapporto fra sovranità e legge è mutato anche per come funziona lo spazio comune di cittadinanza (e qui si scorge la sua straordinaria importanza anche

“architettonica”), accertato che in quello spazio si muovono ordinamenti giuridici intrecciati, e decisioni che stanno fra l’intergovernativo e il comunitario, il tema della sovranità politica torna in tutta la sua portata classica. Né può sparire dalla scena, chiedendo scusa per il suo passato, né può esser riposto nelle algide forme dell’unità di comando e di decisione. È possibile “condividere” sovranità? O si tratta di un modo elegante di rendere il concetto obsoleto? Ma con che cosa lo si sostituisce? Questi interrogativi rimangono aperti, ma ogni libro lascia aperti proprio gli interrogativi che nascono dalla sua capacità di portare più avanti il problema trattato: da ogni problema ne germina un altro, è questo il senso della ricerca. Questo libro, proprio per il suo rigore e serietà di ricerca e analisi, non sfugge a questa regola. Ci attendiamo che il prossimo lavoro dell’a. vada a riaprire il problema indicato, ma anche qui vale il principio europeo di “libertà” di scelta.

Biagio de Giovanni

Libri ricevuti

Massimo Annati, Tullio Scovazzi (a cura di), *Diritto internazionale e bombardamenti aerei*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XII-418.

Alessandra Annoni, *L'occupazione «ostile» nel diritto internazionale contemporaneo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XV-335.

Sergio Bartole, Pasquale De Sena, Vladimiro Zagrebelsky, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2012, pp. XXI-941.

Maria Caterina Baruffi, Isolde Quadranti (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. VIII-256.

Filadelfio Basile, Pilato Manuela (a cura di), *Per costruire l'unità. Studi sull'Italia e l'integrazione europea di fronte alla nuova governance mondiale in occasione del 150° anniversario dell'Unità d'Italia*, Bari, Cacucci, 2012, pp. 493.

Angelica Bonfanti, *Imprese multinazionali, diritti umani e ambiente. Profili di diritto internazionale pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XX-434.

Fabio Bortolotti, *Il contratto internazionale. Manuale teorico-pratico*, Padova, Cedam, 2012, pp. XX-401.

Susanna Cafaro, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XII-244.

Enzo Cannizzaro, *Diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XXI-508.

Carlo Cardia, Italo Garzia, Vittorio Parlato, Silvio Suppa, Giovanni B. Varnier, Stefano Dambruoso, Roberta Santoro, Paolo Stefanì, Alberto Fabbri, Gaetano Dammacco, *Oltre i confini. Religione e Società nell'Europa contemporanea*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 314.

Gabriella Carella, Giovanni Cellamare, Luciano Garofalo, Pietro Gargiulo, Giuseppina Pizzolante, Annita Larissa Sciacovelli, Raffaella Di Chio, *L'immigrazione e la mobilità delle persone nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Monduzzi Editoriale, 2012, pp. XV-269.

Giorgio Conetti, *Scritti di diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. XXIV-408.

Benedetto Conforti, Carlo Focarelli, *Le Nazioni Unite*, Padova, Cedam, 2012, IX ed., pp. XXXIII-499.

Carlo Curti Gialdino (diretto da), *Codice dell'Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo, con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, Gruppo Editoriale Simone, 2012, pp. 2560.

Mariarosa Cutillo, Rebecca Faugno, Tullio Scovazzi (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa in tema di diritti umani e protezione dell'ambiente. Il caso dell'India*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XIII-310.

Angela Del Vecchio (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. 448.

Luigi Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, Giuffrè, 2012, II ed., pp. XXIII-448.

Gabriele Della Morte, *Le amnistie nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2012, pp. XVIII-317.

Adriana Di Stefano, Rosario Sapienza (a cura di), *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. XV-586.

Massimo Fragola (a cura di), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. XII-218.

Edoardo Greppi, Enrica Pagella (a cura di), *Sir James Hudson nel Risorgimento italiano*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, pp. 355.

