

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2006 | anno I



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2006 | anno I

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione

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

Direzione e Redazione

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

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

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2006 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



Ricordo di Vincenzo Starace, di Ugo Villani

ARTICOLI

- Diego J. LIÑÁN NOGUERAS
La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea:
la subordinación permanente 211
- Dario ANTISERI
Considerazioni sul “destino unitario” dell’Europa 225
- Girolamo STROZZI
Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa 229
- Pietro PUSTORINO
Questioni in materia di tutela delle minoranze
nel diritto internazionale ed europeo 259
- Alfredo RIZZO
Elementi di approfondimento e sviluppo del diritto comunitario
e dell’Unione europea nel processo di allargamento 281
- Fabrizio MARONGIU BUONAIUTI
Conseguenze della trasformazione della convenzione di Roma in regolamento
comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato 301

NOTE E COMMENTI

- Alessandra MIGNOLLI
La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario.
Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03 327
- Giacomo GATTINARA
La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio
secondo la sentenza *IATA* 343
- Daniele GALLO
Nuovi sviluppi in tema di rapporti tra Corte EFTA e Corte CE:
la sentenza *PediceL A/S and Sosial-og helsedirektoratet* 367

RECENSIONI

| | |
|---|-----|
| E.R. PAPA, <i>Storia dell'unificazione europea. Dall'idea di Europa al Trattato per una nuova Costituzione europea</i> , Milano, Bompiani, 2006, (M. Panebianco) | 397 |
| A. COLOMBO, N. RONZITTI (a cura di), <i>L'Italia e la politica internazionale</i> , Edizione 2006, Bologna, Il Mulino, 2006, (U. Villani) | 399 |
| M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, <i>Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone</i> , Milano, Giuffrè, 2006, II ed., pp. XVII-321 (I. Ingravallo) | 403 |
| CHIARA AMALFITANO, <i>Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea</i> , Giuffrè editore, Milano, 2006, (I. Ingravallo) | 405 |
| M.C. BARUFFI (a cura di), <i>La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?</i> , Padova, CEDAM, 2006, (I. Ingravallo) | 409 |
| Libri ricevuti | |
| Elenco delle abbreviazioni | 411 |
| Indice degli autori | 413 |

“Studi sull’integrazione europea” si unisce all’intero mondo accademico nell’esprimere grande affetto e gratitudine per Vincenzo Starace, Maestro di scienza e di vita, protagonista da tutti riconosciuto nello sviluppo delle scienze giuridiche.

Desideriamo evidenziare tali convinti sentimenti riportando di seguito il testo della commemorazione tenuta il 23 giugno 2006 da Ugo Villani presso la Chiesa di S. Ferdinando in Bari.



Ricordo di Vincenzo Starace

di Ugo Villani

Prendo la parola, con animo angosciato, per rendere testimonianza di affetto e di gratitudine al Maestro scomparso, certo di interpretare i sentimenti della sua scuola e della comunità scientifica, nonché dell’Università di Bari, nella quale ha profuso per vari decenni il suo alto magistero e le sue migliori energie. E la memoria mi riporta ad un incontro di circa 40 anni fa, che sarebbe stato decisivo per il mio futuro: l’esame di Diritto internazionale sostenuto con l’allora giovanissimo prof. Starace; giovanissimo, ma già libero docente e studioso di vasta reputazione e già protagonista di quell’Istituto di Diritto internazionale e scienze politiche dal quale trae origine l’attuale struttura dipartimentale. Struttura della quale è stato più volte direttore e della quale sempre ha rappresentato la guida illuminata.

Non è questo il momento, né la sede, per illustrare la così ricca personalità scientifica, accademica, umana del prof. Starace. Se non altro, l’onda dell’emozione impedirebbe una ordinata e razionale ricostruzione dell’impareggiabile, fondamentale contributo da Lui dato agli studi del diritto internazionale, alla crescita scientifica della sua scuola, allo sviluppo della Facoltà giuridica dell’Università di Bari.

Alcuni aspetti, almeno, della sua personalità e della sua esperienza professionale non possono però essere qui tralasciati.

Mi riferisco, in primo luogo, allo Starace Maestro di diritto internazionale. I suoi numerosi allievi, e quanti altri hanno avuto il privilegio di ricevere i suoi consigli, le sue osservazioni, anche i suoi rilievi critici, sanno bene che Egli è stato fondamentalmente Maestro nel metodo. Il suo metodo, quello che trasmetteva ai suoi allievi, era un metodo fatto di rigore: rigore nella ricerca e nell’esame della dottrina, della prassi, della giurisprudenza; rigore nell’aderenza al dato normativo, rifuggendo da comode o fantasiose manipolazioni; rigore nella ricostruzione del proprio pensiero; rigore, specialmente, nell’argomentazione della

tesi da sostenere. Un metodo che proveniva da lontano, dai comuni Maestri Gaetano Morelli e Francesco Capotorti, e che rappresenta l'essenza stessa della trasmissione del sapere giuridico, la quale consiste, appunto, nel fornire il metodo e gli strumenti di ricerca, con i quali elaborare le proprie tesi, le proprie soluzioni, nella realizzazione autentica della libertà di ricerca.

Era un metodo che il prof. Starace applicava senza alcuna indulgenza anzi tutto verso se stesso, con il risultato che i suoi studi – così come le sue relazioni – inducevano nel lettore, o nell'ascoltatore, la sensazione di una tale completezza e perfezione sistematica che appariva estremamente difficile soltanto proporre una qualche osservazione critica; tanto razionale, logico, coerente risultava lo svolgimento del suo discorso. E non è un caso se il suo metodo lo conduceva a vette scientifiche particolarmente elevate nella trattazione dei temi di diritto processuale, dove non sono possibili scorciatoie o semplificazioni.

Ma sul piano scientifico va egualmente segnalata la profonda sensibilità dello Starace per le nuove tendenze del diritto, rispetto alle quali la sua maestria si esprimeva anche nel proporre criticamente soluzioni e prospettive *de iure condendo*. Ne è un esempio recente l'ultima pubblicazione, sulla quale il Maestro ha posato infine la sua penna, dedicata alla Costituzione europea; studio con il quale, aprendo questa Rivista, il prof. Starace ha inteso esprimere concretamente la sua fiducia e il suo incoraggiamento all'iniziativa e che ha immediatamente suscitato l'attenzione e il dibattito tra gli studiosi e gli operatori della materia, a cominciare dal Presidente Giorgio Napolitano.

La personalità dello Starace Maestro di diritto si riflette inoltre nella sua lunghissima e intensa attività di docenza. La passione, la generosità, la scrupolosità con le quali Egli ha dedicato il suo magistero a generazioni e generazioni di studenti sono testimoniate dall'ammirazione, dalla stima, dall'affetto che questi sempre hanno nutrito nei suoi confronti. Anche sotto questo aspetto Egli rappresenta un mirabile esempio per quanti svolgono quella professione di docenza che da Lui – e lo si può dire senza tema di cadere nella retorica – era vissuta come autentica missione. Erano proverbiali l'attenzione e la pazienza con le quali, giunta ormai – e spesso superata – l'ora di pranzo, continuava a ricevere e ad ascoltare i suoi studenti, generosamente elargendo chiarimenti, consigli, indicazioni bibliografiche, suggerimenti per la preparazione della tesi di laurea. E nella recente decisione – che per tutti era suonata come un triste presagio – di pensionamento, ancora una volta Egli manifestava il profondo rispetto per i suoi studenti, che non poteva deludere, che non poteva tradire, non svolgendo personalmente tutto il suo corso, a causa delle peggiorate condizioni di salute.

Un tratto fondamentale nell'esperienza del prof. Starace è il suo rapporto con l'Università di Bari e, in particolare, con la Facoltà giuridica, sin dai tempi in cui si articolava nei corsi di laurea in Giurisprudenza e in Scienze politiche.

L'alta e diffusa considerazione scientifica nella quale, sin da giovane, era tenuto, e che ne aveva fatto un punto di riferimento autorevole e imprescindibile nel panorama universitario Gli avrebbe garantito, se solo avesse voluto, di occu-

pare le più prestigiose cattedre di qualsiasi università italiana. E invero i riconoscimenti e gli incarichi a livello nazionale e internazionale (presso le Nazioni Unite) non Gli sono mancati. Basti pensare, per non citare che un solo esempio, alla condirezione della più antica e gloriosa Rivista di diritto internazionale, per la quale sino a poco tempo fa ha predisposto le massime della giurisprudenza internazionale. Ma Egli ha preferito sempre restare nella sua Università barese, diventandone un'autentica istituzione e ricoprendo elevate cariche accademiche, come, per due volte, di Preside, lasciando in tutti il ricordo di una scrupolosa correttezza, di un impegno costante ed assorbente nell'espletamento dei suoi compiti, di una dedizione assoluta all'interesse comune, ma specialmente di una profonda moralità accademica. Quella moralità che ha caratterizzato tutta la sua vita universitaria e che si esprimeva, essenzialmente, nel valore determinante che in qualsiasi decisione Egli annetteva al merito scientifico, convinto come era che la ricerca e i risultati scientifici rappresentano la stessa ragion d'essere della istituzione universitaria.

Da oggi l'Università di Bari e l'Università italiana sono più povere, perché perdono un protagonista d'inestimabile valore. Da oggi noi tutti siamo più soli. A chi esporremo i nostri dubbi in una fase critica e tormentata della nostra ricerca? A chi chiederemo suggerimenti di fronte a delicate scelte accademiche? A chi domanderemo consiglio e sostegno – perché anche questi ci venivano affettuosamente dati – in un momento difficile della nostra vita privata?

Profondo e angoscioso è il senso di vuoto che noi, suoi allievi, condividiamo con la cara signora Mimina, dolce e premurosa compagna dell'intera vita del prof. Starace, con Guglielmo, con Giuseppe e con Pia, che con la loro professionalità e la loro cultura onorano nella maniera più nobile la memoria paterna. E ancor più acuto è il dolore e struggente il rimpianto perché ben sappiamo che nulla e nessuno potrà colmare tale vuoto.

In una nostra recente telefonata, il prof Starace osservava affettuosamente che avevamo percorso insieme un lungo tratto della nostra vita. Ora quel cammino si è interrotto, apparentemente per sempre; ma io confido che, al di là delle vicende terrene, prosegua quell'ideale e costante dialogo dello spirito, che sempre è sotteso ad un autentico magistero scientifico. E per quanto aspro sia il dolore della separazione, e per quanto sforzo ciò possa costare, credo, con S. Agostino, che non dobbiamo chiedere a Dio perché ci abbia oggi privati del prof. Starace, ma ringraziarLo per averceLo donato, per il dono che Egli ha rappresentato per i suoi cari, per i suoi allievi, per l'Università italiana.



Articoli

Diego J. Liñán Noguera

La política exterior y de seguridad común de la Unión Europea: la subordinación permanente

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Los límites del discurso procesal e institucional para asegurar las transiciones. – 3. La indefinición de la PESC como discurso de “poder”. – 4. La coherencia como vector de clarificación. – 5. Conclusiones.

1. Como es sabido, la incorporación de la política exterior como objetivo común de la construcción europea fue, por relación a los ejes centrales de la integración económica, *tardía, complementaria y estructuralmente diferenciada*. Inevitablemente, el discurso político y jurídico de la configuración de la PESC ha acusado este punto de partida. Su diacronía con el proceso económico la ha hecho en exceso *dependiente* del modelo de integración económica, lo que ha propiciado una concepción de la PESC como un instrumento al servicio de las políticas exteriores comunitarias y su diferenciación estructural (la más frágil estructura de cooperación) la ha convertido en una acción *subordinada* a los intereses y objetivos fraguados en la integración económica.

Por estos, y tal vez por otros motivos, *la PESC nunca ha respondido a una concepción estratégica autónoma*. Prefigurada y condicionada por las políticas exteriores nacionales y marcada por su carácter *complementario* de las relaciones exteriores comunitarias, la PESC se percibe como un *instrumento* al servicio de unas y otras sin entidad propia. No es ajeno a esta concepción “complementaria” de la PESC el modelo defendido por la Comisión, tan insistente en esta línea, con la finalidad, probablemente, de reforzar su debilitada posición en la estructura de la PESC.

Además, su caracterización como espacio *intergubernamental*, muy alejado del modelo de distribución de competencias, de la claridad de la formación de obligaciones y del sistema de control político y jurisdiccional comunitario, contribuye a su percepción como algo relativamente ajeno a la construcción europea, presidido por un principio de colaboración entre los Estados miembros de la Unión, débil y mudable en función de los intereses y criterios de oportunidad de sus actores.

Al menos ésta es, guste o no, la percepción más generalizada. Esa naturaleza *dependiente, instrumental, complementaria e intergubernamental* ha dificultado, tal vez imposibilitado, las transiciones ineludibles para la formación de una política exterior común de la UE. Si se añade a ello la contundencia de la acumulación de “fracasos” de la política exterior europea que se le imputan (Balcanes, Somalia, Ruanda, Chechenia, Kosovo, Afganistán, la crisis de Irak y el telón de fondo del conflicto de Oriente Próximo) se comprende que sea difícil encontrar otro ámbito afectado por la integración europea donde se concentren más opiniones negativas. Son de sobra conocidas y no me detendré en ello. Las positivas giran en torno a la apreciación de “una evolución lenta, pero inexorable” mezclada con una cierta comprensión de las “especiales dificultades del sector”. No parecen, en general, demasiado convincentes: la primera porque, iniciado su proceso a principios de 1970 (tras la cumbre de La Haya de diciembre de 1969), ha contado con más de 35 años (un período casi bíblico) sin resultados satisfactorios y la segunda porque no acaba de argumentarse con claridad por qué la política exterior es más difícil que la UEM, por ejemplo.

Sea como fuere, lo cierto es que todos los indicadores dan cuenta de un agotamiento de las posibilidades de evolución de la PESC y, para algunos, de la aparición de claros síntomas no ya de estancamiento sino de regresión. El diagnóstico no es fácil y conviene matizar la apreciación según diversos ámbitos de la PESC, pero algunos entendemos que resulta conveniente (y posible) una valoración general.

A tales efectos, pienso que hay dos etapas diferentes en la evolución de la PESC. La primera cubre el periodo que marca el inicio de la Cooperación Política Europea (1970) hasta el Tratado de Maastricht y su implementación (1999) y la segunda desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam hasta ahora. En el primer periodo, el imaginario europeísta que alimentó la instauración de la CPE/PESC había funcionado, dentro de ciertos límites, razonablemente bien. Los procedimientos y modelos institucionales que se pusieron en pie con el fin de afianzar una política exterior común podrían ser más o menos acertados, pero se percibían como un significativo avance e incluso había un convencimiento general de que su perfeccionamiento era la línea natural de progreso de la PESC. Esto me parece difícilmente cuestionable. Se podrá argumentar que el objetivo de una política exterior común no se había alcanzado. Cierto es. Pero tan cierto como que en los noventa las cuestiones relativas a política exterior y de seguridad había que hacerlas de una manera distinta.

Con claros indicios ya desde la implementación de Maastricht y las negociaciones de Ámsterdam, cuando a finales de los años noventa se negocia Niza dos factores determinan un cambio profundo en el escenario de la PESC: *la conciencia de los límites de cambios de procedimiento e institucionales*¹ y *las exigencias de un escenario internacional cambiante* y con urgencias políticas inmediatas

¹ F. TERPAN, *La politique étrangère et de sécurité commune de l'Union européenne*, Bruxelles, 2003.

que tienen el riesgo de una “renacionalización” de políticas exteriores, particularmente en temas de seguridad.

Yo advierto desde ese momento, y como consecuencia de estos factores, *un desplazamiento del interés desde lo procesal e institucional hacia la noción de “poder”* de Europa. Es decir, de la preocupación por los procedimientos a la consideración del papel de la UE como potencia política y, eventualmente, militar en su actuación.

A partir de ese momento conviven, no necesariamente en armonía, dos discursos diferentes sobre el problema de la PESC. El procesal e institucional que, con claros síntomas de agotamiento, se estanca en el imposible avance del *decision making* y en un cada vez más costoso progreso de las políticas de coherencia y visibilidad (caso de la figura del Alto Representante), y el discurso de poder que, presentado como más “pragmático” y “operacional”, se proyecta esencialmente sobre los acuciantes problemas de seguridad y en el papel de la UE en la gestión de crisis internacionales. Son dos discursos que funcionan de manera separada y que sólo convergen en el ineludible problema de la *coherencia* (o *consistency*, en la versión inglesa de los tratados).

Este es, en mi opinión, el escenario que preside el intento de reforma de la PESC en el Tratado por el que se establece una Constitución Europea (TC). Si bien se mira, en el TC se reflejan con nitidez los tres rasgos de la evolución señalada: en lo procesal e institucional, exclusión hecha de la nueva figura del Ministro de Asuntos Exteriores (de nuevo la preocupación por la coherencia y visibilidad), la PESC mantiene la continuidad (síntoma del agotamiento de la vía procesal de progresión), contiene un ensayo, poco exitoso, a mi parecer, de “formalizar” y definir a la UE como poder, particularmente en algunos aspectos de la seguridad y defensa, y naufraga en el esfuerzo (algo formal, pero esfuerzo al fin) de dotar de coherencia a la acción exterior de la UE (Título V de la Parte III “Acción exterior”).

Los avances producidos en materia de Política Exterior de Seguridad y Defensa (PESD), que ha comenzado a gozar de un ámbito propio de autonomía frente a la Política Exterior de la UE, han tenido como efecto ocultar el estancamiento de la PESC. Más aún, la PESD parece haberse convertido en una nueva estructura condicionante de la PESC acentuando su dependencia y subordinación. Son estas cuestiones las que sugieren nuevas lecturas de la evolución de la PESC y es lo que propongo como objeto de reflexión.

2. De conformidad con lo anteriormente dicho, el periodo que abarca desde la instauración de la CPE hasta la formalización de la PESC en el TUE en Maastricht y sus dificultades de implementación está presidido fundamentalmente por un discurso procedimental e institucional². La configuración de la

² D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *La cooperación en materia de política exterior: de la CPE a la PESC*, en G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D.J. LIÑÁN NOGUERAS (dirs.), *El Derecho Comunitario Europeo y su aplicación judicial*, Madrid, 1993, p. 327; ID., *La política exterior y de seguridad común de*

PESC en el Tratado de Maastricht que, con pocas pero importantes innovaciones, pasó al Tratado de Ámsterdam y a la última modificación de Niza, denota básicamente un “compromiso” entre las tendencias “comunitarizadoras”, que pretendían una mayor asimilación de la política exterior al modelo que rige en las Comunidades Europeas, y las “intergubernamentales”, partidarias de mantenerla como un modelo de cooperación, institucional y procesal diferenciado de las CCEE.