Alessandra Lanciotti, Attila Tanzi (a cura di), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, Jovene, 2012, pp. X-504.

Antonio Leandro, *La validità della sentenza internazionale nelle controversie fra Stati*, Padova, Cedam, 2012, pp. XVI-257.

Umberto Leanza, Ida Caracciolo, *Il diritto internazionale: diritto per gli Stati e diritto per gli individui. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2012, III ed., pp. XXV-483.

Geo Magri, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo: limiti e obblighi di restituzione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, pp. IX-153.

Maria Rosaria Mauro, *Il principio di giurisdizione universale e la giustizia penale internazionale*, Padova, Cedam, 2012, pp. XVI-276.

Marco Pacini, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XII-268.

Emilio Pagano, *Diritto internazionale privato. Parte Generale e Diritto di famiglia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, IV ed., pp. IX-328.

Emilio Pagano (a cura di), *Saggi di diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 203.

Leonardo Pasquali, *Il contributo delle organizzazioni regionali al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale con mezzi non implicanti l'uso della forza*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XVII-318.

Mauro Pennasilico (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. XXXIV-1590.

Valentina Petralia, *Equo processo, giudicato nazionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. VI-373.

Deborah Russo, *L'efficacia dei trattati sui diritti umani*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XVI-319.

Lidia Sandrini, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, Padova, Cedam, 2012, pp. XVIII-483.

Elena Sciso, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, Giappichelli, 2012, II ed., pp. XVII-320.

Tullio Scovazzi, Benedetta Ubertazzi, Lauso Zagato (a cura di), *Il patrimonio culturale intangibile nelle sue diverse dimensioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XX-374.

Massimo Starita, *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XII-247.

Giuseppe Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2012, VII ed., pp. XXVIII-957.

Antonio Tizzano, *I "grands arrêts" della giurisprudenza dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XXVI-378.

Sara Tonolo, *Il principio di uguaglianza nei conflitti di leggi e di giurisdizioni*, Milano, Giuffrè, 2012, pp. XV-293.

Seline Trevisanut, *Immigrazione irregolare via mare. Diritto internazionale e diritto dell'Unione europea*, Napoli, Jovene, 2012, pp. XIX-349.

Caterina Tuosto, *Il sistema delle Nazioni Unite per la tutela dei diritti umani. Limiti e proposte di riforma*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. VII-309.

Benedetta Ubertazzi, *Exclusive Jurisdiction in Intellectual Property*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. XVIII-341.

Antonio Uricchio (a cura di), *Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali*, Bari, Cacucci, 2011, pp. 479.

Indice degli autori



Paolo FOIS

emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Sassari

Gian Luigi TOSATO

emerito di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Andrea DE GUTTRY

ordinario di Diritto internazionale nella Scuola Superiore di Studi Universitari e Perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa

Giandonato CAGGIANO

straordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma Tre

Cristina FASONE

assegnista di ricerca in Diritto pubblico nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Nicola LUPO

ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Monica LUGATO

ordinario di Diritto internazionale nella LUMSA di Roma

Giovanni MORO

presidente FONDACA; docente di Sociologia politica nell'Università degli studi di Roma Tre

Lucia MAZZUCA

ricercatore FONDACA

Roberto RANUCCI

ricercatore FONDACA

Angela DI STASI

ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Salerno

Rossana PALLADINO

docente a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Salerno

Gianpaolo Maria RUOTOLO

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Foggia

Valeria DI COMITE

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Giovanni CELLAMARE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Patrizia DE PASQUALE

ordinario di Diritto dell'Unione europea nella LUM "Jean Monnet" di Casamassima

Fabio FERRARO

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Federico II

Alessandra MIGNOLLI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Nicola COLACINO

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università "Niccolò Cusano" di Roma

Paolo VENTURI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Siena

Chiara GABRIELLI

dottore di ricerca in Diritto europeo nell'Università degli studi di Roma Tre

Claudia MORINI

assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Chiara SISLER

dottore di ricerca in Diritto internazionale e Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Andrea SPAGNOLO

assegnista di ricerca in Diritto internazionale nell'Università della Valle d'Aosta



Indice del Volume VII (2012)

ARTICOLI

Giandonato CAGGIANO Il bilanciamento tra libertà di circolazione dei fattori produttivi ed esigenze imperative degli Stati membri nel mercato interno	
Biagio DE GIOVANNI L'Europa, oggi	9
Andrea DE GUTTRY Duty of Care of the EU and Its Member States towards Their Personnel Deployed in International Missions	
Ugo DRAETTA Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea?	23
Valeria DI COMITE Il desiderio di "vivere insieme" e il mancato diritto al ricongiungimento familiare per i cittadini europei "statici" alla luce del caso <i>Dereci</i>	463
Angela DI STASI, Rossana PALLADINO La perdurante frammentarietà dello "statuto" europeo del soggiornante di lungo periodo tra integrazione dei mercati ed integrazione politico-sociale	375
Cristina FASONE, Nicola LUPO Il Parlamento europeo alla luce delle novità introdotte nel Trattato di Lisbona e nel suo regolamento interno	329
Paolo FOIS Dall'armonizzazione all'unificazione dei diritti interni nell'Unione europea. Valutazione critica di una tendenza in atto	237
Marco LOMBARDO I contratti di fornitura a lungo termine nel diritto europeo dell'energia tra concorrenza e sicurezza	105
Monica LUGATO Riflessioni sulla base giuridica del margine di apprezzamento statale nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo	359
Giovanni MORO, Lucia MAZZUCA, Roberto RANUCCI The Single Currency and European Citizenship	411
Luca PALADINI L'Unione europea all'Assemblea generale dell'ONU: un vecchio osservatore con nuovi poteri?	85
Nicoletta PARISI Tecniche di costruzione di uno spazio penale europeo. In tema di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie e di armonizzazione delle garanzie procedurali	33

Angela Maria ROMITO Il difficile dialogo tra Corte di giustizia dell'Unione europea e giudice interno in tema di decorrenza del termine di prescrizione	59
Gianpaolo Maria RUOTOLO La costituzione economica dell'Unione europea al tempo della crisi globale	437
Gian Luigi TOSATO I vincoli europei sulle politiche di bilancio	
NOTE E COMMENTI	
Elisabetta BERGAMINI Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il nuovo regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale	181
Giovanni CELLAMARE Brevi note sulla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nell'affare <i>Hirsi Jamaa e altri c. Italia</i>	491
Nicola COLACINO Ammissibilità e limiti del sindacato giurisdizionale diffuso sulle sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza	565
Patrizia DE PASQUALE Misure nazionali di rimpatrio e diritto dell'Unione europea: da <i>El Dridi</i> ad <i>Achughbaban</i>	509
Fabio FERRARO Il nuovo istituto di democrazia partecipativa e le sue prime applicazioni	523
Chiara GABRIELLI La nozione di giurisdizione extra-territoriale alla luce della recente giurisprudenza	603
Giannangelo MARCHEGIANI Sulla competenza del Tribunale dell'Unione europea nei confronti della BEI in materia di appalti	127
Pieralberto MENGOZZI I rimedi procedurali in materia di appalti pubblici, l'autonomia procedurale degli Stati membri dell'UE ed il caso <i>Symvoulis</i>	137
Alessandra MIGNOLLI Il progetto di accordo di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: alcuni spunti di riflessione	541