Desde el punto de vista de su configuración general, y pese al ampuloso título con que pasó a designársela, “Política Exterior y de Seguridad Común” (apellido de “común” que parecía indicar una filiación compartida con las políticas comunitarias), siguió manteniendo, como en el AUE, un carácter diferenciado. Su propia ubicación en el Título V (fuera pues de los títulos comunitarios) y su propia calificación como “forma o política de cooperación” frente a las CCEE, es suficientemente expresivo de la continuidad.

Nada que objetar a que el Tratado de Maastricht supuso un gran salto cualitativo respecto de lo anterior como consecuencia de la “unificación institucional” que las disposiciones comunes del TUE imponían para las CCEE y las “políticas o formas de cooperación”, esto es, la PESC y la CAJI. Pero sigue siendo verdad que esa unificación no ha sido nunca absolutamente completa y que se limitó a los aspectos orgánicos, ya que en lo procesal y funcional se mantenían sustanciales diferencias. La Comisión y Parlamento Europeo no gozan en lo decisorio de una posición equiparable a la que tienen en los ámbitos de las CCEE, y la PESC pivota básicamente sobre el Consejo y su unanimidad como regla general. Aunque no siempre se ve así, el cargo del Alto Representante para la PESC no es ningún intento de dar autonomía al espacio político de la PESC sino justo lo contrario, segar toda posible tendencia autonómica haciéndolo recaer en el Secretario General del Consejo, siempre dependiente y siempre limitado por los poderes estatales.

Por su parte, el instrumental operativo de la PESC ha sido asimismo esencialmente adecuado a su finalidad dependiente. En particular, las “posiciones comunes” y las “acciones comunes” que, en unión con las clásicas “Declaraciones” y el establecimiento de “principios y orientaciones generales” del Consejo Europeo, al que luego se añadieron las “estrategias comunes”, nunca han sido concebidos como verdaderos actos jurídicos o políticos (que igual me da a estos efectos) de alcance autónomo. O son expresión de un consenso de base, o simplemente no son. Eso que se ha dado en llamar un cierto “acervo” en materia de política exterior y de seguridad no es realmente más que un conjunto de acciones acordadas, coyunturales y, salvo muy contadas excepciones, poco relevantes. Ciertos aspectos de su ejecución (descentralizada) y en concreto los problemas de su financiación (escasa y discutida), suponen también un importante dato de esa falta de autonomía.

la Unión Europea en la perspectiva de la reforma de 1996, en Reflexiones sobre la CIG 1996, Ministerio de Asuntos Exteriores, Madrid, 1995.

A mi juicio, hay tres grandes factores que expresan esa cierta parálisis del discurso procesal e institucional:

- a) *la imposibilidad de definición de la PESC como “competencia”,*
- b) *los elevados costos de los mínimos avances en el voto por mayoría cualificada y*
- c) *la aparición de zonas jurídicamente infranqueables.*

El primero, *la imposible definición de la PESC como competencia*, es de especial importancia, porque cercena toda posibilidad de desarrollo autónomo de la PESC al impedir toda “transferencia” o delegación de poder desde las instancias nacionales. Latente desde hace tiempo en toda modificación de tratados constitutivos, ha sido abordada de manera frontal en la *Convención* y en la negociación del Tratado por el que se establece una Constitución Europea. El TC expresa la imposibilidad material de este objetivo y los límites de la operación formal que ensaya. Tras la categórica afirmación del artículo I-12.4 (“La Unión dispondrá de competencia para definir y realizar una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política común de defensa”), a la hora de catalogar el tipo de competencia (exclusiva, compartida, de coordinación o de “apoyo, coordinación o complemento”) el TC opta por la muy curiosa fórmula de enumerarla aislada (artículo I-16). Se evidencia así que, aún enunciada como “competencia”, no es susceptible de encajar en ninguna de las categorías creadas por el TC, configurándose, en el mejor de los casos, como una “competencia” especial. Pero es que además, en el fondo, aunque de una manera algo subrepticia, cuando regula la ejecución de la PESC en la Parte III del TC, bajo la inocua apariencia de una especie de cláusula de “no contaminación”, el artículo III-308, al asegurar que ni los procedimientos de los otros campos de competencias pueden trasladarse a la PESC ni los de PESC a los otros ámbitos, lo que está estableciendo es la clásica dualidad de estructuras que distancia a la PESC del resto de los ámbitos de la UE. Nada nuevo, pues, en este sentido.

El segundo de los factores que expresan el límite del discurso procesal puede formularse como la elevación de los peajes de cualquier avance, por mínimo que sea, del voto por mayoría cualificada. A mi juicio la acentuación de la intergubernamentalidad, la “excepcionalización” del modelo decisorio y el acrecimiento de los mecanismos de flexibilidad.

En efecto, la *imposibilidad material de avanzar por el voto por mayoría cualificada* era evidente y se ha agravado tras la ampliación³. Y si ha sido posible mantenerlo formalmente, ha sido a costa de muy complejas operaciones que,

³ A los Estados que lo rechazan tradicionalmente se suman ahora la mayor parte de los Estados de la adhesión que tienen un concepto de soberanía muy especial y en todo caso poco compatible con un mecanismo, el de mayoría cualificada en PESC, que por definición, tiende a relativizar la soberanía nacional como tan acertadamente ha puesto de manifiesto Françoise DE LA SERRE (*L'élargissement a l'Est de l'Union Européenne: Quelles perspectives pour la PESC?*, en *Les dynamiques du Droit européen en début de siècle*”, *Etudes en l'honneur de Jean Claude GAUTRON*, Paris, 2004, pp. 701-713).

finalmente, refuerzan el origen intergubernamental del modelo⁴. El imparable reforzamiento del papel del Consejo Europeo, el creciente papel del Alto Representante para la PESC, que recae en el Secretario General del Consejo (o los Representantes especiales nombrados por el Consejo), y la persistente exclusión de la Comisión y el PE, apenas disimulada por prácticas interinstitucionales de mejor signo, no permiten otro diagnóstico.

Poco a poco, el sistema PESC ha ido alejándose de la idea de un marco estable como soporte de su adopción de decisiones. Aparte del enunciado genérico de los valores e intereses generales de la UE, lo cierto es que, de manera muy especial a través de las “Estrategias comunes” del Consejo Europeo (o, en su defecto, las “posiciones comunes” unánimes del Consejo) que abren la puerta al voto por mayoría cualificada, el funcionamiento de la PESC queda condicionado a un consenso *ad casum* que, por amplio que sea, excepcionaliza la acción en PESC. Es algo asumido incluso por la Comisión, aunque, naturalmente, esta Institución prefiera hablar de “consenso interinstitucional”⁵.

Por último, aunque no en importancia, conviene retener que inexorablemente vinculado a todo paso en el ámbito del voto por mayoría cualificada aparece siempre una ampliación de los *mecanismos de flexibilidad*. No es cuestión de hacer una vez más el recuento de las excepciones que permiten escapar de la disciplina común de la PESC por esta vía; baste recordar el sistema de la exclusión de cualquier cuestión que afecte “directa o indirectamente” a cuestiones de seguridad, el mecanismo de la mal llamada “abstención constructiva” del artículo 23 del TUE, la exclusión por causas de afectación del interés nacional (Maastricht/Ámsterdam) o la incorporación de la PESC al sistema de “cooperación reforzada” de la PESC de los artículos 27A a 27E (Tratado de Niza) y, de salir adelante, las “cooperaciones estructuradas” del Tratado Constitucional. En fin, en pocas palabras, que resulta difícilmente imaginable una acción relevante en PESC que cuente con el concurso de los veinticinco.

El tercer factor que, en mi opinión, manifiesta los límites aceptados de posibles progresos en lo procesal e institucional viene dado por la consideración como algo políticamente infranqueable de cualquier cuestión que afecte a *obligaciones, eventuales sanciones por su incumplimiento y el rechazo absoluto a cualquier consideración de someter la PESC a la jurisdicción*. De poco sirven disposiciones como la del artículo 14.3 TUE declarando las acciones comunes como “vinculantes” si, finalmente, su obligatoriedad o efectos jurídicos han de resolverse en un limbo jurídico como el del Título V. Poco que añadir a la reluc-

⁴ Un interesante acercamiento a esta cuestión se encuentra en W. WAGNER, *Why the EU's common foreign and security policy will remain intergovernmental: a rationalist institutional choice analysis of European crisis management policy*, en *JEPP*, August, 2003, pp. 576-595.

⁵ Ver la Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo de junio de 2006, de 8 de junio de 2006, Europa en el mundo – Propuestas concretas para reforzar la coherencia, la eficacia y la visibilidad, COM(2006)278 final, donde la Comisión hace descansar buena parte del éxito de la PESC en un consenso interinstitucional concentrándose en “un número restringido de prioridades estratégicas...” (apartado 4).

tancia hacia cualquier atisbo de jurisdicción en la PESC⁶, por más que la realidad (en particular en materia de sanciones) ponga de manifiesto el imposible aislamiento de la PESC.

Sea como fuere, lo cierto parece ser que por diversos motivos las vías de progreso de la PESC como consecuencia de grandes operaciones jurídicas no se contemplan como solución. De un modo u otro, parece haberse impuesto la idea de que, si no toda la responsabilidad, al menos gran parte del deficiente funcionamiento de la PESC es debido a la inutilidad de su articulación jurídica: una organización político-jurídica, institucional, decisoria, procesal y de aplicación que asfixia el posible funcionamiento de la política exterior europea que reclama mayor “agilidad”. Las complejidades, el burocratismo y la falta de agilidad general son sus caracteres más comúnmente percibidos. Al aire de esta crítica, comienza a forjarse otro tipo de discurso que se presenta a sí mismo como más político, más pragmático, más dinámico y realista. Lo jurídico e institucional no parece tener gran relevancia. La aspiración a que los procedimientos de la política exterior se acercaran progresivamente al modelo comunitario parece haberse diluido. Este último enfoque, mejor o peor argumentado, parece haberse impuesto, y con él un cierto desprecio por el análisis jurídico e institucional juzgado como un acercamiento formalista de escaso fuste. En fin, que de un tiempo a esta parte el discurso jurídico e institucional en la política exterior y de seguridad común parece haber perdido credibilidad. En su lugar, la PESC como discurso de “poder” ha ganado terreno.

3. El discurso de la PESC como “poder” o “potencia” parte esencialmente del hecho de la presencia de la UE como un “actor global” en las relaciones internacionales⁷. La irrupción de este concepto más “pragmático” tiende, en sus más radicales expresiones, a considerar el debate procesal e institucional como algo “no real”. Visibilidad, interacciones con otros actores o análisis conflictuales concretos alimentan sus mejores aportaciones. Este discurso tiene como principal virtud la de haber sacado a la luz la capacidad operativa de la PESC y, claro está, sus límites. Las discusiones sobre si la UE debe ser una “potencia civil” o una “potencia militar” (*soft power/hard power*) han consumido buena parte de este discurso.

En la evolución de la PESC en el segundo período que identificábamos (de 1999 en adelante) este discurso ha encontrado un gran apoyo en los avances en materia de seguridad y defensa⁸. En diciembre de 2000, el Consejo Europeo en Niza abrió el camino a unos importantes desarrollos orgánicos y procesales de

⁶ D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Jurisdicción y política exterior y de seguridad común*, en *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003.

⁷ F. ALDECOA LUZARRAGA, *La integración europea*, Madrid, 2002. Ver el vol. II, pp. 351 ss. y, en especial, pp. 375 a 379.

⁸ Véase: N. GNESOTTO (ed.) (prologado por J. SOLANA), *Política de Seguridad y Defensa de la Unión Europea. Los cinco primeros años (1999-2004)*, del Institute for Security Studies UE, París, 2004; A. DUMOULIN, R. MATHIEU, G. SARLET, *La politique européenne de sécurité et de défense*

la Política de Defensa que, aunque con poco reflejo en el Tratado de la Unión, forman parte integrante de la PESC. De este modo, la *Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD)* comienza a gozar de un cierto espacio propio, aunque formando parte del más amplio escenario de cooperación de la PESC del Título V del Tratado de la Unión Europea. En términos jurídico formales la Política Europea de Seguridad y Defensa (PESD) tiene pues su origen en el Tratado de la Unión Europea que establece en su artículo 2 como objetivo de la Unión el de:

“afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya la definición progresiva de una política de defensa común que podría conducir a una defensa común de conformidad con las disposiciones del artículo 17”.

Es fácil advertir que la “*defensa*”, concebida como un ámbito material *potencial* de la PESC, ha tenido siempre en la construcción y desarrollo de la Unión Europea unas características muy singulares por relación a otros ámbitos materiales. Pero la cuestión de la Seguridad y Defensa ha formado siempre parte del ámbito material de la PESC. Y es que la PESC, excepción hecha de las relaciones exteriores comunitarias (es decir las vinculadas a la actividad económica) y de la Cooperación Policial y Judicial Penal, afecta a la totalidad de la acción exterior de los Estados miembros de la Unión, incluida la seguridad. Pero la seguridad fue concebida en el sistema de la Unión Europea en una triple dimensión diferenciando sus aspectos *políticos, económicos y militares* (es decir, la Defensa). En consecuencia, la Seguridad en un sentido estricto se ha concretado en los aspectos políticos y económicos, plenamente incorporados por los Estados a la PESC de la Unión y la defensa (centrada en los aspectos militares) se incorporó a la PESC, en cambio, de manera más condicionada.

Pero los desarrollos de la “política de defensa común” han ido más allá de lo previsto, fundamentalmente por la concurrencia de circunstancias internacionales más exigentes en materia de seguridad. Son esos desarrollos los que han originado la noción de *Política Exterior de Seguridad y Defensa (PESD)* que constituye hoy uno de los más espectaculares ámbitos de acción exterior de la Unión Europea⁹. Un ámbito de la acción exterior en el que bien puede decirse que hay un antes y un después del Consejo Europeo de Niza de diciembre de 2000. Se trata del momento a partir del que se institucionaliza este espacio de la PESD.

(PESD). *De l'opérateur à l'identitaire*, Bruxelles, 2003; y M. CLEMENTI, *L'Europa e il mondo. La politica estera, di sicurezza e di difesa europea*, Bologna, 2004.

⁹ La idea de una Europa independiente en materia de seguridad y defensa anidaba en el imaginario europeísta desde el final de la Segunda Guerra Mundial, pero había sido cuidadosamente desactivada por la neutralización política del mejor empeño europeo, las Comunidades, la vacuidad de cometidos reales y la subordinación a la Alianza Atlántica de la Unión Europea Occidental (artículos I y IV del Tratado de Bruselas Modificado) y la real y no disimulada instrumentación hegemónica de la Alianza Atlántica.

En fin, en cualquier caso, lo cierto es que la Política Exterior de Seguridad y Defensa se encuentra en funcionamiento. Más aún, como el propio Secretario General del Consejo - Alto Representante para la PESC decía en 2002: la PESD “est devenue operationnelle”¹⁰. Lo que un acertado analista calificaría de un “cambio de táctica política”: dirigir la reforma a los contenidos más que a los procedimientos¹¹. Con todos sus claroscuros, la participación de la UE en la gestión de crisis, su participación en dispositivos coercitivos de Naciones Unidas¹² y el desarrollo de políticas vinculadas a la lucha contra el terrorismo han terminado no solamente por crear un espacio singularizado dentro de la PESC, sino por absorber todas las manifestaciones de la seguridad que se suponen residenciadas en PESC. La conclusión es, al menos en apariencia, un vaciamiento de contenidos de la PESC más que considerable.

Seguridad y Defensa aglutinan hoy por hoy la mayor parte de las acciones relevantes en la política exterior de la UE. Pero la PESD, ha forjado su propio modelo al margen de la que ya es común denominar Política Exterior Común (PEC), desposeída de la seguridad y la defensa. Esto no tiene ningún asiento jurídico en el TUE, pero la visión “operacional” y el pragmatismo del discurso del “poder” han hecho digerible esta formulación. Hasta tal punto las cosas son así, que la pregunta fundamental es si no se habrá producido una alteración esencial del sistema de tal modo que hoy, contra lo jurídicamente establecido, la política exterior de la UE es *dependiente* de la PESD y no al contrario como habíamos pensado. En definitiva que la política exterior de la UE está *subordinada* ahora también a la política de seguridad y defensa.

Así las cosas, la PESC, en su sentido originario, ha perdido buena parte de la escasa autonomía de que gozaba o, por mejor decir su carácter *instrumental* y *dependiente* se ha visto acrecentado. La PESC aparece así como una política condicionada por las políticas exteriores comunitarias, las políticas exteriores nacionales y *las políticas de seguridad y defensa de la Unión*. El sistema PESC no es el que define la política de seguridad y defensa de la UE, sino que ésta ha tomado otros caminos menos sujetos a la disciplina de la PESC y ha invertido la relación.

El sistema de la PESD, en cierto sentido, se mueve en un espacio donde el discurso institucional o procesal apenas tiene significado. La unanimidad ha servido para crear un modelo que circula por consensos parcialmente externos al sistema (la mayor parte de las veces) y se apoya en coligaciones *ad hoc* de algunos de sus miembros sobre bases voluntarias. El sistema PESC no parece tener otra función que soportar las exigencias de legitimidad de la política de seguridad y defensa.

¹⁰ J. SOLANA, *La Politique européenne de sécurité et de défense (PESD) est devenue opérationnelle*, en RMCUE, 2002, p. 213.

¹¹ L. N. GONZÁLEZ ALONSO, *La política europea de seguridad y defensa después de Niza*, en RDCE, 2001, p. 197.

¹² U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, en CI, 2004, pp. 63 a 90.

Justo es reconocer que el discurso de la política exterior de la Unión como “poder” ha encontrado en el desarrollo de la PESD un escenario real de primer orden. Tan justo como reconocer que esto no ha contribuido en nada al desarrollo de las PESC. Tal vez tenga un signo contrario aumentando en este sector su carácter intergubernamental, la asimetría de obligaciones asumidas y procedimientos cada vez más externos al sistema de la UE.

Pero, por más que existieran posibles motivos¹³ y por muchas circunstancias exteriores e interiores que hayan impulsado otros caminos posibles, conviene, creo, no olvidar los límites del discurso de poder. Límites que se manifiestan en la indefinición final del alcance de la PESD y en la imposible previsión de su reacción frente a problemas de envergadura.

Esos límites se manifiestan por relación a la PESC en tres dimensiones distintas: en primer lugar, vician a la PESC con adicionales problemas de legitimidad y legalidad (así, el caso de las sanciones); en segundo lugar, los consensos externos que produce tienen el riesgo de afectar el objetivo unificador de la PESC, y, en tercer y último lugar, condenan a la PESC, constitucionalmente el eje que debe vertebrar los principios y procedimientos en la acción exterior, a un mero papel declarativo e instrumental que, con frecuencia, la hace aparecer como residual cuando no banal.