Giuseppe MORGESE Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronunzia della Corte di giustizia nel caso <i>N.S. e altri</i>	147
Claudia MORINI L'azione dell'Unione europea in materia di diritti procedurali di indagati e imputati in procedimenti penali	631
Teresa MOSCHETTA Gli investimenti nel mercato interno dell'energia: questioni di compatibilità con gli obblighi internazionali degli Stati membri	163
Chiara SISLER La competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in relazione ad accordi misti: una proposta di ricostruzione	651
Andrea SPAGNOLO Il trasferimento di presunti pirati nell'ambito dell'operazione <i>Atalanta</i> : gli accordi tra l'Unione europea e i Paesi terzi	669
Paolo VENTURI Sugli sviluppi del caso <i>Ferrini</i> nel quadro dell'UE: l'ordinanza nella causa <i>Currà e altri c. Germania</i>	593
RECENSIONI	
Luigi DANIELE, <i>Diritto del mercato unico europeo</i> , Milano, Giuffrè, 2012, II ed. (G. Caggiano)	697
Francesca FERRARO, <i>Libertà e sicurezza nell'Unione europea tra età moderna e globalizzazione</i> , Pisa, Pisa University Press, 2012 (B. de Giovanni)	699
Bruno NASCIBENE, Fabrice PICOD (sous la direction de), <i>L'Italie et le droit de l'Union européenne / L'Italia e il diritto dell'Unione europea</i> , Bruxelles, Bruylant, 2010 (G. Caggiano)	695
Ennio TRIGGIANI (a cura di), <i>Le nuove frontiere della cittadinanza europea</i> , Bari, Cacucci, 2011 (C. Morviducci)	205
Ugo VILLANI, <i>Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo</i> , Bari, Cacucci, 2012 (L. Panella)	691
Libri ricevuti	209, 703
Indice degli autori	213, 707



Index of Volume VII (2012)

ARTICLES

Giandonato CAGGIANO The Balance between the Freedoms of Movement and Non-economic General Interests of the Member States in the Internal Market	295
Biagio DE GIOVANNI Europe, Today	9
Andrea DE GUTTRY Duty of Care of the EU and Its Member States towards Their Personnel Deployed in International Missions	263
Ugo DRAETTA Which Future for the Eurozone and for the European Union?	23
Valeria DI COMITE The “Wish to Live Together” with the Family and the Denial of the Right to Family Reunification for “Static” European Citizens in the Light of <i>Dereci</i> Judgment	463
Angela DI STASI, Rossana PALLADINO The on-going Fragmentation of the European “statute” of Long-term Residents between Market Integration and Socio-political Integration	375
Cristina FASONE, Nicola LUPO The European Parliament in the Light of the New Provisions of the Treaty of Lisbon and of Its Rules of Procedure	329
Paolo FOIS From Harmonization towards Unification of Domestic Laws in the European Union. Critical Appraisal of a Trend	237
Marco LOMBARDO Long-term Gas Contracts in EU Energy Law between Competition and Security of Supply	105
Monica LUGATO Reflections upon the “Margin of Appreciation” in the European Convention on Human Rights	359
Giovanni MORO, Lucia MAZZUCA, Roberto RANUCCI The Single Currency and European Citizenship	411
Luca PALADINI The European Union at the United Nations General Assembly: New Powers for an Old Observer?	85

Nicoletta PARISI Mutual Recognition of Criminal Judgments and Judicial Decisions, Mutual Trust and Approximation of Procedural Safeguards within the Member States of the European Union	33
Angela Maria ROMITO The Time-limit Prescription: A Difficult Dialogue between the Court of Justice of the European Union and the National Judge	59
Gianpaolo Maria RUOTOLO The Economic Constitution of the European Union at a Time of Global Crisis	433
Gian Luigi TOSATO European Constraints to Fiscal Policies	257
NOTES AND COMMENTS	
Elisabetta BERGAMINI Developments of Family Law in EU: Regulation 1259/2010 on the Law Applicable to Divorce and Legal Separation	181
Giovanni CELLAMARE Brief Notes on the Judgment of the European Court of Human Rights in the Case of <i>Hirsi Jamaa and Others v. Italy</i>	491
Nicola COLACINO Admissibility and Limits of the Diffuse Judicial Review on the Security Council's Individual Sanctions	565
Patrizia DE PASQUALE National Return Measures and EU Law: From <i>El Dridi</i> to <i>Achughbaban</i>	509
Fabio FERRARO The New Instrument of the Participatory Democracy and Its First Applications	523
Chiara GABRIELLI The Notion of Extra-territorial Jurisdiction in Light of Recent Case-law	603
Giannangelo MARCHEGANI The Jurisdiction of the General Court of the European Union over Disputes Concerning the EIB's Procurement	127
Pieralberto MENGOZZI The Jurisdictional Remedies in the Public Procurement Field, the Procedural Autonomy of the EU Member States and the <i>Symvoulia</i> Case	137

Alessandra MIGNOLLI The Draft Accession Agreement of the European Union to the European Convention on Human Rights: Some Critical Remarks	541
Giuseppe MORGESE Dublin II Regulation and Application of the Principle of Mutual Trust between Member States: The CJEU Decision on <i>N.S.</i> and <i>Others</i> Case	147
Claudia MORINI The EU Action Aimed at Strengthening Procedural Rights of Suspected or Accused Persons in Criminal Proceedings	631
Teresa MOSCHETTA The Investments in the Internal Energy Market: Issues of Compatibility with Member States' International Obligations	163
Chiara SISLER Mixed Agreements and the Preliminary Ruling Jurisdiction of the Court of Justice: An Interpretative Approach	651
Andrea SPAGNOLO The Transfer of Suspected Pirates in the Context of EUNAVFOR: The Agreements between EU and Third States	669
Paolo VENTURI The Developments in the <i>Ferrini</i> Case within the EU: The ECJ Order in <i>Currà</i> and <i>Others v. Germany</i>	593
 BOOK REVIEWS	
Luigi DANIELE, <i>Diritto del mercato unico europeo</i> , Milano, Giuffrè, 2012, II ed. (G. Caggiano)	697
Francesca FERRARO, <i>Libertà e sicurezza nell'Unione europea tra età moderna e globalizzazione</i> , Pisa, Pisa University Press, 2012 (B. de Giovanni)	699
Bruno NASCIMBENE, Fabrice PICOD (sous la direction de), <i>L'Italie et le droit de l'Union européenne / L'Italia e il diritto dell'Unione europea</i> , Bruxelles, Bruylant, 2010 (G. Caggiano)	695
Ennio TRIGGIANI (a cura di), <i>Le nuove frontiere della cittadinanza europea</i> , Bari, Cacucci, 2011 (C. Morviducci)	205
Ugo VILLANI, <i>Dalla Dichiarazione universale alla Convenzione euro- pea dei diritti dell'uomo</i> , Bari, Cacucci, 2012 (L. Panella)	691
Books received	209, 703
List of contributors	213, 707

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



Ha tuttora un significato l'idea di un'Europa unita? In un momento di crisi economica generalizzato, sembrano vacillare le fondamenta stesse del progetto di solidarietà e collaborazione alla base del disegno di unificazione continentale.

La risposta è sì, a condizione però di tornare all'Europa della gente.

C'è ancora un'Europa possibile, quella dei popoli, delle libertà e della pace, non l'attuale, sotto il tallone della finanza internazionale. Un'Europa avvilita da una congiuntura che sembra interminabile, mentre il dirigismo della Banca Comune Europea impone sacrifici a tutti i Paesi, sforzi dei quali i cittadini stentano a riconoscere gli obiettivi.

L'idea europea ha tuttora un futuro, ma deve tornare al sogno originario, quello di una grande unione, fondata sulla coesione sociale e civile. Occorre quanto prima rinsaldare un nuovo patto tra le Istituzioni e i cittadini, per sostituire al rigore dell'Europa dell'economia un rinnovato fervore per l'Europa della politica.

Dobbiamo riprendere a tracciare i lineamenti di un continente nel quale i cittadini di ogni area, anche la più remota, possano riconoscersi coprotagonisti di una vicenda comune importante. È la storia dei Paesi d'Europa, eredi delle generazioni che hanno lottato per il progresso del Vecchio Continente, un cammino che ha dato vita allo stato sociale, ha garantito i diritti dei lavoratori, ha fatto nascere un welfare avanzato.

È questa l'Europa dalla quale ripartire, riprendendo il sogno di Ventotene, quello di intere generazioni, ora tenuto in ostaggio dai mercati finanziari.