Nadie debiera extrañarse de que la PESC sólo diera resultados en los temas considerados más secundarios. Pero esto no es porque los aspectos políticos de la actividad exterior sean por su “propia naturaleza” banales, lo que encierra un grave error de percepción, sino porque desde el inicio de la década de los '90 el paradigma dominante en el mundo es el de la seguridad y los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 han llevado al extremo de que la seguridad condicione cualquier otra dimensión y, justo en ello, la UE, contra todo pronóstico, parece haber encontrado una solución más “pragmática”.

La PESC se ha movido lenta y pesadamente en un mundo acelerado históricamente. Es cierto, pero no es lo más grave. Lo que ha fallado no ha sido el modelo jurídico de la PESC sino la *exclusión convencional expresa* de los aspectos más determinantes en este difícil período histórico. La prudente modificación de Ámsterdam declarando que la PESC incluía “*la definición progresiva* de una política de defensa común” (cursiva añadida) y las misiones Petersberg (art. 17.2 TUE), ahogadas luego en un imposible juego de compatibilidades de múltiples actores (UE, OTAN, UEO, alianzas bilaterales y políticas nacionales) y la opción del Consejo Europeo de Niza de 2000 de articular la PESD fuera del Tratado no parecen haber sido capaces de eliminar tan notable deficiencia política.

Ahora el problema es como encajar esta nueva realidad en un modelo tan complejo y debilitado como el de las políticas exteriores de la UE.

¹³ Basta repasar las negociaciones del Título V del TUE en Maastricht, Ámsterdam o Niza para comprobar su difícil articulación, lograda en ocasiones a base de agónicos compromisos institucionales y normativos de oscuros significados, para convencerse de las dificultades de este camino.

4. El agotado discurso de las modificaciones institucionales y de procedimiento y la preeminencia del discurso de poder en la PESC en estos últimos tiempos tienen efectos perniciosos sobre la concepción de una acción exterior de la UE *coherente*.

Es difícil, desde luego, que el principio de coherencia declarado en el artículo 3 del TUE pueda funcionar en estas circunstancias. Hace bien la Comisión en constituir la coherencia como el vector central del que depende la consecución de una buena parte de los objetivos de la UE en su reciente comunicación al Consejo Europeo de junio de 2006¹⁴. Pero no creo que pueda confiarse demasiado en la propuesta de un “consenso más amplio” para resolver el problema.

Yo creo, en efecto, que la coherencia (*consistency* en la versión inglesa de los tratados) está más lejos que nunca de alcanzarse. Creo que el abandono del discurso institucional y de procedimiento y la subordinación permanente de la PESC sin ningún freno jurídico potenciados por el discurso de poder y su supuesto pragmatismo, según hemos comentado, no son una ambientación política correcta para su solución.

La respuesta que se ha dado siempre al problema de la coherencia ha sido por lo menos confusa. Teóricamente se ha asentado una útil distinción entre la “*coherencia vertical*” y la “*coherencia horizontal*”. La “*coherencia vertical*” queda referida a la ausencia de contradicciones entre las políticas nacionales y la política exterior de la UE, mientras la “*coherencia horizontal*” se vincula a la ausencia de contradicción entre los diversos ámbitos de actuación exterior de la UE (la comunitaria, PESC y la PESD, que yo añado).

Ambas, me parece, que se encuentran en una situación crítica en el estadio actual de la UE y ambas, creo, convocan a un replanteamiento de los discursos sobre la PESC existentes si se quieren resolver positivamente.

Acertada me parece la aproximación de Pascal Gauthier cuando identifica el mayor problema de la “coherencia”: que se trata de una noción “no jurídica”, lo que pone en cuestión el funcionamiento de este principio, y sus dudas de que una posible “juridificación” sea posible al menos en un horizonte cercano¹⁵. Pero no hay otro camino si se pretende resolver la crisis de credibilidad que padece la política exterior de la UE.

Por lo que hace a la “coherencia vertical” a mí me parece que el único camino posible es el de la *precisión de las obligaciones jurídicas y la instauración de un control político y jurisdiccional de su cumplimiento*. Cuento con la argumentación de que esta posición es absolutamente irreal ya que no hay “voluntad política”. Aceptado. Mi respuesta es que no es más realista la tesis según la cual

¹⁴ Vid. Comunicación de la Comisión, de 8 de junio de 2006, cit., apartados 1 y 4. Para la Comisión las posibilidades de éxito descansan en tres pilares: un “consenso político” sobre los objetivos en el conjunto de la UE estableciendo prioridades concretas, revisar instrumentos y recursos y finalmente, valorar las responsabilidades de las instituciones y del “medio jurídico”.

¹⁵ P. GAUTHIER, *L'application de l'impératif de cohérence horizontale aux compétences externes de l'Union européenne*, en F. SNYDER (dir.), *L'Union européenne et la gouvernance (Première rencontre internationale des jeunes chercheurs)*, Bruxelles, 2003.

es posible lograr una política exterior común a base de imprecisos y eventuales consensos (que no acaban de producirse según la ya larga experiencia sufrida), de acciones concertadas entre algunos Estados miembros que coinciden en un determinado asunto desatando en el interior de la UE crisis insostenibles (Irak) o confiando en que a largo plazo todo cambiará (Keynes *dixit*: “A largo plazo, todos muertos”). En cambio, me parece más convincente pensar que algún paso en lo institucional y procesal es posible y que, acompañado, de un cierto pragmatismo podría ver alguna luz.

Más complicado es, sin duda, el problema de la coherencia horizontal. Todavía resulta difícil saber si la coherencia horizontal está concebida por la UE como un objetivo o como un instrumento. En algún sentido, parece aceptarse de forma natural una cierta ambivalencia. Bien está, siempre que se acepte que cada una de las acepciones tiene sus propias exigencias de fondo y formales. La coherencia como objetivo requiere que se identifiquen con claridad las instituciones y órganos “responsables” y sancionar dicha responsabilidad. La coherencia como instrumento plantea exigencias jurídicas más complejas y procedimientos más exigentes. En ambos casos, la respuesta del sistema de la UE es, por lo menos, de poco alcance.

En tanto que objetivo, y tras las tensiones institucionales que desataron algunos episodios en PESC por relación a las relaciones exteriores comunitarias¹⁶, hay que advertir que toda la imaginación constitutiva ha quedado reducida a una *política de reunificación de cargos* (Alto Representante para la PESC, la Jefatura de la Agencia Europea de Defensa o la proyectada figura del Ministro de Asuntos Exteriores de la Unión del Tratado constitucional en proceso de ratificación). El intento de la Comisión de insistir en la “responsabilidad de las instituciones” no parece variar las cosas. Creo que el asunto requiere respuestas más contundentes. Es comprensible que ante la imposibilidad de vislumbrar otra salida se piense que esta solución de concentrar en un cargo institucional de la UE la responsabilidad de todos los sectores de acción exterior es una posible garantía de cierta coherencia. Pero conviene no exagerar sus efectos.

El problema va a persistir en tanto en cuanto no se eliminen las diferentes estructuras de decisión y en tanto en cuanto no se establezca un procedimiento decisorio único con capacidad de establecer, según el caso, la prioridad de los intereses comerciales, políticos o de seguridad. Y esto, por más vueltas que se den, sólo es posible mediante una operación importante en los tratados constitutivos y de hondo calado jurídico. Llámese como se llame es imprescindible dotar al sistema de la UE de un “poder” de decisión en PESC (una transferencia) y

¹⁶ Casos paradigmáticos de la imposición desde PESC de disposiciones relativas a ámbitos comunitarios: Decisión 94/697/PESC del Consejo, de 24 de octubre de 1994, relativa a la posición común, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo J.2 del TUE, sobre los objetivos y prioridades de la Unión Europea en lo que se refiere a Ruanda, *DOCE* L 283, 29 octubre 1994, p. 1 s.; y Decisión 94/779/PESC, Posición común del Consejo, de 28 de noviembre de 1994, definida por el Consejo con arreglo al artículo J.2 del TUE, relativa a los objetivos y prioridades de la Unión Europea con respecto a Ucrania, *DOCE* L 313, 6 diciembre 1994, p. 1 s.

sujeto a un control político comparable al comunitario y a la jurisdicción en la vertiente del control de legalidad¹⁷.

No es posible esperar gran cosa en la situación actual. En su sentido instrumental, la coherencia apenas goza en los tratados de un mecanismo importante (pero parcial) en materia de sanciones (artículos 301 y 60 del TCE) y uno externo (“Acuerdo interinstitucional del PE, el Consejo y la Comisión de 6 de mayo de 1999 sobre la disciplina presupuestaria y la mejora del procedimiento presupuestario” en particular su apartado H relativo a PESC). No parece, desde luego, que ni uno ni otro puedan resolver el problema general de coherencia.

5. – 1) La insatisfactoria situación de la PESC es, con todo fundamento, lugar común. El periodo transcurrido desde los inicios de la CPE y los escasos logros obtenidos sugieren una cierta sensación de fracaso. El discurso sobre la construcción de una política exterior y de seguridad común para la Unión Europea presenta serios síntomas de agotamiento. El institucional y de procedimiento ha terminado prácticamente por abandonarse ante la imposibilidad de avances reales y la presencia de fuerzas contrarias a la unificación de las políticas exteriores nacionales. Una maraña de procedimientos complejos, de cláusulas de exclusión y su permanencia en esa especie de limbo jurídico del Título V del TUE han terminado por hacer perder cualquier esperanza de progreso. En el discurso de la UE como “poder”, la PESC se diluye en una apreciación de la UE como un actor internacional tan inasible como impredecible.

2) Un discurso y otro han mostrado sus límites y carencias. En ambos se han logrado aproximaciones lúcidas, incluso brillantes, pero una terca realidad se impone. La *coherencia* o, por mejor decir, la falta de coherencia permite detectar las serias carencias del modelo de la PESC tanto en su acepción vertical como horizontal. En mi opinión, se impone *reequilibrar el discurso institucional y de procedimientos con el de la UE como poder*, y el factor *coherencia* es el que permite hacerlo. Se puede argüir que el discurso institucional ya ha dado todo lo que podía dar y se puede justificar en términos “realistas” con argumentos aparentemente irrefutables¹⁸, pero es importante aceptar, como hace Terpan, que “... l’existence et l’efficience de l’institution comptent, car elles commandent l’existence même de l’acteur et de son aptitude à agir”¹⁹, y esto es tal vez lo que un discurso de poder radical, simplemente, ha olvidado.

¹⁷ La idea de la exclusión de la PESC de la jurisdicción a toda costa se vislumbra por momentos imposible. A los hechos me remito: desde el año 2000 a hoy el TJ se ha pronunciado o está pendiente de hacerlo en diez ocasiones y el TPI en treinta y cuatro, en asuntos esencialmente producidos como consecuencia de decisiones de PESC. ¡Curiosa exclusión de jurisdicción!

¹⁸ Como dice F. TERPAN, (*op. cit.*, p. 17), “Croit-on vraiment que le vote à la majorité qualifiée aurait permis d’éviter l’éclatement de Yougoslavie ou de mettre un terme au conflit bosniaque?”. La respuesta más fácil es decir que no; pero, claro, nunca lo sabremos. ¿Podría, de haberse tenido un modelo decisorio más ágil y mayoritario, haberse ahorrado mucho sufrimiento? También la respuesta fácil es decir que sí, y tampoco lo sabremos jamás.

¹⁹ *Ibidem*.

3) Un acercamiento sencillo al problema de la coherencia permite, en efecto, detectar de forma inmediata que las posibilidades de que la Unión Europea pueda constituirse en un actor cohesionado y eficaz en las relaciones internacionales pasa por una modificación sustancial del *sistema*. Si la coherencia vertical atraviesa momentos delicados, en particular por la falta de obligaciones jurídicas concretas, las dificultades de la coherencia horizontal se han agravado por la formación singular de ese nuevo espacio de la PESD que funciona con un operativo externo al sistema del TUE. La visión puramente pragmática de la acción exterior de la UE puede resolver cuestiones particulares pero no dará una solución de sistema a la coherencia.

4) Es importante, a mi juicio, considerar que los defectos sistémicos de la UE en política exterior no son el fruto de fracasos o dificultades concretas en la acción exterior (tan imputables en última instancia a la UE como a otros actores internacionales) sino a un modo de concebir la política exterior de la Unión que ha *prefijado desde sus inicios* un modelo (*dependiente, instrumental, complementario e intergubernamental*) que nadie osa cuestionar. Tanto el discurso instrumental como el de poder parecen darlo por inalterable en su esencia. Yo creo que el problema del factor coherencia acaba por cuestionarlo. El Tratado por el que se establece una Constitución Europea no lo resuelve aunque tiene la virtud de plantearlo haciéndolo más visible.

5) Es impensable que con la atomización de los sistemas decisorios, agravados ahora por la relativa autonomía de PESD, y la subordinación permanente de la PESC a cualquier sector se pueda progresar. Las posibilidades de asentamiento de una política exterior común de la UE pasan por una unificación del sistema decisorio, y que sea éste el que decida las prioridades de unos intereses concretos en cada caso. La “coordinación” de actuaciones en la defensa de los intereses interiores y exteriores me parece un modelo agotado. La precisión de las obligaciones jurídicas y un control jurisdiccional del cumplimiento (ajeno a todo control de oportunidad) y de validez de los actos con efectos jurídicos vinculantes, me parecen irrenunciables. Es fácil, más fácil aún por los momentos que atraviesa la UE, considerar estas reflexiones como nada realistas. Es posible. Pero no más que pensar que la UE goza ya de una política exterior común, coherente y eficaz.

Dario Antiseri

Considerazioni sul “destino unitario” dell’Europa

SOMMARIO: 1. L’Europa è la sua storia. E questa storia non è la storia di un’idea che permette una sola tradizione, ma è la storia di una tradizione che permette le idee più diverse e azzardate. – 2. L’Europa come la “nazione dai cento volti”. – 3. L’idea cristiana di persona quale tratto distintivo dell’Europa. – 4. Il Dio dei cristiani contro la tentazione “teocratica”. – 5. I “corpi intermedi”: presidio di iniziative libere di lebere persone.

1. Prendo l’avvio da un interrogativo, oggi più urgente che mai: *in che cosa consiste l’identità europea?* Quale è, per dirla con Fernand Braudel, il *destino unitario* dell’Europa? In breve: che cos’è questa nostra Europa? Non starò qui ad inseguire le svariate, differenti, spesso contrastanti definizioni sull’idea di Europa rinvenibili in una letteratura ormai davvero sterminata. E vengo subito a quello che, a mio avviso, può venir considerato come il nocciolo della questione.

Non pochi intellettuali, sicuramente ben intenzionati, hanno a più riprese sottolineato il fatto che l’Europa non ha avuto e non ha oggi e ancor più non avrà domani una filosofia unica, una fede unica, un’unica morale. Ed hanno visto e vedono in ciò la debolezza dell’Occidente. L’Occidente, insomma, *sarebbe debole senza una simile “idea portante ed unitaria, una fede unica” da contrapporre con orgoglio ad altre culture ben più monolitiche e dogmatiche.*

Siffatta opinione, largamente diffusa è, in qualche modo, comprensibile. Tuttavia, ha scritto non molti anni fa Karl Popper, “io la reputo fundamentalmente errata. Dovremmo essere orgogliosi di non possedere un’unica idea, bensì molte idee, buone e cattive, di non avere una sola fede, un’unica religione, quanto piuttosto parecchie fedi, buone e cattive.

È segno della superiore energia dell’Occidente il fatto che ce lo possiamo permettere. L’unità dell’Occidente su un’unica idea, su un’unica fede, su un’unica religione, sarebbe la fine dell’Occidente, la nostra capitolazione, il nostro assoggettamento incondizionato all’idea totalitaria”.

L’Europa è la sua storia. E la storia d’Europa non è la storia di un’unica idea, di una tradizione monolitica. La storia d’Europa è piuttosto la storia – certo punteggiata anche di errori, di soprusi, di massacri – di una tradizione in cui nascono, si sviluppano, si incontrano e si scontrano più idee filosofiche e più idee religiose, svariate proposte politiche e più visioni del mondo: buone e cattive.

L'Europa è la sua storia. *E questa storia non è la storia di un'idea che permette una sola tradizione, ma è la storia di una tradizione che permette le idee più diverse ed azzardate.* Non è la storia di una prigione mentale; è piuttosto la storia – talvolta dolorosa, talvolta impazzita – della provincia del mondo che ha conosciuto la fioritura più varia e ricca di idee (buone o cattive) spesso in contrasto tra di loro. Ed è proprio *questo ciò che distingue l'Europa e la sua storia dalla storia di altre culture.* Qui sta, appunto, il *destino comune* dell'Europa: ragione critica, pluralismo, tolleranza. La nostra civiltà – è Popper a parlare ancora – è la migliore perché la più capace di autocorreggersi. Si autocorregge perché guidata dal valore della ragione critica – e perché critica è anche tollerante.

2. Ragione critica, pluralismo, rispetto delle diversità, e tolleranza sono elementi che, in una storia travagliata, hanno contribuito a delineare i tratti dell'identità europea. Una consapevolezza, questa, che va da Strabone, il quale parlava dell'Europa come di “una nazione dai cento volti”; a Santo Stefano, il re di Ungheria che nei *Monita* ai suoi eredi faceva presente che “*unius linguae uniusque moris regnum fragile est*”; giù giù sino a Jakob Burckhardt.

Questo grande storico, nella *Lezione del 14 maggio del 1869*, all'Università di Basilea, così parlava dell'Europa: “Vi è una cosa che non dobbiamo desiderare, perché l'abbiamo a nostra disposizione: è l'Europa in quanto focolaio, nel contempo vecchio e nuovo, con una vita da mille aspetti, luogo di nascita delle più ricche creazioni, patria di tutti i contrasti che sono riassorbiti nella sua unità”. Sta qui, per Burckhardt, la diversità – e lui dice la superiorità – dell'Europa nei confronti delle civiltà asiatiche. In Europa “l'individuo poté svilupparsi pienamente e rendere i più grandi servizi all'insieme di cui faceva parte”. E quasi ottanta anni dopo Burckhardt, un altro svizzero, Louis Gonzague de Reynold poteva ripetere: “L'europeo è soprattutto una persona [...]. Non è fatto per una civiltà di massa. Il giorno in cui venisse travolto nei gorgi della massa, sarebbe la fine dell'Europa”. E, ancora con Burckhardt, Albert Einstein: “L'ideale umanitario dell'Europa appare permanente e indissolubilmente legato alla libera espressione delle proprie opinioni, in certa misura al libero arbitrio degli individui, allo sforzo verso l'obiettività di pensiero esente da considerazioni di puro tornaconto, e all'incoraggiamento delle differenze in materia di idee e di gusti. Queste esigenze e questi ideali rappresentano la natura dello spirito europeo”.

3. Ragione critica, pluralismo e tolleranza – linee portanti della nostra tradizione. Esiti essi stessi di tentativi e di errori, non sempre egemoni, questi valori, qui o là, per periodi più o meno lunghi, sono stati avversati, messi in ombra, calpestati.