Anche per le Regioni il futuro è in una logica di coesione. Unirsi, rafforzarsi, fare sistema.

Davanti alle realtà locali dei Paesi dell'Unione sarebbe corretto riproporre una strategia di cooperazione territoriale ad ampio raggio. Siamo proiettati verso le macro-aree, per resistere alla concorrenza internazionale e aiutare la crescita dei territori.

Il Consiglio regionale crede in questa programmazione strategica, la considera un'opportunità straordinaria per la Puglia e ne segue gli sviluppi. Auspicando per le realtà territoriali un processo di integrazione transnazionale, puntiamo ad un'aggregazione ampia e partecipata, forte della spinta alla crescita che può venire dalla valorizzazione delle diversità culturali, storiche e religiose.

Una regione è tanto più forte quanto più riesce a mettere insieme: dalle potenzialità turistiche di un Salento in pieno boom alle attrattive del Gargano, dal polo agro-alimentare dauno a quelli industriali barese, brindisino e tarantino. Tutti insieme, con i loro moderni aeroporti e con i sistemi portuali integrati fanno della Puglia la piattaforma avanzata dell'Europa nel Mediterraneo.

Sommando potenzialità diverse su una scala tanto più ampia come quella della macro area adriatica e ionica, non si può che concludere a favore di una scelta di unione, che possa coagulare aree omogenee.

Tante piccole Europa nella grande Europa, ma una sola identità delle genti, quella di cittadini del continente più antico e allo stesso tempo più moderno del mondo.

Onofrio Introna

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia



TECA DEL MEDITERRANEO

“La conoscenza accresce le capacità” è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell’Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM*, *Noprofit*, *Regio e Terminus*, veri e propri dossier tematici con l’intento di avvicinare l’utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L’ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@TecaMediterraneo), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all’accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.

Indipendente per carattere, popolare per passione.



Banca Popolare di Bari è diversa.

È diventata grande ma con orgoglio è rimasta indipendente.

È legata alla sua terra ma è figlia del suo tempo.

È intraprendente ma sa condividere.

È giovane ma solida.

È molto di più che una banca, è una come te.

www.popolarebari.it



Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTEGRAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
ABBONAMENTI	ITALIA	ESTERO
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2013	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2013
	€ 60,00	€ 90,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite 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 2013).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA



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)

Scritti in onore di Luigi Di Comite

VALLERI A. Marisa, ROBERTA Pace,
GIRONE Stefania (a cura di)

380 Pagine | prezzo: 25,00 €

Sommario:

L'area mediterranea, tra Europa e Mondo Arabo. Processi e percorsi migratori nel Mediterraneo. Economia e sviluppo nel Mediterraneo. Energia e crescita economica nei paesi del Mediterraneo, 1950-2010. Un contributo alla ricerca.



Governo della finanza pubblica e federalismo fiscale

Corte dei Conti

304 Pagine | prezzo: 25,00 €

Sommario:

Prima sessione. Riforma della finanza pubblica e nuova politica di bilancio. Seconda sessione. Attuazione del federalismo fiscale. Terza sessione. Federalismo e autonomie speciali. Adeguamenti organizzativi. Comunicazioni.



Il tribunale delle imprese

VERDE Filippo

152 Pagine | prezzo: 15,00 €



Sommario:

La competenza per materia. Gli aspetti della attività delle nuove sezioni specializzate.

Lineamenti di una dottrina per lo studio del reato

DE FELICE Paolo

224 Pagine | prezzo: 25,00 €



Sommario:

PARTE PRIMA. Principi generali del diritto penale. Il problema delle fonti del diritto penale. Il carattere del diritto penale. Principio di necessaria offensività e concezione realistica del reato. Le fonti formali del diritto penale. I principi costituzionalmente garantiti: l'art. 25, Il comma, cost. L'efficacia della legge penale nel tempo. Il principio di obbligatorietà della legge penale. L'efficacia della legge penale nello spazio. I principi di diritto penale. Contenuti nell'art. 27 della costituzione. L'interpretazione delle leggi penali. Il problema dell'analogia. Le sanzioni penali per i delitti e per le contravvenzioni. Pene accessorie e misure di sicurezza. PARTE SECONDA. La struttura del reato. Il concetto di reato. Gli elementi costitutivi del reato. La fattispecie oggettiva. L'azione, l'omissione e l'evento. Il rapporto di causalità. L'elemento psicologico del reato. La coscienza e volontà del fatto. Il dolo e le forme di manifestazione. La colpa. La preterintenzione. La diversa forma di attribuzione di responsabilità al soggetto. L'elemento soggettivo nelle contravvenzioni.

In copertina **Paolo Caliari detto il Veronese** (Verona, 1528-Venezia, 1588)
Ratto d'Europa (particolare) — olio su tela, cm 240 x 307 — Venezia, Palazzo Ducale

Secondo la testimonianza di Carlo Ridolfi (*Le meraviglie dell'arte*, 1648), Paolo Veronese eseguì per Palazzo San Samuele a Venezia, residenza di Jacopo Contarini, che ne fu il committente, una tela raffigurante "... Europa sedente sopra il mentito Toro, che le bacia amorosamente il piede, lambendolo con la lingua. Alcune delle sue donzelle le servono d'appoggio; altre l'ornano di fiori; et Amoretti le volan sopra spargendo fiori". Si tratta della tela attualmente visibile nella sala dell'anticollegio di Palazzo Ducale a Venezia, dove passò nel 1713, a seguito della donazione effettuata per lascito testamentario dal nobiluomo Bertucci Contarini, discendente di Jacopo. Nel 1797 la tela fu temporaneamente rimossa dalla sua sede e portata come bottino napoleonico in Francia, dove rimase sino al 1815, anno in cui fece ritorno a Venezia.

La scena descritta dal Ridolfi non coglie la complessità della composizione del Veronese, che nella metà destra del dipinto rappresenta gli avvenimenti successivi al corteggiamento da parte di Giove trasformatosi in toro, cioè il momento della partenza di Europa che, ancora sulla spiaggia, a cavalcioni di Giove-toro s'avvia verso il mare, circondata da un nugolo di ancelle e, più in lontananza, quello in cui la coppia, preso il largo, cavalca nel mare, diretta verso l'isola di Creta, con Europa che saluta le amiche col braccio sollevato e piccoli amorini che discendono dall'alto per recarle corone di fiori.

Più che un ratto, quindi, il Veronese mostra la partenza del tutto consenziente di Europa che segue il suo amante sino a Creta, dove si stabilirà dando alla luce tre figli, Minosse, Sarpadone e Radamanto.

La composizione, dichiaratamente teatrale, ha come fulcro asimmetrico Europa, rappresentata come una splendida fanciulla — che le sollecite ancelle aiutano a sistemarsi sulla groppa del toro — dalle chiome bionde intrecciate con fiori di campo e il petto seminudo emergente dall'elegante veste, costituita da una camicia bianca in leggero tessuto, da sontuosa gonna e sottogonna in raso cangiante e damasco e dal manto in raso dorato foderato di seta color malva: una sinfonia di colori brillanti, dati di tocco e come striati di luce, cui concorrono anche le lucenti vesti delle ancelle, tra cui particolarmente preziosa in raso blu notte dell'ancella che le sta acciacciando la scollatura.

Per la sapienza dell'impianto compositivo e la bellezza della partitura cromatica il dipinto (che Paolo replicò in parte in quello di analogo soggetto dei Musei Capitolini di Roma) costituisce uno dei capolavori assoluti del Veronese e un testo fondamentale per i pittori successivi, da Sebastiano Ricci a Giambattista Tiepolo.

Quanto alla datazione, essa viene fatta oscillare dagli studiosi tra il 1570 e il 1580, con una generale preferenza per la seconda metà del decennio.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2013, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2013, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2013).



COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*², 2010.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.

ISBN 978-88-6611-188-7



9 788866 111887

€ 44,00