Ma sono di continuo riemersi. L'albero tagliato è rinato, le sue radici erano solide. Ed esse affondano nella cultura greca da una parte e nel messaggio cristiano dall'altra. È un pensatore laico come Popper a riconoscere il valore che la tradizione cristiana attribuisce alla *coscienza* dei singoli individui. Per un umanitario, e soprattutto per un cristiano, egli scrive, “non esiste uomo che sia più importante di un altro uomo”. E “riconosco [...] che gran parte dei nostri scopi

e fini occidentali, come l’umanitarismo, la libertà, l’uguaglianza, li dobbiamo all’influenza del cristianesimo. Ma, nello stesso tempo, bisogna anche tener presente che il solo atteggiamento razionale e il solo atteggiamento cristiano anche nei confronti della storia della libertà è che siamo noi stessi responsabili di essa, allo stesso modo che siamo responsabili di ciò che facciamo delle nostre vite e che *soltanto la nostra coscienza*, e non il nostro successo mondano può giudicarci”. “Il metro del successo storico appare incompatibile con lo spirito del cristianesimo”. “I primi cristiani ritenevano che è la coscienza che deve giudicare il potere e non viceversa”. E ancora: la coscienza di ogni singola persona, unita con l’altruismo, “è diventata la base della nostra civiltà occidentale”.

È la dottrina centrale del Cristianesimo (“ama il prossimo tuo”, dice la Scrittura, e non “ama la tua tribù”) ed è il nucleo vivo di tutte le dottrine etiche che sono scaturite dalla nostra civiltà e l’hanno alimentata. È anche, per esempio, la dottrina etica centrale di Kant (“devi sempre riconoscere che gli individui umani sono fini e che non devi mai usarli come meri mezzi ai tuoi fini”). Non c’è alcun altro pensiero che abbia avuto tanta influenza nello sviluppo morale dell’uomo”. Viene da chiedersi: cosa sarebbe stata e cosa sarebbe l’Europa senza Cristianesimo?

4. Ho richiamato questi pensieri di Popper sul valore che il Cristianesimo dà alla libera e responsabile coscienza di ogni singola persona, perché strettamente collegabili ad alcune idee esposte da Ernst Troeltsch nel suo grande capolavoro *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen*.

È dall’insegnamento di Cristo – e successivamente di Paolo – che scaturisce l’idea che l’uomo è un individuo-in-relazione-a-Dio. L’anima individuale, la coscienza di ogni uomo e di ogni donna, riceve valore eterno dalla sua relazione filiale con Dio – una relazione su cui si fonda l’altra idea, l’altro ideale, di fratellanza umana: uniti a Cristo, tutti gli uomini sono liberi e fratelli.

Commenta Louis Dupont nei suoi *Saggi sull’individualismo*: “Il valore infinito dell’individuo implica al tempo stesso il ridimensionamento, la svalutazione del mondo così com’è: si crea perciò un dualismo, una tensione, che è costitutiva del cristianesimo e che attraversa tutta la storia”.

Troeltsch ci tiene a sottolineare che la fratellanza in Cristo e l’uguaglianza che ne consegue “esistono puramente in presenza di Dio”.

Dirà Lattanzio: “Nessuno *agli occhi di Dio*, è schiavo né padrone [...]. Siamo tutti [...] suoi figli”. *L’ideale agli occhi di Dio*: un indice dell’abisso in cui si trova la condizione umana – un ideale che, pur tra vicissitudini compromissorie anche torbide, tra tentazioni “teocratiche” o rifiuti “satanocratici” della politica, ha esercitato, nell’evoluzione storica, una pressione a volte travolgente sull’elemento mondano antietico. “Date a Cesare quel che è di Cesare e a Dio quel che è di Dio”: con ciò entrava nella storia il principio che *Kàysar non è Kýrios* – il potere politico veniva desacralizzato, l’ordine mondano relativizzato, e le richieste di Cesare sottoposte ad un giudizio di legittimità da parte di un inviolabile coscienza. Su questa base Origene poteva giustificare, contro Celso,

il rifiuto da parte dei cristiani di associarsi al culto dell'imperatore o di uccidere in obbedienza ai suoi ordini.

5. "I cristiani – leggiamo nella *Lettera a Diogneto* – non si distinguono dagli altri uomini né per territorio, né per lingua, né per il modo di vestire. Non abitano mai città loro proprie, non si servono di un gergo particolare, né conducono uno speciale genere di vita [...]. Sono sparpagliati nelle città greche e barbare, secondo che a ciascuno è toccato in sorte. Si conformano alle usanze locali nel vestire, nel cibo, nel modo di comportarsi [...]. Abitano ciascuno nella propria patria, ma come immigrati che hanno il permesso di soggiorno. Adempiono a tutti i loro doveri di cittadini, eppure portano i pesi della vita sociale con interiore distacco.

Ogni terra straniera per loro è patria, ma ogni patria è terra straniera. Si sposano e hanno figli come tutti, ma non abbandonano i neonati. Mettono vicendevolmente a disposizione la mensa, ma non le donne [...]. Dimorano sulla terra, ma sono cittadini del cielo. Obbediscono alle leggi stabilite, ma col loro modo di vivere vanno al di là delle leggi". E sono anche pronti a ribellarsi alla legge: come quando si cercava di imporre loro di bruciare l'incenso a Cesare. Plinio, quand'era governatore della Bitinia, invia un resoconto all'imperatore Traiano, dove gli notifica di aver condannato a morte tutti quei cristiani che si erano rifiutati di acclamare Cesare come Signore (*Kýrios Kàysar*) e di maledire Cristo (*Anàthema Christòs*). Per il cristiano solo Dio è il Signore, l'Assoluto. Lo Stato agli occhi del cristiano – annota Oskar Cullmann in *Dio e Cesare* - "non è nulla di assoluto".

Kàysar non è Kýrios: una spina nella carne nelle pretese onnivore del potere politico, principio religioso ed insieme etico, sorgente inesauribile di una miriade di corpi intermedi (ospedali, orfanotrofi, associazioni di carità, ordini religiosi, confraternite, monti frumentari, scuole, cattedrali, università, scuole professionali, cooperative, movimenti politici, casse di risparmio, giornali diocesani, organizzazioni giovanili, ecc.) che pur tra cedimenti e collusioni hanno rappresentato nella storia dell'Occidente il presidio di iniziative libere di libere persone.

Da questa prospettiva il Cristianesimo, con le sue chiese, è stato l'*evento politico* più importante dell'Occidente: *per decreto religioso lo Stato* non può essere tutto.

Girolamo Strozzi

Alcune riflessioni sul Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le principali novità introdotte dal Trattato costituzionale. – 3. La natura del Trattato costituzionale. – 4. I rapporti tra Trattato costituzionale e ordinamenti nazionali. – 5. L'incorporazione nella Costituzione europea della Carta dei diritti fondamentali. – 6. Il controllo sull'applicazione del principio di sussidiarietà. – 7. Il ruolo dei parlamenti nazionali e delle autonomie regionali. – 8. *segue*: la legge 4 febbraio 2005 n. 11.

1. L'esito negativo dei *referendum* indetti da Francia e Olanda per approvare la ratifica del Trattato costituzionale, nonostante abbia dato origine a uno degli stalli più gravi nel processo di integrazione, non ha tuttavia compromesso definitivamente e irrimediabilmente il progetto "costituzionale": i presupposti giuridici (meno, per il momento, quelli politici) per una ripresa del percorso interrotto ci sono ancora. La "pausa di riflessione" sarà certamente ancora lunga e complessa, ma non è affatto escluso che porti a degli sbocchi positivi e ad una ripresa dell'*iter* per l'approvazione della riforma costituzionale con gli eventuali aggiustamenti che la pausa di riflessione suggerirà.

Come sottolineato dal Consiglio europeo di Bruxelles del 15-16 giugno 2006, al momento il numero degli Stati membri che hanno ratificato è salito a 15, un altro è in procinto di farlo, altri sette hanno iniziato la procedura di ratifica. Quindi può ragionevolmente presumersi che entro l'anno 2006 sarà raggiunta la soglia dei 4/5 degli Stati membri ratificanti prevista dalla Dichiarazione n. 30 allegata al Trattato costituzionale, che prescrive allora di investire della questione il Consiglio europeo per la ricerca di una soluzione definitiva, alla luce del dovere di leale cooperazione.

Ovviamente la mancata ratifica di Francia e Olanda (e forse di qualche altro Stato membro) pone dei seri problemi, che tuttavia potrebbero essere avviati a soluzione di fronte al dato di un ampio numero di ratifiche intervenute, che non potrà non esercitare una forte pressione sugli Stati membri non ratificanti, che verranno a trovarsi isolati e caricati di una pesante responsabilità.

* Il presente lavoro, qui ripreso con alcune varianti, è destinato agli Studi in onore di Giorgio Badiali.

Gli scenari che potranno presentarsi sono in teoria vari¹: scartata l'ipotesi di un recesso spontaneo dall'Unione degli Stati non ratificanti per ovvii motivi, certamente la soluzione più realistica è che il Consiglio europeo avvii un processo di rinegoziazione del Trattato costituzionale tra tutti gli Stati membri, apportando modifiche e correttivi a certi aspetti più controversi, come la politica economica, la politica sociale e dell'occupazione (per la verità l'opposizione non si è concentrata tanto su singoli aspetti o politiche, quanto sul disegno europeo nel suo complesso), o innestare nei Trattati esistenti quelle parti della Costituzione essenziali e condivise da tutti: ovviamente occorrerà rimettere in moto tutto il meccanismo di revisione, ivi compresa la convocazione di una Convenzione; oppure passare direttamente alla convocazione di una Conferenza intergovernativa (secondo la procedura fissata dall'art. 48 TUE, in vigore), perdendo tuttavia quella novità positiva consistente nell'apporto delle varie componenti democratiche chiamate ad esprimersi nella Convenzione.

Il Consiglio europeo esprime un auspicio convinto sulla possibilità che il processo di ratifica da parte dei rimanenti Stati membri possa essere completato entro il 2006 e lancia un segnale abbastanza determinato perché ulteriori sforzi siano compiuti per ottenere effettivi progressi in questa direzione.

L'approccio è pragmatico e prudente, o se preferiamo ancora vago e generico, ma lascia intendere come permanga, nonostante tutto, una volontà condivisa di non abbandonare la strada tracciata col Trattato costituzionale e di perseverare nella riflessione, nelle consultazioni, nella discussione per giungere a una decisione positiva sul processo di riforma costituzionale.

A tal fine il Consiglio europeo suggerisce di operare su due fronti: in primo luogo cercare di conseguire nel frattempo alcuni concreti risultati che rispondano alle aspettative dei cittadini europei, utilizzando le possibilità già offerte dai Trattati esistenti. Si tratta di un segnale importante, poiché denota la consapevolezza che non è sufficiente l'accordo dei governi, ma occorre anche ricercare e recuperare quel consenso popolare che in alcuni casi è mancato attraverso l'efficientamento di alcune politiche rispondenti alle esigenze avanzate dalla "base". In secondo luogo vengono indicate alcune scadenze temporali e adempimenti attraverso cui dare corpo al processo di riforma: un primo rapporto che faccia il punto sullo stato del dibattito sul Trattato costituzionale e indichi i possibili sviluppi dovrà essere presentato al Consiglio europeo dalla Presidenza entro il primo semestre del 2007. Sulla sua base il Consiglio europeo elaborerà ulteriori decisioni sulle modalità da seguire per far avanzare il processo costituzionale. Tali indicazioni dovranno essere adottate entro il secondo semestre del 2008 al più tardi. Le Presidenze che si avvicenderanno avranno il compito e la responsabilità di assicurare che il processo non sia interrotto.

In sostanza la pausa di riflessione non è affatto terminata e anzi si sollecita a proseguirla e portarla a compimento nei tempi indicati, ma neanche traspare una

¹ Cfr. in merito G. STROZZI, *Il Trattato costituzionale: entrata in vigore e revisione*, in *DUE*, 2005, p. 631 ss.

volontà di accantonare o rimandare *sine die* il completamento del progetto. Un progetto di riforma costituzionale che sembra ancora condiviso nelle sue linee generali ed essenziali, che avrà bisogno di alcuni correttivi da negoziare ma che indubbiamente mantiene intatta la sua validità.

L'impegno formulato nelle Conclusioni della Presidenza appare ancora troppo generico, forse reticente, ma non rinunciatario; permangono difficoltà di politica interna, disparità di vedute su alcuni aspetti di principio più che di sostanza. Pare ad esempio che un punto di dissidio concerna la qualifica stessa del Trattato, se denominarlo "costituzionale" o semplicemente Trattato: un aspetto di principio certo significativo per il messaggio che si vuole trasmettere, ma che nella sostanza, come vedremo, non comporta conseguenze pratiche di rilievo, dunque superabili. Altre divergenze riguardano alcune politiche sostanziali che tuttavia, come altre volte è accaduto nel passato, non sembrano insormontabili. L'importante è che siano mantenute certe novità, certi aspetti più significativi che indubbiamente il Trattato contiene, indipendentemente dalla sua qualifica, che meritano di essere salvaguardati, su alcuni dei quali ritorniamo per una ulteriore riflessione.

2. Nonostante la particolare e significativa intestazione, il Trattato in questione non si discosta dai vari Trattati che già si sono succeduti per modificare i Trattati originari, alcuni in modo altrettanto significativo (si pensi al Trattato di Maastricht), ma se ne differenzia per vari aspetti²: in primo luogo, appunto, per l'ambizione di fondare una "Costituzione" europea, "ispirata dalla volontà dei cittadini e degli Stati d'Europa, introducendo alcuni principi fondamentali, come:

- i valori e gli obiettivi dell'Unione, considerata come *unione di Stati e di popoli* per evidenziare la duplice legittimità su cui si fonda;
- il maggior risalto conferito alla *cittadinanza dell'Unione*, considerata complemento della cittadinanza nazionale: i diritti da essa derivanti sono indicati con maggiore precisione, pur senza apportare sostanziali modifiche rispetto a quelli riconosciuti in varie disposizioni dei Trattati vigenti, raggruppati ora in un unico articolo (I-10) ma anche ampliandoli: infatti altri diritti dei cittadini dell'Unione si trovano indicati nel titolo VI: come il diritto di uguaglianza di tutti i cittadini, il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione, di far conoscere e

² Per i primi commenti sul Trattato costituzionale cfr. A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, in A. TIZZANO (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa*, Milano, 2004, p. 1 ss.; B. DE WITTE (a cura di), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Firenze, 2003; J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, 2003; L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, 2004; E. TRIGGIANI, *Un Trattato per la futura "unità europea"*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, supplemento speciale di *Sud in Europa*, settembre-ottobre 2004, Bari, 2004; F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *La Costituzione europea. Un primo commento*, Bologna, 2004; U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella "Costituzione Europea"*, in *CI*, 2005, p. 643 ss.; L. DANIELE, *Costituzione europea e riforma istituzionale dell'Unione*, in *DUE*, 2006, p. 1 ss.; V. STARACE, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 9 ss.

scambiare pubblicamente le proprie opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione, il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, il diritto a sollecitare la Commissione a prendere proposte appropriate. I diritti dei cittadini sono quasi tutti ugualmente contemplati anche nella Carta dei diritti che è stata incorporata nella parte II del Trattato costituzionale, creando però una ripetizione e un duplicato che comporta alcuni problemi di armonizzazione, specie per quanto riguarda le condizioni di esercizio dei diritti di cittadinanza riconosciuti nella parte I e di quelli riconosciuti solo nella Carta;

- l'inserzione di un apposito titolo (VI, della Parte I) specificamente dedicato alla vita democratica dell'Unione contenente il principio dell'*uguaglianza democratica* secondo cui l'Unione rispetta il principio dell'uguaglianza dei cittadini; il principio della *democrazia rappresentativa*, sul quale "si fonda il funzionamento dell'Unione", che consente di assicurare la rappresentanza diretta dei cittadini a livello dell'Unione attraverso il Parlamento europeo (che vede significativamente valorizzato il suo ruolo con la piena contitolarietà nella funzione legislativa, nella funzione di bilancio, nel potere di eleggere il Presidente della Commissione) garantendo il loro diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione; il principio della *democrazia partecipativa* che implica un dialogo aperto, regolare e trasparente delle istituzioni con le associazioni rappresentative della società civile, lo scambio di opinioni nei settori di azione dell'Unione, ampie consultazioni della Commissione con le parti interessate, con l'intento evidente di rendere più democratici i procedimenti decisionali (al riguardo rileva l'obbligo imposto alle istituzioni di trasmettere i propri progetti di atti legislativi ai parlamenti nazionali). La proposta più innovativa in materia riguarda l'iniziativa popolare su scala europea, cioè la possibilità per i cittadini dell'Unione di presentare appropriate proposte normative, purché essi siano un numero significativo (almeno un milione), appartenenti ad un numero rilevante di Stati membri (procedure e condizioni che dovranno essere specificate da una legge europea), creando così spazi, almeno in prospettiva, per una maggiore partecipazione democratica e un maggiore coinvolgimento dei cittadini stessi nella vita dell'Unione;

- la *trasparenza* dei lavori delle istituzioni dell'Unione e dei processi decisionali; il risalto dato al sistema delle *autonomie* regionali e locali; il ruolo riconosciuto ai *parlamenti nazionali* e il loro coinvolgimento (ad esempio per quanto concerne il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, la possibilità di sollevare osservazioni su certe proposte legislative, la cooperazione interparlamentare), come meglio specificato dal protocollo n. 1, che definisce il ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione, e dal protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, entrambi allegati al Trattato.

In secondo luogo, il Trattato costituzionale si distingue per avere incorporato la Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione, ma sprovvista di per sé di valore vincolante, conferendo ai diritti ivi proclamati un valore giuridico vincolante le istituzioni e, per alcuni profili, gli stessi Stati membri (*infra*).

In terzo luogo, si caratterizza per avere ridisegnato e rifondato la struttura dell'Unione europea nel suo complesso e avere ricomposto sotto un disegno unitario e in un unico quadro giuridico le varie componenti, abolendo la distinzione introdotta col Trattato di Maastricht dei *tre "pilastri"* in cui si articola l'Unione europea che ancor oggi caratterizzano il sistema: un solo Trattato "costituzionale" si sostituirà a una serie di trattati successivi che ancora coesistono. La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e la PESC sono inserite nell'ambito di un unico contesto conferendo così maggiore coerenza sistematica ed eliminando il dualismo Unione europea - Comunità europea: la nuova Unione subentra ad entrambe e ad essa viene formalmente riconosciuta personalità giuridica, rispetto alla quale i testi in vigore tacciono, superando la disputa se essa attualmente sussista in assenza di espressa indicazione al riguardo o se comunque essa debba essere riconosciuta solo alla Comunità europea o anche all'Unione. Ciò non significa tuttavia che anche il metodo intergovernativo, che caratterizza il secondo e in buona parte anche il terzo pilastro, sia stato abolito a favore del metodo comunitario: il primo permane pressoché inalterato nell'ambito della PESC, in tema di difesa, di fiscalità, ove le decisioni richiedono di norma l'unanimità dei consensi (art. I-40, par. 6), oltre che in varie altre disposizioni. Occorre tuttavia rilevare l'inversione di tendenza rispetto al sistema attuale, quando viene proclamato che l'Unione esercita le competenze attribuite "sulla base del modello comunitario" (art. I-1: espressione infine preferita al "modello federale" per l'opposizione di alcuni governi, quello britannico in particolare) e si afferma per la prima volta in termini espliciti, come principio generale, che il Consiglio delibera a maggioranza qualificata salvo contraria previsione della Costituzione (art. I-23, par. 3). Inoltre si ricorda la previsione di alcune norme "passerella" che consentono in alcuni casi di passare dal metodo intergovernativo a quello comunitario (maggioranza qualificata) previa decisione unanime del Consiglio europeo.

Particolarmente significativi sono il riordino delle *fonti comunitarie* e una nuova definizione della tipologia degli atti dell'Unione (art. I-33), anche se si tratta più di un'operazione di facciata che di reali innovazioni sostanziali: ma certamente comporta una razionalizzazione delle fonti, delinea una loro gerarchia formale, come da tempo auspicato, introduce la nozione di legge europea come fonte preordinata, con la conseguente distinzione tra atti legislativi e atti non legislativi o esecutivi, e un modello normativo unico con effetti uniformi per l'intero campo d'azione dell'Unione (esteso dunque anche alla PESC e allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, come era logico attendersi a seguito dell'abolizione della distinzione fra i tre "pilastri"), prevede il metodo della delega legislativa.

La normazione comunitaria si esplica attraverso gli atti legislativi (legge europea, legge quadro europea), che si collocano al vertice del sistema delle fonti e sono riservati in principio all'autorità legislativa (Parlamento e Consiglio), e attraverso atti non legislativi, ossia il regolamento europeo e la decisione europea. Le singole basi giuridiche forniscono l'indicazione di quale tipo di atto deve

essere adottato; solo nel caso in cui manchi tale indicazione – come nel caso in cui si fa riferimento generico all’adozione di “misure” – la scelta è effettuata dalle istituzioni nel rispetto del principio di proporzionalità.

La *legge europea* mantiene i caratteri tipici dell’attuale regolamento: è obbligatoria in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La *legge quadro europea* conserva i caratteri propri dell’attuale direttiva: vincola gli Stati membri destinatari circa il risultato da raggiungere, facendo salva la competenza degli organi nazionali in merito alla scelta della forma e dei mezzi. Dunque la loro efficacia all’interno degli ordinamenti degli Stati membri è subordinata al loro corretto recepimento da parte di questi ultimi; ma, al pari delle attuali direttive, anche le leggi quadro europee dovrebbero poter produrre effetti diretti verticali negli ordinamenti interni nell’ipotesi di loro mancata attuazione nel termine assegnato, non ravvisandosi alcun valido motivo per una deviazione dalla consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia in materia³.

Il *regolamento europeo* designa ora invece un atto non legislativo, sia pure sempre a portata generale, destinato all’attuazione degli atti legislativi (o di talune disposizioni della Costituzione) e dunque sarà normalmente adottato dalla Commissione nell’esercizio del potere delegato, ma anche dal Consiglio e dalla Banca centrale europea (nei casi specifici previsti); esso può presentare i caratteri tipici tanto della legge europea quanto della legge quadro europea: infatti può essere obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile negli ordinamenti nazionali, oppure vincolare lo Stato membro destinatario circa il risultato da raggiungere lasciando alla competenza degli organi nazionali la scelta della forma e dei mezzi.

Si distingue tra regolamenti di esecuzione e regolamenti delegati. I primi sono diretti a dare esecuzione agli atti vincolanti dell’Unione. Come principio generale, compete agli Stati membri provvedere alla loro attuazione: soltanto quando sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione, viene conferito alla Commissione, o in casi particolari al Consiglio, il potere di adottare regolamenti europei di esecuzione o decisioni europee di esecuzione (art. I-37). Gli atti esecutivi della Commissione sono soggetti a un controllo da parte degli Stati membri secondo regole e principi generali stabiliti preventivamente dalla legge europea: sopravvive dunque sostanzialmente la procedura dei comitati, anche se il Parlamento vede ora rinforzato il proprio ruolo rispetto al sistema vigente (ove le modalità di esecuzione sono deliberate dal Consiglio previo parere del Parlamento: art. 202 TCE), dovendo tale procedura essere autorizzata con la procedura legislativa ordinaria.

Inoltre viene formalmente riconosciuto il sistema della *delega legislativa* (art. I-36): alla Commissione può essere delegato da una legge o legge quadro europea, previa delimitazione esplicita degli obiettivi, del contenuto, della portata e della durata della delega, il potere di adottare regolamenti europei (rego-

³ In tal senso, R. MASTROIANNI, *Fonti, sussidiarietà ed iniziativa legislativa nel testo della Costituzione per l’Europa*, in *DPCE*, 2003, p. 1740 s.

lamenti delegati) per completare o modificare elementi non essenziali della legge europea, mentre quelli essenziali non possono formare oggetto di delega. Il Parlamento, a maggioranza dei membri, e il Consiglio, a maggioranza qualificata, possono sempre decidere di revocare la delega, oppure sollevare obiezioni, prima dello scadere del termine fissato dalla legge europea, avverso il regolamento europeo delegato, che allora non può entrare in vigore.

Non risulta chiara la posizione dei regolamenti europei delegati nel sistema degli atti dell'Unione: data la loro idoneità a modificare e completare atti legislativi (sia pure limitatamente gli aspetti non essenziali), sembrerebbe che rivestano la forza degli atti legislativi. Ma dal testo della Costituzione europea non è dato ricavare alcuna precisazione in merito, riferendosi al regolamento europeo come categoria unica senza distinguere al suo interno tra regolamenti di rango superiore e inferiore. È da ritenersi pertanto che entrambi i tipi di regolamento rivestano pari forza formale, insieme alle decisioni europee di esecuzione. Risulta evidente comunque che il Parlamento svolge un ruolo più incisivo con riguardo ai regolamenti delegati (per i quali il legislatore comunitario stabilisce le modalità di controllo sull'esercizio della delega e il Parlamento, oltre che il Consiglio, può revocare la delega), che rispetto ai regolamenti di esecuzione sottoposti al controllo da parte degli Stati membri, sia pure secondo regole adottate dalla legge europea.

Anche la *decisione europea* (che può essere adottata da tutte le istituzioni, anche dal Consiglio europeo nei casi previsti dalla Costituzione, con esclusione del Parlamento) è un atto non legislativo, ma obbligatorio in tutti i suoi elementi; può avere portata generale o individuale: in questo secondo caso è vincolante solo nei confronti dei destinatari. Tali atti hanno una portata più ampia delle decisioni attualmente previste dall'art. 249 TCE, secondo cui esse hanno sempre destinatari specifici. Le decisioni europee di esecuzione sono dirette a dare esecuzione agli atti vincolanti.

Le *raccomandazioni* (possono essere adottate dal Consiglio, dalla Commissione e dalla BCE) e i *pareri* mantengono il loro carattere di atti non vincolanti.

Tale sistema normativo dovrebbe avere carattere "chiuso", nel senso che Parlamento e Consiglio, in presenza di proposte di atti legislativi in un determinato settore, devono astenersi dall'adottare atti non previsti dalla procedura legislativa applicabile al settore interessato: questa precisazione tende a ridurre la prassi (e l'abuso) degli atti non previsti che si è andata notevolmente ampliando nella prassi comunitaria. Alcuni atti atipici continuano tuttavia a essere contemplati da varie disposizioni del testo costituzionale (come gli accordi interistituzionali in tema di cooperazione tra Parlamento, Consiglio e Commissione: art. III-397).

Nell'ambito della PESC, il Consiglio europeo e il Consiglio agiscono attraverso atti non legislativi, ossia decisioni europee, essendo esplicitamente escluso il ricorso alle leggi e leggi quadro europee.

Non vi è alcun riferimento nel testo del Trattato costituzionale ai principi generali, ivi compresi quelli del diritto internazionale: ma è da ritenersi che essi, frutto dell'elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia, continuino a rivestire un rango superiore al diritto derivato.

La Costituzione europea innova profondamente in merito alle *procedure di formazione* degli atti normativi comunitari. In primo luogo viene soppressa la procedura di cooperazione, che del resto trova già poco spazio nell'attuale sistema (utilizzata praticamente solo nell'ambito dell'UEM), in modo coerente con la nuova visione che pone il Parlamento europeo in una posizione paritaria col Consiglio nel procedimento di adozione degli atti normativi, quali "legislatori" dell'Unione. Vengono invece mantenute la procedura di consultazione (ma con applicazione più circoscritta) e la procedura del parere conforme (denominata "approvazione del Parlamento europeo"). La necessaria approvazione del Parlamento viene notevolmente estesa a una serie di casi che nel regime attuale prevedono solo la sua consultazione o nessun coinvolgimento: clausola di flessibilità, risorse proprie dell'Unione, misure per combattere la discriminazione, sospensione dei diritti di appartenenza all'Unione, cooperazione rafforzata, recesso dall'Unione, alcuni aspetti dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la decisione di non convocare una Convenzione per le modifiche del Trattato.

La procedura di codecisione diviene la "procedura legislativa ordinaria", con alcune (lievi) innovazioni che ne migliorano lo svolgimento, attenuando il farraginoso "rimballo" tra Parlamento e Consiglio, pur senza raggiungere quello snellimento che era auspicabile, e viene indicata come procedura generale per l'adozione delle leggi europee.

Viene notevolmente estesa l'area delle decisioni a maggioranza qualificata, che viene indicata come regola generale per l'adozione degli atti normativi, anche se rimangono aree importanti ancora sottoposte all'unanimità (politica fiscale, politica estera e di difesa); ma l'art. IV-444 prevede che il Consiglio europeo possa adottare una decisione europea che consenta al Consiglio di deliberare a maggioranza qualificata quando la parte III della Costituzione dispone che il Consiglio deliberi all'unanimità in un settore determinato (norma "passerella"): si può così passare dal regime dell'unanimità a quello della maggioranza qualificata senza passare attraverso il laborioso procedimento di revisione.

Procedure legislative speciali sono previste specificamente da singole disposizioni della Costituzione (atti adottati dal Parlamento con la partecipazione del Consiglio o da quest'ultimo con la partecipazione (consultazione) del Parlamento: la seconda ipotesi è la più frequente, mentre la prima riguarda solo materie di organizzazione interna o modalità di esercizio delle competenze del Parlamento); ma esse possono essere sostituite dalla procedura ordinaria a seguito di una decisione unanime del Consiglio.

Di particolare rilievo l'aver affrontato il tema delicato del riordino delle *competenze comunitarie*, avvertito da tempo come uno dei nodi centrali del processo di integrazione, fin ora ricavabili solo dalle singole disposizioni dei Trattati che contemplano la base giuridica per consentire alle istituzioni il loro esercizio

(principio di attribuzione), e conseguentemente anche la ridefinizione dei rapporti tra Unione e Stati membri⁴. La Costituzione ribadisce che le competenze dell'Unione si fondano sul principio di attribuzione e sono esercitate nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, ma esplicitando altresì il principio, fin ora ricavabile solo in via interpretativa, che quando la competenza dell'Unione non è espressamente prevista, essa resta come regola generale in capo agli Stati membri (art. I-11), in coerenza del resto con l'affermazione che sono gli Stati membri a conferire all'Unione, nella Costituzione, le competenze per conseguire gli obiettivi stabiliti (art. I-1): cioè le competenze derivano sì dalla Costituzione, ma solo in quanto volute e attribuite secondo la comune volontà degli Stati.

Inoltre, seguendo una via intermedia tra un'elencazione rigida e una massima flessibilità, si ripartiscono le competenze dell'Unione in tre grandi categorie (art. I-12 ss.): competenze *esclusive*, esaustivamente elencate (art. I-13), sottratte alla legiferazione degli Stati membri (salvo se autorizzati dall'Unione stessa o per attuare atti di questa); competenze *per azioni di sostegno, coordinamento e completamento* dell'azione degli Stati membri in determinati settori elencati tassativamente (art. I-17), ma senza sostituirsi alla competenza di questi ultimi che ne mantengono la responsabilità; l'intervento comunitario avverrà dunque di norma attraverso atti non vincolanti (salvo eccezioni puntualmente previste dalla Costituzione) e mai comunque con misure di armonizzazione legislativa; competenze *concorrenti* con quelle degli Stati membri, residuali rispetto alle altre due categorie, di cui si indicano i principali settori (art. I-14), il cui esercizio da parte dell'Unione preclude successivi interventi statali (salvo alcuni settori – come la ricerca, l'aiuto umanitario, lo sviluppo tecnologico – ove l'esercizio della competenza dell'Unione non impedisce agli Stati di esercitare la loro: si parla in proposito di competenze *parallele*). Il quadro è completato dalle competenze attribuite all'Unione per assicurare il coordinamento delle politiche e economiche e occupazionali degli Stati membri e per la definizione e l'attuazione di una politica estera e di sicurezza comune.

Questo sistema, abbastanza rigido, viene temperato dalla “clausola di flessibilità” (art. I-18), che riproduce sostanzialmente l'attuale art. 308 TCE (le c.d. “competenze sussidiarie”), con la variante che la deliberazione del Consiglio, volta a adottare le misure appropriate per realizzare gli obiettivi di cui alla Costituzione in assenza di poteri d'azione da essa all'uopo previsti, deve ricevere anche la previa approvazione del Parlamento europeo (ora solo consultato) e deve rispettare il principio di sussidiarietà: a tal fine dispone che la Commissione, nel quadro della procedura di controllo di tale principio, deve richiamare l'attenzione dei Parlamenti nazionali sulle proposte fondate su tale disposizione, quale ulteriore controllo “diffuso” circa il suo rispetto; inoltre il suo ambito di appli-

⁴ Cfr. R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in *DUE*, 2005, p. 390 ss.; R. CAFARI PANICO, *L'esercizio delle competenze nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *La Costituzione europea: quale Europa dopo l'allargamento?*, Padova, 2006, p. 79 ss.

cazione viene ampliato a tutte le politiche definite nella parte III (prima riguardava solo il completamento del mercato interno) ma è posto il limite che le misure adottate in base all'art. I-18 non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei casi in cui la Costituzione lo esclude: ciò al fine evidente di evitare che, ricorrendo a tale articolo, si tenti di aggirare i divieti di armonizzazione che la Costituzione europea prevede in varie ipotesi (ad esempio, misure di sostegno).

Anche il *quadro istituzionale* dell'Unione è stato rivisitato⁵, sia pure con risultati forse inferiori alle aspettative specie per quanto riguarda la composizione e il funzionamento delle "principali" (in contrapposto alle "altre") istituzioni (una distinzione in verità non comprensibile, dato che da essa non discende alcuna conseguenza significativa rispetto all'attuale sistema). La novità forse di maggiore rilievo consiste nell'aver finalmente incluso formalmente a tutti gli effetti il Consiglio europeo tra le istituzioni dell'Unione (art. I-19), pur mantenendo certi caratteri "specifici" propri cioè di un organo internazionale di tipo classico; viene precisata la portata delle sue attribuzioni in modo assai più chiaro che in precedenza, con le conseguenze che ciò comporta relativamente, in particolare, all'applicazione delle regole procedurali che concernono il suo funzionamento. Esso è chiamato a pronunciarsi e a deliberare da numerose norme del Trattato tanto nel (ex)primo che nel (ex)secondo e (ex)terzo pilastro, con la precisazione tuttavia che esso non può esercitare funzioni legislative. Viene prolungata anche la durata della sua presidenza, portata a due anni e mezzo per dare maggiore stabilità e continuità alla direzione dell'Unione. È istituito un presidente del Consiglio europeo, eletto dai suoi membri a maggioranza qualificata per un periodo di due anni e mezzo (rinnovabile una sola volta): quindi si ha un rafforzamento di tale carica e un'estensione notevole della sua durata rispetto a quanto fin ora previsto (rotazione semestrale) con l'evidente intento di dare maggiore autorevolezza, stabilità e continuità alla sua azione di direzione dell'Unione. Non può esercitare un mandato nazionale, dunque è un membro aggiuntivo rispetto ai Capi di Stato o di governo, fra cui quello del proprio Stato.

Come principio generale, il Consiglio europeo si pronuncia per consenso, cioè secondo una tecnica usata normalmente per l'adozione degli atti da parte di un organo internazionale intergovernativo classico: ma è previsto anche che deliberi all'unanimità (e allora l'astensione dei membri presenti non osta all'adozione della deliberazione) o a maggioranza semplice (ad esempio in merito alle questioni procedurali e per l'adozione del suo regolamento interno) o anche a maggioranza qualificata, seguendo le stesse regole previste per il Consiglio, nelle ipotesi (abbastanza numerose) previste dalla Costituzione (ad esempio per la nomina del presidente della Commissione o del Ministro degli esteri). Il presidente del Consiglio europeo e il presidente della Commissione, che lo compon-

⁵ Cfr. J. ZILLER, *op. cit.*, p. 149 ss.; L. CARBONE, L. GIANNITI, C. PINELLI, *Le istituzioni europee*, in F. BASSANINI, G. TIBERI, *op. cit.*, p. 97 ss.

gono insieme ai Capi di Stato o di governo, non partecipano al voto (tanto meno il Ministro degli esteri che partecipa ai lavori). Gli atti che il Consiglio europeo adotta sono solo le decisioni europee, cioè atti non legislativi, dunque normalmente senza proposta della Commissione, senza consultazione del Parlamento e senza possibilità di un controllo di legittimità da parte della Corte di giustizia salvo quando destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi (art. III-365).

L'estensione del principio maggioritario anche alle deliberazioni del Consiglio europeo costituisce una novità di grande rilievo con riguardo a un organo considerato fino ad ora esterno al quadro istituzionale comunitario, svincolato dalle procedure comunitarie e con funzioni di orientamento delle politiche generali e di sviluppo dell'Unione. Secondo la nuova disciplina invece esso prenderà parte attiva e diretta a molti aspetti delle politiche comunitarie seguendo regole comunitarie che disciplinano le sue competenze e il suo funzionamento.

Il ruolo della Commissione esce ridimensionato dal diverso riassetto dell'equilibrio istituzionale delineato nella nuova architettura costituzionale⁶, insieme alla componente sopranazionale che essa rappresenta, a fronte dell'avvento della nuova istituzione intergovernativa e di pari passo con il rafforzamento del ruolo e dei poteri del Parlamento, che condivide ormai il potere legislativo col Consiglio e non necessita dunque più di trovare sostegno nella Commissione; questa si trova emarginata dinanzi alla ricerca di un accordo che, in prima o seconda lettura, intercorre tra Consiglio e Parlamento nella procedura di codecisione, la quale diviene, oltretutto, la procedura normale e generale, dunque l'unica nell'ambito della quale la Commissione avrebbe potuto imporre la propria posizione, perdendo in sostanza il controllo del processo legislativo nella sua fase finale. Anche il suo potere di iniziativa normativa diviene sempre meno esclusivo: come già osservato, la sua proposta non è necessaria per gli atti non legislativi, in determinati casi può essere avanzata da un gruppo di Stati membri, può essere richiesta a farlo dal Parlamento europeo o dal Consiglio e se non lo faccia deve motivarne le ragioni. Il suo potere di emanare regolamenti delegati e atti di attuazione è fortemente limitato da precise condizioni fissate nel Trattato (articoli I-36, I-37).

Altra novità è la figura del Ministro degli affari esteri che sostituisce l'attuale Alto rappresentante per la PESC. Egli è nominato dal Consiglio europeo a maggioranza qualificata con l'accordo del presidente della Commissione con l'incarico di guidare la politica estera e di sicurezza dell'Unione e la politica di difesa comune; in pari tempo egli è di diritto uno dei vicepresidenti della Commissione (art. I-28). Si tratta di una carica destinata a assumere grande rilievo e di particolare delicatezza dovendo il Ministro degli esteri svolgere il diffi-

⁶ Cfr., J. P. JACQUÉ, *I principi costituzionali fondamentali nel progetto di Trattato che istituisce una Costituzione europea*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, cit., p. 84.

cile compito di mediare tra le varie posizioni degli Stati membri e di conciliarle con quelle della Commissione, essendo emanazione e dovendo godere della fiducia di entrambe le istituzioni; in sostanza egli riveste una duplice veste, agendo come mandatario del Consiglio europeo per l'attuazione della PESC, contribuendo con le proprie proposte alla sua elaborazione e al tempo stesso essendo incaricato in seno alla Commissione delle relazioni esterne dell'Unione. Il rischio è quello di introdurre un "inquinamento" intergovernativo all'interno della Commissione, che dovrebbe essere invece retta dai principi di indipendenza e di collegialità⁷. Con la stessa procedura della nomina, il Consiglio europeo può anche porre termine alla sua carica: non è chiaro tuttavia cosa accadrebbe nel caso in cui il Ministro degli esteri non godesse più della fiducia di una sola istituzione mentre continuasse a godere del gradimento dell'altra: probabilmente, nonostante il rischio di un contrasto interistituzionale, il venir meno della fiducia di una istituzione sarebbe sufficiente per obbligare il Ministro a rassegnare le sue dimissioni.

3. L'uso del termine "Costituzione" nell'intestazione stessa del Trattato e ripetutamente nel testo del medesimo, ha indotto molta parte della dottrina a interrogarsi sulla reale natura di tale atto: si tratta di un semplice accordo internazionale, o invece veramente di una Costituzione, come afferma di essere? Il dibattito è appassionante sul piano teorico, ma privo di consistenza, a meno che non si riesca a dimostrare che da quella alternativa derivino o possano derivare diverse conseguenze giuridiche sostanziali sul piano dello stesso ordinamento dell'Unione o su quello degli ordinamenti nazionali, nonché sui reciproci rapporti. Ma questo non ci sembra il caso.

L'utilizzo del termine "costituzione" nel processo di integrazione europea non è in realtà nuovo: già nella dichiarazione di Laeken del 2001 si parlava dell'opportunità di arrivare all'elaborazione di un testo costituzionale, mentre già in precedenza la stessa Corte di giustizia aveva definito il Trattato CE quale "carta costituzionale"⁸. Certamente l'averlo usato e codificato nel Trattato il termine Costituzione (ripetuto regolarmente nel testo) ha un alto valore simbolico, di rafforzamento delle basi dell'Unione, di un nuovo e più pregnante impegno nel cammino dell'integrazione⁹, ma nulla apporta di più sul primato del diritto dell'Unione rispetto alle normative statali di qualsiasi grado, principio ormai consolidato e indiscusso (ora tuttavia enunciato in modo esplicito: art. I-6), né comporta una gerarchia formale tra le norme suddivise nelle quattro parti del Trattato.

⁷ Cfr. L. S. ROSSI, *Il paradosso del metodo intergovernativo: l'equilibrio istituzionale nel progetto di Trattato-Costituzione*, in L. S. ROSSI, (a cura di) *Il progetto di Trattato-Costituzione*, cit., p. 153 ss.; J. P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 84 s.

⁸ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Les Verts c. Parlamento*, *Raccolta*, p. 1339; del 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Weber c. Parlamento*, *Raccolta*, p. I-1093; del 10 luglio 2003, causa C-15/00, *Commissione c. BEI*, *Raccolta*, p. I-7281.

⁹ Cfr. A. TIZZANO, *Prime note sul progetto di Costituzione europea*, cit., p. 11 ss.

Tradizionalmente per Costituzione si indica un testo contenente una serie di principi fondamentali dell'ordinamento giuridico di riferimento e derivante la propria legittimità dal popolo o da un organismo investito, in modo diretto o indiretto, del potere costituente: tale legittimazione manca con evidenza nella Costituzione europea, proclamata sì in nome dei popoli degli Stati membri dell'Unione, ma pur sempre redatta e licenziata da parte dei Capi di Stato o di Governo nell'ambito di una Conferenza intergovernativa. Si è dunque ben lontani da un'investitura popolare, se si pensa anche alla sostanziale emarginazione, dalla procedura che ha portato alla stesura del testo definitivo del Trattato costituzionale, del Parlamento europeo, che ha potuto contribuirvi in maniera limitata solo attraverso alcuni propri rappresentanti in seno alla Convenzione. Se si parla tanto della necessità di sottoporre a consultazioni referendarie l'approvazione del Trattato costituzionale, anche da parte di Paesi nei quali ciò non sarebbe necessario secondo le proprie norme costituzionali, probabilmente è proprio perché in tal modo si pensa di recuperare *ex post* quell'investitura o legittimazione popolare in realtà carente nel processo costituente europeo: ma si profila in proposito uno scenario piuttosto complesso e problematico conseguente appunto all'idea dello svolgimento di un ampio numero di *referendum* nei Paesi membri dell'Unione.

Tornando alla sua *natura*, non vi è dubbio che il Trattato "costituzionale" debba considerarsi un accordo internazionale come quelli che l'hanno preceduto e non una "Costituzione" nel senso classico, ossia di una Carta fondamentale di uno Stato unitario e sovrano. Ciò risulta in modo inequivocabile sia dall'intestazione stessa, sia dalla palese continuità con i Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione, sia dalla previsione al suo interno di istituti e meccanismi giuridici tipici del diritto internazionale: basti pensare alle disposizioni che definiscono i suoi limiti di applicazione, alla necessaria ratifica da parte di tutti gli Stati membri, al procedimento di revisione che richiede (salvo ipotesi particolari) l'unanimità dei consensi, alla facoltà di recesso, tutti aspetti difficilmente compatibili con una vera Costituzione¹⁰. Appare inoltre anomalo, almeno da un punto di vista formale, che assumano valore "costituzionale" tutti i 448 articoli in cui si articola il Trattato, ossia tanto le norme che pongono effettivamente principi fondamentali (specie nella parte I) quanto quelle sostanziali o che hanno un puro contenuto tecnico o di dettaglio, non essendo ricavabile alcuna distinzione in merito tra le varie parti che lo compongono. Più opportuno, probabilmente, sarebbe stato predisporre due trattati: uno propriamente "costituzionale" limitato alla fissazione dei principi fondamentali dell'Unione, e l'altro contenente la normativa relativa alle politiche dell'Unione e al funzionamento delle istituzioni. Ma ciò avrebbe comportato che gli Stati membri si sarebbero dovuti pronunciare due volte sull'approvazione di tali testi, rendendo così quest'ultima ancora più complessa e difficile. Il risultato è stato dunque un unico Trattato diviso in quat-

¹⁰ Cfr. S. BARTOLE, *A proposito della revisione del Trattato che istituisce la Costituzione dell'Unione europea*, in *Dir. pub.*, 2003, p. 773 ss.

tro parti e la numerazione progressiva degli articoli è preceduta dall'indicazione della parte a cui si riferiscono.

D'altra parte non è inconcepibile che un trattato possa costituire da supporto materiale di un testo costituzionale che fissi i principi essenziali di una convivenza che gli stessi Stati firmatari vogliono instaurare tra loro: ma per potersi considerare veramente una Costituzione essa deve contenere elementi che le consentano di distaccarsi dallo strumento internazionale che l'ha fondata e vivere di principi e meccanismi istituzionali suoi propri e non rimessi alla volontà degli Stati fondatori. Il problema è, nel nostro caso, che tale "distacco" non solo non è attualmente ravvisabile ma neanche è delineato in prospettiva, dal momento che ogni modifica del Trattato-Costituzione – e quindi anche la misura del "distacco" – necessita sempre della comune volontà degli Stati. Resta da vedere se, in futuro, il sistema costituzionale ora tracciato sarà capace di evolvere verso una su indipendenza e fondare quindi un ordinamento giuridico – non importa se pienamente sovrano – ma capace di dotarsi degli strumenti necessari per acquisire una effettiva autonomia (ad esempio migliorando il meccanismo delle norme passerella, ora troppo dipendenti dall'unanimità dei consensi in seno al Consiglio europeo, o arrivando a una revisione del Trattato che, sia pure a seguito di unanime accettazione, indichi gli strumenti adeguati per operare quel "distacco").

4. Resta da chiedersi se l'entrata in vigore del Trattato costituzionale possa modificare l'assetto dei rapporti tra ordinamento dell'Unione europea e costituzioni nazionali come delineato fino ad oggi.

La clausola di supremazia contenuta nell'art. I-6 è chiara e perentoria: "La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri". Si ricorda che tale affermazione non rappresenta, ancora una volta, una vera novità, ma solo l'enunciazione codificata del principio di preminenza del diritto comunitario sul diritto nazionale, ivi compreso quello di rango costituzionale; principio, come sopra visto, affermato e consolidato nella giurisprudenza della Corte di giustizia ed entrato a far parte dell'*acquis* comunitario. Ma un principio sostanzialmente riconosciuto e recepito anche dalle corti costituzionali interne, sia pure con qualche perplessità e soprattutto accompagnato da una riserva – in particolare da parte delle corti costituzionali italiana e tedesca – concernente l'esistenza di "controlimiti" a tutela dei principi fondamentali e irrinunciabili del proprio ordinamento costituzionale. Una posizione che è stata ribadita di recente proprio in relazione al Trattato costituzionale, dal Conseil Constitutionnel francese¹¹.

¹¹ Si veda la decisione n. 2004-505 del 29 ottobre 2004 in www.associazionedeicostituzionalisti.it, reperibile *on line*, in cui si sostiene che l'adesione della Francia al Trattato costituzionale non è in grado di mettere in discussione la posizione apicale che la Costituzione francese mantiene nella gerarchia delle norme interne, trattandosi pur sempre, nonostante la denominazione, di un accordo internazionale.

Allora si tratta di sapere se la natura costituzionale del Trattato – o la sua elevazione a dignità di Costituzione – venga a significare una sua sicura prevalenza anche sui principi essenziali delle Costituzioni interne e vanifichi la dottrina dei “controlimiti”, per cui l’eventuale conflitto tra quei principi e la Costituzione europea debba risolversi sempre e comunque a favore di quest’ultima; oppure se, fermo restando il principio di supremazia, non possano individuarsi comunque dei confini oltre i quali il principio non possa più operare, di circoscriverlo cioè almeno all’ambito delle competenze attribuite all’Unione.

È sicuramente da ritenersi che il principio di prevalenza operi solo se e nella misura in cui rispetti le delimitazioni delle competenze attribuite all’Unione dal Trattato costituzionale (principio di attribuzione): tuttavia il riferimento alle competenze attribuite per fondare il primato riguarda, stando alla lettera dell’art. I-6, solo il diritto derivato (si noti, per inciso, che viene omesso ogni riferimento agli accordi internazionali stipulati dall’Unione e ai principi generali del diritto, che pure fanno parte dell’ordinamento comunitario: un *lapsus* facilmente colmabile con riferimento alla giurisprudenza della Corte di giustizia): pertanto dovrebbe dedursi che la Costituzione europea prevalga comunque, indipendentemente dal rispetto delle competenze attribuite.

Tuttavia occorre tener conto anche dell’art. I-5, ove vengono affermati alcuni principi che possono fornire un correttivo al primato assoluto della Costituzione europea: “L’Unione rispetta l’uguaglianza degli Stati membri e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale..”, ove, con tutta evidenza, tale espressione sta a significare che l’Unione è tenuta a rispettare, cioè a tener conto e quindi anche a non violare, non solo l’organizzazione costituzionale interna, o la forma di governo, ma anche i valori essenziali che fondano e caratterizzano le Costituzioni interne, i quali dunque si pongono come un limite *ex ante* all’attività dell’Unione: questa, anche se svolta conformemente alla Costituzione europea, non potrebbe porsi in contrasto con detti valori pena, se non la sua illegittimità, almeno l’impossibilità di prevalere.

Inoltre l’art. II-111 precisa che le disposizioni della Carta dei diritti fondamentali si applicano agli Stati membri esclusivamente quando diano attuazione al diritto dell’Unione e nel rispetto dei limiti delle competenze ad essa conferite dalla Costituzione. Anche se enunciato con riferimento alla Carta, che fa parte comunque della Costituzione (parte II), tale principio ha sicuramente una valenza più generale e fissa il principio di attribuzione come limite alla prevalenza delle norme anche costituzionali europee.

Ciò detto, si pone un altro problema centrale e delicato: stabilire a chi spetti il compito di accertare se l’esercizio delle competenze sia avvenuto nel rispetto del principio di attribuzione e di interpretare e valorizzare le “strutture costituzionali nazionali”: ci sembra che sicuramente il primo ma anche il secondo compito non possa che spettare alla Corte di giustizia: una diversa soluzione, che affidasse almeno il secondo compito alle corti costituzionali interne – come forse potrebbe apparire logico – aprirebbe la strada a una diversificazione di posizioni che potrebbe porre in pericolo l’unità dell’ordinamento comunitario.

La soluzione, nel caso in cui tale contrasto, peraltro fortemente teorico, dovesse verificarsi, dovrà essere risolto in relazione alle circostanze di ciascun caso concreto, confidando nella consueta e doverosa capacità di bilanciamento dei valori in gioco in sede interpretativa da parte della Corte di giustizia, capacità di cui essa ha già avuto modo di dare prova e che fin ora ha evitato a certe corti costituzionali interne di applicare lo strumento dei “controlimiti”.

Ad esempio, nella sentenza *Schmidberger*¹² la Corte ha affermato che il rispetto dei diritti fondamentali, che si impongono tanto alla Comunità quanto agli Stati membri, comporta che la loro tutela costituisce un interesse legittimo tale da giustificare una restrizione agli obblighi imposti dal diritto comunitario anche se derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato. Il problema è di bilanciare, in ciascun caso concreto, le esigenze di protezione dei diritti fondamentali nella Comunità e quelle derivanti da una libertà fondamentale sancita nel Trattato: così la Corte ha ritenuto compatibili misure restrittive adottate dallo Stato membro (l’Austria) contrarie alla libera circolazione delle merci al fine di tutelare il diritto di espressione e la libertà di riunione dei manifestanti, diritti sanciti nella CEDU (articoli 10 e 11). Nel caso *Omega*¹³ la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di misure nazionali che costituivano una limitazione di una libertà fondamentale garantita dal Trattato, adottate per la tutela di un diritto fondamentale sancito nella Costituzione di uno Stato membro (la Germania), ossia la dignità umana, che beneficia in quell’ordinamento di uno *status* particolare in quanto diritto fondamentale autonomo. Dopo aver osservato che non è indispensabile che le modalità di tutela di quel diritto fondamentale corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri, la Corte conclude circa l’ammissibilità del provvedimento nazionale che vieta una attività economica (consistente nello sfruttamento commerciale di giochi di simulazione di omicidi), garantita da una libertà fondamentale sancita dal Trattato (libera prestazione dei servizi), adottato per motivi di salvaguardia dell’ordine pubblico perché tale attività viola la dignità umana, la cui tutela è assicurata in modo peculiare dalla Costituzione nazionale¹⁴.

Dunque la Corte potrà pur sempre ritenere, come ha fatto nei casi ora citati, che un’attività interna che colpisce un valore fondamentale sancito in una Costituzione nazionale, non importa se peculiare solo ad essa, è tale da minacciare l’ordine pubblico dello Stato in questione e quindi la tutela di tale valore può costituire un interesse legittimo tale da giustificare un provvedimento interno che costituisce una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario. In sostanza cioè, anche nel caso in cui non vi sia sintonia tra un peculiare diritto o valore fondamentale di una “struttura costituzionale” e il rispetto di un obbligo

¹² Sentenza del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Eugene Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge e Repubblica d’Austria*, Raccolta, p. I-5659.

¹³ Sentenza del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH C. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Raccolta, p. I-9609.

¹⁴ Il rispetto della dignità umana si trova ora inserito tra i valori dell’Unione (art. I-2) e nell’art. II-61 della Carta.

posto da norme fondamentali (costituzionali) dell'Unione (contrasto non componibile ricorrendo ai diritti sanciti nella Costituzione europea, compresi quelli garantiti dalla CEDU e quelli risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni quali principi generali del diritto dell'Unione), resta pur sempre la possibilità per la Corte di seguire altri ragionamenti per conciliare le opposte esigenze, al fine di riconoscere il valore o diritto fondamentale peculiare dello Stato membro insito nella sua "struttura costituzionale" senza rinnegare i diritti e le libertà fondamentali dell'Unione. In sostanza, l'applicazione dei "controlimiti" viene spostata a livello dell'Unione e affidata alla Corte di giustizia, sulla quale ricadrà il compito di rilevare e valutare la violazione da parte dell'Unione di un principio fondamentale proprio di una Costituzione statale, se del caso dietro sollecitazione della corte costituzionale interna, secondo quanto prescritto dallo stesso Trattato costituzionale: infatti il mancato rispetto di un valore "strutturale" o essenziale di una Costituzione nazionale comporta violazione di una norma costituzionale europea (art. I-5). Ciò non elimina alla radice la possibilità di una divergente posizione, ma essa si profila alquanto teorica alla luce delle considerazioni sopra esposte e dello spirito di cooperazione che deve caratterizzare i rapporti tra giudice comunitario e giudice interno.

5. Una delle operazioni più significative consiste, come detto, nell'aver incorporato nel Trattato costituzionale (Parte II) la *Carta dei diritti fondamentali*, con alcuni aggiustamenti testuali e l'aggiunta di due articoli finali (II-111, II-112) che ne definiscono, e forse ne limitano, la portata: come quando si precisa che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione né introduce competenze nuove e che quando essa riconosca diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, essi sono interpretati in armonia con dette tradizioni. Viene conferito così ai diritti in essa sanciti (salvo per quanto riguarda le mere enunciazioni di principio o i diritti programmatici) forza giuridica vincolante le istituzioni e gli organi dell'Unione, nonché gli stessi Stati membri quando operano nell'attuazione del diritto dell'Unione: una forza che la Carta di per sé prima non rivestiva nonostante il suo alto valore simbolico. Per la verità, sul piano giuridico tale incorporazione non comporta novità particolarmente significative, dal momento che il rispetto dei diritti fondamentali era già garantito dalla Corte di giustizia in quanto ritenuti far parte dei principi generali dell'ordinamento comunitario. Ma certamente la loro formalizzazione nella Costituzione europea conferisce loro maggiore visibilità e certezza dispensando la Corte di giustizia da una complessa (e talora discrezionale) opera di rilevazione attingendo ai principi costituzionali comuni agli Stati membri e agli strumenti internazionali in materia. Si porranno tuttavia e di conseguenza ulteriori problemi, come l'armonizzazione dei diritti sanciti nella Carta con quelli della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo (CEDU) (nonostante sia precisato che, nel caso di loro corrispondenza, il significato e la portata dei primi devono ritenersi uguali a quelli conferiti dalla seconda) nonché con quelli enunciati nelle Costituzioni degli Stati membri e la delimitazione della competenza della Corte di giustizia rispetto a quella della Corte

europea dei diritti dell'uomo. Problemi che potranno in futuro essere risolti, o comunque attenuati, specie per quanto riguarda uno sviluppo armonioso della giurisprudenza delle due Corti europee in materia di diritti dell'uomo, a seguito dell'adesione dell'Unione alla CEDU, come espressamente previsto dalla Costituzione europea (art. I-9, par. 2).

L'incorporazione nella Costituzione europea della Carta dei diritti fondamentali elimina dunque ogni dubbio sulla sua efficacia giuridica. Indubbiamente tale operazione può ritenersi di grande rilievo, non tanto perché apporti cambiamenti sostanziali alla situazione attuale, o perché la Carta divenga sicuro parametro per valutare la legittimità degli atti delle istituzioni nonché degli atti statali adottati in esecuzione delle norme comunitarie, ma per alcuni diversi ordini di motivi:

a) contribuisce a conferire una solida “consistenza” o maggiore caratterizzazione costituzionale al Trattato, ponendo alla base del sistema – insieme ad altri valori – il rispetto dei diritti dell'uomo ivi enunciati, dando così un preciso contenuto ai diritti fondamentali enunciati all'art. 6 TUE e contribuendo alla definizione di una identità europea fondata su un patrimonio comune di valori per i cittadini europei;

b) la tutela dei diritti dell'uomo non è più affidata solo al giudice comunitario, chiamato a controllare *ex post* il loro rispetto, ma si impone in positivo a tutte le istituzioni, in particolare al legislatore comunitario, nell'esercizio delle loro attribuzioni (art. II-111);

c) per avere reso “visibili” e certi tali diritti e conferito concreta efficacia alla loro tutela, non più affidata alla giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia (il che non significa meno efficace) e alla rilevazione da essa effettuata di volta in volta dei diritti fondamentali quali principi generali dell'ordinamento comunitario, decidendone l'interpretazione e la portata in relazione alle esigenze dell'ordinamento comunitario, ora invece identificabili sulla base di norme precise: viene dunque a trovarsi limitata la facoltà del giudice comunitario di “selezionare” le fattispecie tutelabili e determinare la portata della loro tutela;

d) per avere realizzato anche in questo campo un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali, affidato tanto alle corti costituzionali interne quanto alla Corte di giustizia oltre che, in un ambito europeo ancora più ampio, alla Corte europea dei diritti dell'uomo: per cui il cittadino europeo (ma ogni individuo in genere purchè residente in uno degli Stati membri, salvo per quei diritti riservati ai cittadini europei) può usufruire di un triplice sistema di tutela;

e) per avere sancito una serie di nuovi diritti rispetto a quelli classici e a quelli contenuti nella CEDU, come la protezione dei dati personali, la libertà della ricerca scientifica, il diritto d'asilo, la bioetica;

f) per avere introdotto nuovi diritti della terza (o quarta) generazione, sia pure sotto forma di principi, obiettivi o norme programmatiche (come il diritto all'ambiente, la protezione del consumatore, il diritto a una buona amministrazione.) come tali non invocabili dinanzi a una giurisdizione, ma suscettibili di

una progressiva precisazione e comunque tali da costituire criteri interpretativi o linee guida per le corti costituzionali interne e per la stessa Corte di giustizia.

A fronte di questi aspetti positivi, non mancano tuttavia rilievi critici e permangono alcuni degli interrogativi sopra segnalati, in particolare:

a) una sovrapposizione di diritti – quelli delle carte costituzionali interne, quelli della Carta, quelli della CEDU – che, nei limiti in cui non si abbia una loro perfetta coincidenza (il problema comunque riguarda essenzialmente i diritti civili e politici che costituiscono solo una parte della Carta), può sollevare conflitti sostanziali e incertezze circa la prevalenza e la compatibilità degli uni rispetto agli altri. Per quanto riguarda i rapporti con la CEDU, si tratta di due sistemi autonomi di protezione dei diritti fondamentali – il sistema comunitario e quello della CEDU – che vengono tuttavia a confluire nell'ordinamento giuridico dell'Unione, sia perché il Trattato opera più volte un richiamo espresso, una sorta di rinvio recettizio, alla CEDU, sia perché comunque i diritti in essa contenuti sono ritenuti far parte dei principi generali (art. I-9: "I diritti fondamentali garantiti dalla CEDU.. fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali"): se per un verso si completano, per l'altro possono divergere. Dunque in questa confluenza possono verificarsi delle discrasie, delle divergenze. A questa eventualità, il Trattato stesso ha cercato di apportare rimedio con le disposizioni di cui all' art. II-112, par. 3 (già art. 52 della Carta): laddove i diritti contenuti nella Carta corrispondano a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla CEDU (salvo che l'Unione conceda una protezione più ampia). Ma, fatti salvi i diritti puntualmente "corrispondenti", tale disposizione non limita l'autonomia del diritto comunitario e l'indipendenza della Corte di giustizia: pertanto nell'applicare i diritti della Carta, la Corte potrebbe non sentirsi vincolata a seguire esattamente i limiti e le condizioni fissati a tali diritti dalla CEDU. Inoltre la stessa disposizione precisa che l'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla Carta possono incontrare limitazioni ad opera del diritto comunitario derivato nel rispetto delle condizioni previste (proporzionalità, rispetto del loro contenuto essenziale) quando necessarie e rispondenti alle finalità generali dell'Unione (art. II-112, par. 1).

Per quanto riguarda i rapporti con le carte costituzionali interne, la Carta non tende a sostituirsi o a modificare la loro tutela a livello interno: a tal proposito il medesimo articolo dispone che, laddove la Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni. Inoltre si precisa (art. II-113) che nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, oltre che dal diritto dell'Unione, dalle convenzioni internazionali e dalla CEDU, anche dalle costituzioni degli Stati membri: dunque i diritti della Carta sono cedevoli di fronte a una garanzia più ampia offerta dalle norme costituzionali interne. Tuttavia resta da chiarire un aspetto: poiché le disposizioni della Carta vincolano gli Stati membri quando diano

attuazione al diritto comunitario (art. II-111), questo rispetto si impone anche nel caso che una norma costituzionale interna fornisca una protezione migliore, oppure a questa si dovrà o potrà dare prevalenza? In altri termini, i diritti della Carta sono cedevoli rispetto a una migliore garanzia offerta da norme costituzionali anche quando si operi proprio nel campo di attuazione del diritto comunitario? Questa sembra essere la soluzione più logica, poiché il principio dello *standard* minimo di protezione posto dall'art. II-113 pare avere valenza generale, indipendentemente se si operi nel campo di attuazione del diritto comunitario o meno. Si tratta comunque di un problema abbastanza teorico, data la sostanziale corrispondenza dei diritti garantiti dalle costituzioni nazionali con quelli della Carta e data la disponibilità della Corte a bilanciare le esigenze di tutela di un diritto fondamentale interno con quelle proprie dell'ordinamento comunitario;

b) la mancanza di coordinamento tra la disciplina sostanziale e quella procedurale; non è prevista la possibilità di ricorsi diretti alla Corte da parte degli individui per violazione di un diritto fondamentale, anche se ciò indubbiamente avrebbe comportato un sovraccarico di lavoro per la Corte e forse anche la possibilità di ricorsi strumentalizzati ad altri fini;

c) l'assenza di una gerarchia formale tra le norme che pongono i diritti fondamentali (come anche per le norme che pongono altri principi fondamentali) e le altre norme della Costituzione. Certo è previsto che l'Unione si fonda, tra gli altri valori enunciati, sul rispetto dei diritti dell'uomo, e riconosce i diritti sanciti nella Carta (articoli I-2, I-9), ma quando un atto comunitario adottato per dare attuazione a una finalità essenziale del Trattato o per realizzare una delle libertà fondamentali garantite dall'Unione (libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci, dei capitali, libertà di stabilimento: art. I-4) risulti in qualche modo limitativo di un diritto dell'uomo, potrà essere sindacato alla luce di quest'ultimo o sarà legittima tale limitazione¹⁵? In sostanza, sarà ancora ammissibile l'"affievolimento" di un diritto a fronte di un interesse generale comunitario? E resterà sempre valida l'affermazione ribadita nella giurisprudenza della Corte di giustizia per cui essa interpreta ed applica i diritti fondamentali dell'uomo alla luce delle finalità del Trattato e conformemente alle esigenze del diritto comunitario? Si ricorda in proposito che la Corte di giustizia ha talora interpretato i diritti garantiti dalla CEDU in modo più riduttivo di quanto fatto dalla Corte di Strasburgo¹⁶: dovrà la Corte di giustizia rinunciare ad affermare il carattere auto-

¹⁵ Nella sentenza del 7 febbraio 1973, causa 40/72, *Schroeder KG c. Repubblica Federale di Germania*, Raccolta, p. 125, la Corte di giustizia ha considerato una restrizione a una libertà fondamentale come conseguenza ineliminabile di ogni misura di salvaguardia; lo stesso deve dirsi nella sentenza della Corte di giustizia del 4 ottobre 1991, causa C-159/90, *The Society for the protection of unborn children Ireland Ltd c. Stephan Grogan e altri*, Raccolta, p. I-4685, con riferimento alla libera prestazione dei servizi.

¹⁶ Ad esempio, nella sentenza del 21 settembre 1989, causa 46/87, *Hoechst AG c. Commissione*, Raccolta, p. 2929, la Corte ha interpretato in modo restrittivo il diritto al rispetto della vita privata, escludendo che potesse essere invocato da un'impresa, contrariamente a quanto affermato

nomo dell'ordinamento comunitario sempre sottolineato nella sua giurisprudenza? In definitiva la Carta si inserisce pur sempre nel sistema giuridico dell'Unione con la conseguenza inevitabile che alcuni diritti non potranno non essere interpretati (anche) alla luce dei principi dell'ordinamento comunitario, con conseguente possibile difformità rispetto al modello della CEDU. Non si può sottovalutare l'affermazione che la giurisprudenza della Corte "resta la fonte di interpretazione del diritto dell'Unione" (art. IV-438, par. 4);

d) pertanto possono ipotizzarsi possibili conflitti di competenza e contrasti giurisprudenziali tra la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo¹⁷ sull'interpretazione e la portata di determinati diritti, specie se formulati in modo diverso, che la disposizione "armonizzante" di cui all'art. II-112 potrebbe non essere sufficiente a risolvere. In sostanza, non è risolto il raccordo tra le varie corti competenti in materia, comprese quelle costituzionali interne.

L'auspicata adesione alla CEDU, contenuta in una apposita disposizione "abilitante" a tal fine (art. I-9), potrà fornire la base giuridica necessaria per tale adesione (base ritenuta dalla Corte di giustizia fin ora assente e quindi ostacolo insuperabile per consentirla) e potrà porre termine anche ad alcune almeno di queste incertezze; sicuramente consentirà uno sviluppo più armonioso della giurisprudenza delle due Corti competenti in materia di diritti umani nell'ottica comune di una loro tutela, pur nella consapevolezza che ciascuna è chiamata ad operare in ordinamenti distinti e a salvaguardare finalità diverse¹⁸.

Non sembra invece fondata la preoccupazione, avanzata da taluni Stati membri, che l'incorporazione della Carta possa introdurre surrettiziamente un'estensione delle competenze dell'Unione per tutte le materie toccate dai diritti in essa contemplati: l'art. II-111 afferma esplicitamente che la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione oltre le competenze dell'Unione né introduce competenze nuove. Tale precisazione, probabilmente opportuna, conferma tuttavia la separazione tra ordinamento dell'Unione e ordinamenti nazionali e non si colloca nell'ottica di una loro maggiore integrazione. Come pure la precisazione secondo cui le disposizioni della Carta vincolano gli Stati membri esclusivamente "nell'attuazione del diritto dell'Unione" mal si concilia con il principio della diretta applicabilità del diritto comunitario.

6. La rilevanza attribuita al principio di sussidiarietà a partire dal Trattato di Maastricht quale principio chiave per la ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione nel campo delle competenze concorrenti e quindi per una maggiore trasparenza e democraticità della sua azione, non solo trova piena

dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza del 16 novembre 1992, *Niemetz c. Germania*, in *Série A*, n. 251-B.

¹⁷ Come dimostra la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito*, in *Recueil*, 1999-I.

¹⁸ In merito cfr. P. MANIN, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in L. S. ROSSI (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, cit., p. 255 ss.

conferma nel Trattato costituzionale ma viene introdotto anche a un sistema di controllo innovativo e “diffuso”, nel senso che esso non è rimesso solo alla Corte di giustizia ma affidato anche ai parlamenti nazionali

Infatti la Costituzione europea, dopo aver incluso tale principio tra i principi fondamentali, prevede, in un apposito Protocollo sull’applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità ad essa allegato, che il controllo sul suo rispetto da parte delle istituzioni comunitarie sia esteso anche ai parlamenti nazionali degli Stati membri, a seguito di una complessa procedura che vede il loro coinvolgimento (e in misura minore anche quello delle regioni); procedura che, per la verità, appare abbastanza discutibile sia sotto il profilo della sua opportunità, almeno come congegnata, sia sotto quello delle conseguenze che potrà avere in termini di appesantimento del procedimento decisionale comunitario, già di per sé sufficientemente macchinoso.

In considerazione della natura essenzialmente politica del principio in parola, si era da più parti dubitato che il controllo sul suo uso corretto potesse essere svolto in modo adeguato attraverso la via giudiziaria tramite il ricorso in annullamento dell’atto incriminato¹⁹: in effetti può riscontrarsi come la Corte di giustizia, nelle rare cause in cui si è occupata del problema, non si è addentrata a valutare se effettivamente, nel merito, sussistessero i presupposti per giustificare l’esercizio della competenza comunitaria sulla base della sussidiarietà, rimettendosi per tale aspetto alla valutazione delle istituzioni²⁰. Nasce probabilmente da questa considerazione la previsione nel Trattato costituzionale di un originale meccanismo di controllo che si articola in due punti principali: nella formulazione di obblighi stringenti a carico della Commissione in sede di formulazione della proposta legislativa; nella previsione di un sistema di “allarme preventivo” mediante l’attribuzione ai parlamenti nazionali del potere di vigilare sulla corretta utilizzazione del principio di sussidiarietà da parte delle istituzioni comunitarie²¹.

In primo luogo, si prevede che ogni progetto di atto legislativo europeo (ossia la proposta della Commissione, l’iniziativa di un gruppo di Stati membri o del Parlamento europeo, la richiesta della Corte di giustizia, la raccomandazione della BCE) deve essere trasmesso, nello stesso momento in cui è inviata al

¹⁹ Cfr. G. STROZZI, *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell’Unione europea*, in *RIDPC*, 1993, p. 59 ss.

²⁰ Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 13 maggio 1997, causa 233/94, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2405 e del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7079. In sostanza la Corte ha ritenuto che la giustificazione dell’osservanza del principio di sussidiarietà potesse ricavarsi anche implicitamente dai considerando dell’atto e che “non può pretendersi che questo principio venga menzionato espressamente”; così ha preferito non addentrarsi nella valutazione dell’opportunità politica della scelta legislativa operata dalle istituzioni comunitarie. Cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco*, *Raccolta*, p. I-11453.

²¹ Cfr. R. MASTROIANNI, *Fonti*, cit., p. 1742 ss.; F. PIZZETTI, *Le competenze dell’Unione e il principio di sussidiarietà*, in F. BASSANINI, G. TIBERI, *op. cit.*, p. 81 ss.; R. CAFARI PANICO, *op. cit.*, p. 86 ss.

legislatore dell'Unione, anche ai parlamenti nazionali degli Stati membri; inoltre, non appena adottate, le risoluzioni legislative del Parlamento europeo e le posizioni del Consiglio sono ugualmente inviate ai parlamenti nazionali. La proposta della Commissione deve essere motivata con riguardo al principio di sussidiarietà oltre che a quello di proporzionalità e accompagnata da una scheda contenente elementi circostanziati che consentano di valutare il rispetto di tali principi. Tale scheda dovrebbe inoltre fornire elementi che consentano di valutare l'impatto finanziario e le conseguenze, quando si tratta di una legge quadro, sulla regolamentazione che sarà attuata dagli Stati membri, ivi compresa, se del caso, la legislazione regionale. Come si può intuire, si tratta di una serie di oneri che rendono certamente più complessa e difficile l'azione della Commissione chiamata a verificare e precisare l'impatto di una legge quadro sulla regolamentazione, anche regionale, di ogni Stato membro²².

In secondo luogo, ogni parlamento nazionale o ciascuna camera di essi può, entro un termine di sei settimane dalla data di trasmissione del progetto di atto legislativo, inviare ai presidenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione un parere motivato contenente le ragioni per le quali ritiene che quel progetto non sia conforme al principio di sussidiarietà (non si fa più riferimento al principio di proporzionalità); spetta a ciascun parlamento nazionale consultare all'occorrenza i parlamenti regionali quando dotati di poteri legislativi (una iniziativa che resta comunque rimessa alla decisione dei parlamenti nazionali). Di tali pareri motivati le istituzioni comunitarie "tengono conto": dunque dovranno dimostrare di averle prese in debita considerazione e per lo meno motivare le ragioni per cui intendano mantenere la loro posizione nell'adozione dell'atto. Ciascun parlamento nazionale dispone di due voti (in un sistema bicamerale, ciascuna camera dispone di un voto). Qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali (un quarto se il progetto di atto legislativo riguardi lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia), il progetto deve essere riesaminato. Al termine di tale riesame, l'istituzione, o il gruppo di Stati, da cui emana la proposta può decidere di mantenere o modificare o ritirare il progetto, motivando tale decisione.

In terzo luogo, si è introdotto un sistema di impugnazione *ex post*: uno Stato membro può presentare ricorso alla Corte di giustizia, o trasmetterlo a nome del suo parlamento nazionale, per violazione mediante un atto legislativo del principio di sussidiarietà. C'è da chiedersi se uno Stato membro possa o invece debba presentare un ricorso di impugnazione degli atti legislativi europei quando questa è la volontà del proprio parlamento nazionale: la formulazione della disposizione lascia intendere che i Governi sono tenuti a farlo, altrimenti la precisazione non avrebbe senso. Tale ricorso può essere presentato anche dal Comitato delle regioni, per la salvaguardia delle proprie prerogative, quando la Costituzione

²² Aumentando anche le basi di un possibile contenzioso: cfr. R. MASTROIANNI, *Fonti*, cit., p. 1745.

prevede la sua consultazione per l'adozione di atti legislativi. Questo sistema introduce una nuova figura tra i soggetti legittimati a impugnare, sia pure indirettamente attraverso il proprio Governo, gli atti comunitari, ossia i parlamenti nazionali²³ (sempre che il Governo sia tenuto a dar seguito alla richiesta del proprio parlamento); il che può essere salutato come un ulteriore passo verso il rafforzamento della legittimazione democratica dell'azione dell'Unione (dimostrando però nel contempo una certa sfiducia nei confronti del Parlamento europeo a svolgere da solo tale ruolo); ma certamente introduce una possibilità di conflitto nell'ordinamento interno tra l'esecutivo di uno Stato membro per la posizione assunta in sede di adozione di una legge europea e il suo parlamento nazionale (al quale il primo certo risponde, ma sul piano interno)²⁴: il che può portare a "turbolenze" di varia natura e prestarsi a strumentalizzazioni politiche di carattere interno, con implicazioni negative anche sulla posizione unitaria che ogni Stato dovrebbe esprimere all'interno del sistema comunitario.

7. Come sopra visto, il Trattato costituzionale valorizza indubbiamente il ruolo dei parlamenti nazionali all'interno dell'Unione europea e anche, sia pure in modo minore, delle autonomie regionali e locali. A seguito dei rinvii e dei meccanismi operati dal Trattato (art. I-11: "i parlamenti nazionali vigilano.."; Protocollo sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea; Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità), i parlamenti nazionali vengono a pieno titolo e direttamente inseriti nel quadro costituzionale dell'Unione; in particolare vengono coinvolti nel procedimento legislativo europeo (prima lo erano eventualmente e indirettamente tramite i rispettivi governi) innanzitutto nella fase di formazione e di predisposizione degli atti normativi, visto l'onere che incombe alle istituzioni dell'Unione (Commissione, Parlamento, Consiglio a seconda da chi promana la proposta legislativa) di trasmettere i progetti di atti legislativi direttamente ai parlamenti nazionali: dunque questi non solo sono informati dell'attività legislativa dell'Unione, ma sono anche messi in grado di incidere nel merito dei progetti, essendo abilitati a far pervenire alle istituzioni un parere motivato contenente le ragioni per le quali ritengono che il progetto non sia conforme al principio di sussidiarietà: e di tale parere esse devono tener conto, pur non essendone vincolate, dando così efficacia concreta all'esame svolto dai parlamenti nazionali. È vero che questa possibilità concerne solo il controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, ma certamente si tratta di un aspetto che consente di effettuare anche valutazioni di merito o di portata più generale. Ancora, ad essi è riconosciuta la facoltà di respingere il progetto legislativo ritenuto contrario al principio in parola quando essi rappresentino un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali. Inoltre, a garanzia che nessuna proposta venga approvata dal Consiglio senza che i parlamenti nazionali abbiano potuto esaminarla, il Protocollo sul ruolo dei parlamenti

²³ *Ibidem*, p. 1747.

²⁴ *Ibidem*.

nazionali prescrive che un periodo di sei settimane debba intercorrere tra la data della comunicazione e quella in cui il progetto è iscritto all'ordine del giorno provvisorio del Consiglio ai fini della sua adozione.

In secondo luogo i parlamenti nazionali sono chiamati a vigilare sul rispetto del principio di sussidiarietà anche in ordine alle proposte ed alle iniziative legislative presentate nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale e di polizia nonché sulla corretta utilizzazione della clausola di flessibilità, dovendo essere informati di ogni azione adottata sulla sua base. Ugualmente deve essere loro notificato ogni progetto di modifica del Trattato (art. IV-443) e trasmessa ogni iniziativa di revisione semplificata (art. IV-444) presa dal Consiglio: in caso di opposizione da parte di un parlamento nazionale, la relativa decisione europea non può essere adottata dal Consiglio. I parlamenti nazionali vengono così inseriti nel procedimento comunitario e, indirettamente, vengono coinvolti anche i popoli degli Stati membri che in essi sono rappresentati.

Queste varie disposizioni istituiscono dunque un controllo parlamentare quale forma di garanzia per i legislatori interni di non vedersi sottratte competenze ad essi spettanti a seguito di un intervento dell'Unione che non sia sufficientemente giustificato alla luce del principio di sussidiarietà o che non risulti effettivamente necessario.

In terzo luogo, i parlamenti nazionali sono chiamati a svolgere, come sopra visto, un controllo *a posteriori* sul rispetto del principio di sussidiarietà, potendo promuovere, tramite il proprio governo, un ricorso alla Corte di giustizia per sua pretesa violazione: e il governo, pur essendo formalmente il titolare dell'azione in annullamento, non sembra possa sottrarsi al dovere di presentare il ricorso richiesto a nome del proprio parlamento. Era stata avanzata la proposta, in sede di convenzione, che ai parlamenti nazionali venisse riconosciuto il diritto di promuovere direttamente un ricorso in annullamento dinanzi alla Corte di giustizia senza dover passare cioè tramite il proprio governo: ciò avrebbe rappresentato indubbiamente un rafforzamento del controllo "diffuso" sulla corretta applicazione del principio di sussidiarietà e una maggiore autonomia dell'iniziativa parlamentare a livello europeo, ma avrebbe introdotto una anomalia nel sistema comunitario con il riconoscimento di una legittimazione attiva dinanzi alla Corte anche ad organi interni, ampliando notevolmente il novero dei soggetti legittimati ad adire la Corte; nella sostanza non cambia molto qualora si riconosca, come sembra logico anche se il tenore della formulazione della disposizione del protocollo non appare chiaro, che il governo nazionale non possa esimersi dal seguire la richiesta avanzata dal proprio parlamento.

Anche le autonomie regionali e locali trovano una loro valorizzazione nel testo costituzionale: nella previsione che la valutazione dell'insufficienza dell'azione degli Stati membri (presupposto per l'applicazione del principio di sussidiarietà) sia effettuata non solo a livello centrale, ma anche a livello regionale e locale (art. I-11); nella consultazione che la Commissione è tenuta a fare tenendo conto, se del caso, della dimensione regionale e locale (art. 2 Protocollo); nella valutazione dell'impatto finanziario e delle conseguenze che il progetto di

legge quadro europea avrà anche sulla legislazione regionale (art. 5 Protocollo), dandosi così rilievo al principio di proporzionalità, alla cui luce si deve valutare non solo l'idoneità della regolamentazione ma anche la sua adeguatezza; nella indicazione che ciascun parlamento nazionale consulti, all'occorrenza, i parlamenti regionali con poteri legislativi (art. 6 Protocollo), lasciando ovviamente ad esso di definire i modi attraverso i quali possano o debbano coinvolgere nell'esame dei progetti anche i secondi; nell'attribuzione al Comitato delle regioni il potere di presentare un ricorso in annullamento alla Corte di giustizia avverso atti legislativi europei per l'adozione dei quali la Costituzione richiede la sua consultazione (art. 8 Protocollo).

8. Francamente la Costituzione europea non poteva spingersi oltre nel dare rilevanza alle autonomie regionali, dato che si entra nel campo della ripartizione delle competenze interne e che spetta solo agli Stati disciplinare la loro organizzazione costituzionale. Ma il segnale è stato dato, almeno nel senso che, sia pure attraverso i parlamenti nazionali, anche i parlamenti regionali dotati di poteri legislativi siano coinvolti, almeno a titolo consultivo: la formula usata si limita ad affidare ai parlamenti nazionali – non potrebbe essere diversamente – il compito di valutare se ricorra o meno la necessità di sentire il legislatore regionale in conformità al proprio ordinamento interno. A questo punto viene demandato a ciascuno Stato membro dettare un'adeguata disciplina interna che indichi le modalità e gli strumenti opportuni che consentano alle autonomie regionali e locali di affermare il proprio ruolo, altrimenti rimesso alla decisione del parlamento nazionale.

A tal proposito, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, tale disciplina si è avuta con la recente legge 4 febbraio 2005 n. 11 recante “Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari”, il cui *iter* di approvazione ha coinciso con l'adozione del Trattato costituzionale e di quest'ultimo probabilmente ha tenuto conto, anche se sarebbe parso opportuno un migliore coordinamento e adeguamento con la disciplina comunitaria. Probabilmente ha inciso il fatto che il Trattato costituzionale non è ancora in vigore, ma nell'ottica di una sua entrata in vigore ben si sarebbe potuto predisporre una disciplina interna maggiormente in sintonia col primo.

L'art. 3 della legge in parola prevede che i progetti di atti comunitari e dell'Unione europea, nonché gli atti preordinati alla loro formazione, sono trasmessi alle Camere dal Presidente del Consiglio dei Ministri (o dal Ministro per le politiche comunitarie) per l'assegnazione ai competenti organi parlamentari, i quali sono altresì informati sulle proposte e sulle materie iscritte all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio dell'Unione europea; prima del loro svolgimento, il Governo illustra alle Camere la posizione che intende assumere e riferisce sui risultati delle riunioni entro quindici giorni dal loro svolgimento. I competenti organi parlamentari possono formulare osservazioni sui progetti e sugli atti trasmessi e adottare ogni opportuno atto di indirizzo al Governo. Ciò può creare qualche problema di sovrapposizione e di ingolfamento, dato che i

progetti di atti legislativi europei devono già essere trasmessi ai parlamenti nazionali dalle istituzioni dell'Unione. Tuttavia la norma interna sembra rivestire portata più ampia, poiché contempla in modo più generale i progetti di atti comunitari e quelli preordinati alla loro formazione. Non è chiaro se l'art. 3 si riferisca alla vecchia nomenclatura degli atti normativi comunitari (regolamenti, direttive, decisioni) o a quella adottata dalla Costituzione europea, cioè debba (ora) intendersi riferita agli atti legislativi europei (legge quadro europea e legge europea) o anche agli atti non legislativi (attuali regolamenti europei e decisioni europee): data l'ampiezza e genericità della formulazione della norma, si può pensare che la trasmissione al parlamento nazionale riguardi tutti gli atti, anche se appare forse eccessivo che anche gli atti non legislativi o di esecuzione debbano seguire tale procedura.

A ulteriore garanzia del legislatore nazionale, l'art. 4 prevede l'istituto della "riserva di esame parlamentare": quando le Camere abbiano iniziato l'esame dei progetti o atti trasmessi, il Governo può procedere alle attività di propria competenza per la formazione dei relativi atti comunitari soltanto a conclusione di tale esame, apponendo in sede di Consiglio la riserva di esame parlamentare e dandone comunicazione alle Camere, che devono pronunciarsi entro venti giorni.

La legge n. 11 del 2005 disciplina altresì l'aspetto della partecipazione delle Regioni e Province autonome alle decisioni relative alla formazione di atti normativi comunitari. A tal fine prevede (art. 5) in primo luogo che il Presidente del Consiglio dei Ministri, o il Ministro per le politiche comunitarie, informi le Regioni e le Province autonome, tramite la Conferenza dei presidenti delle Regioni e delle Province autonome, delle proposte e delle materie di competenza regionale che risultino iscritte all'ordine del giorno delle riunioni del Consiglio dell'Unione europea; su richiesta della Conferenza stessa, in sessione comunitaria, illustra, prima dello svolgimento delle riunioni, la posizione che il Governo intende assumere e successivamente la informa delle risultanze delle riunioni del Consiglio dell'Unione entro quindici giorni dal loro svolgimento.

In secondo luogo, per consentire una più diretta partecipazione delle Regioni e un loro effettivo contributo all'elaborazione degli atti comunitari interessanti la loro sfera di competenze, la legge in parola dispone che il Presidente del Consiglio dei Ministri, o il Ministro per le politiche comunitarie, trasmetta i progetti di atti comunitari, e gli atti preordinati alla loro formazione, alla Conferenza dei presidenti delle Regioni e delle Province autonome e alla Conferenza dei presidenti dell'Assemblea, dei Consigli regionali e delle Province autonome perché siano inoltrati alle Giunte e ai Consigli regionali. Le Regioni e le Province autonome, entro venti giorni dal ricevimento di tali atti, nelle materie di loro competenza possono trasmettere osservazioni al Presidente del Consiglio dei Ministri o al Ministro per le politiche comunitarie tramite la Conferenza. Se il progetto di atto normativo comunitario riguardi materie attribuite alla competenza legislativa delle Regioni, il Governo convoca, dietro loro richiesta, la Conferenza permanente per i rapporti fra lo Stato, le Regioni e le Province auto-

nome, ai fini del raggiungimento, entro venti giorni, dell'”intesa”, che si perfeziona con l'espressione dell'assenso del Governo e dei presidenti delle Regioni e delle Province autonome (di cui all'art. 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997 n. 281). In tal caso, qualora lo richieda la Conferenza, il Governo appone “una riserva di esame” in sede di Consiglio dell'Unione europea e ne dà comunicazione alla Conferenza: trascorsi venti giorni da detta comunicazione, il Governo può procedere anche in mancanza della pronuncia della Conferenza. Viene così ulteriormente precisato quanto già previsto dalla legge 5 giugno 2003 n. 131, secondo cui le Regioni e le Province autonome concorrono direttamente, nelle materie di loro competenza legislativa, alla formazione degli atti comunitari partecipando, nell'ambito delle delegazioni del Governo, alle attività del Consiglio e della Commissione europea, secondo modalità da concordare in sede di Conferenza Stato-Regioni e comunque garantendo l'unitarietà della rappresentazione della posizione italiana da parte del Capo delegazione designato dal Governo. In tal modo le Regioni sono messe in grado di incidere e partecipare effettivamente alla formazione della posizione del governo in merito agli atti comunitari che interessano materie di loro competenza.

Quando poi i progetti e gli atti comunitari riguardino questioni di particolare rilevanza per gli enti locali, la Presidenza del Consiglio dei Ministri li trasmette alla Conferenza Stato-città ed autonomie locali. Le associazioni rappresentative degli enti locali possono, tramite la Conferenza, formulare osservazioni, le quali devono comunque pervenire entro il giorno precedente quello della discussione in sede comunitaria.

Niente dice invece la legge n. 11 del 2005 circa le modalità, i casi e con quali effetti, il Parlamento italiano, nell'esercitare la sua funzione di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, dovrà consultare le Regioni, né quando e in che modo, qualora intenda chiedere allo Stato di impugnare gli atti europei dinanzi alla Corte di giustizia per violazione di tale principio, dovrà agire anche in nome dei legislatori regionali che richiedono l'impugnazione dell'atto a tutela della loro sfera di competenza. Tuttavia può soccorrere in proposito il decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 303, che rappresenta un'ulteriore garanzia di carattere generale a tutela delle prerogative delle Regioni: esso infatti dispone che, nelle materie di competenza legislativa delle Regioni e delle Province autonome, il Governo può proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia avverso gli atti normativi comunitari ritenuti illegittimi anche su richiesta di una di esse. Il Governo poi è tenuto a proporre tale ricorso qualora sia richiesto dalla Conferenza Stato-Regioni a maggioranza assoluta delle Regioni e Province autonome.

Dunque si profila anche per le Regioni, oltre che per i parlamenti nazionali, la possibilità di impugnare un atto comunitario ritenuto da esse illegittimo, secondo due possibilità: tramite il parlamento nazionale che, dietro consultazione col legislatore regionale e seguendo le sue indicazioni, chiede al governo di impugnare l'atto comunitario per violazione del principio di sussidiarietà; tramite il proprio governo quando ritengano l'illegittimità dell'atto comunitario.

Nel suo complesso, alla disciplina contenuta nella legge n. 11 del 2005 va riconosciuto il merito di aver cercato di predisporre dei meccanismi capaci di assicurare una maggiore ed effettiva partecipazione delle autonomie regionali nel processo di formazione degli atti comunitari e di fornire loro la possibilità di tutelare le proprie prerogative avverso indebite invasioni delle loro competenze da parte dell'Unione, ma certamente l'intera disciplina appare assai farraginosa e tortuosa, ispirata a una concezione ormai superata dei rapporti tra Stato, Regioni e Unione europea quali risultano ormai delineati anche a livello europeo.

Pietro Pustorino

Questioni in materia di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo*

SOMMARIO: 1. La nozione di minoranza nel diritto internazionale: sviluppi recenti e profili distintivi rispetto alla nozione di popoli indigeni. – 2. La titolarità individuale o collettiva dei diritti riconosciuti alle minoranze. – 3. Il regime giuridico internazionale ed europeo sulla protezione delle minoranze: evoluzione normativa generale, obblighi positivi e negativi degli Stati e tendenza nella prassi ad applicare le norme internazionali anche ai rapporti interindividuali. – 4. Individuazione delle singole norme consuetudinarie e convenzionali in tema di tutela delle minoranze. I principi di non discriminazione e di non assimilazione ed il diritto all'identità culturale delle minoranze. – 5. L'applicazione interna della disciplina internazionale ed europea a protezione delle minoranze. L'attuazione, in sede giurisdizionale, della normativa internazionale: esame della giurisprudenza italiana. – 6. Conclusioni circa l'esistenza, nel diritto internazionale consuetudinario, di uno *standard* minimo di trattamento delle minoranze ed applicazione di una tutela più avanzata alla luce della natura e delle caratteristiche particolari del gruppo minoritario.

1. La questione preliminare che occorre affrontare in materia di tutela dei gruppi minoritari nel diritto internazionale ed europeo riguarda la definizione del concetto di minoranza.

Premesso che la determinazione della nozione di minoranza in diritto internazionale appare problematica in ragione, da un lato, della varietà e non completa uniformità della prassi rilevante in materia e dall'altro, dell'evoluzione storica del fenomeno minoritario, si può nondimeno affermare che appare consolidato nella prassi l'orientamento secondo cui l'esistenza di una minoranza dipende dall'accertamento di due elementi costitutivi¹. Il primo elemento, di natura

* Testo riveduto di una relazione svolta al Convegno su "Identidad lingüística de los pueblos indígenas de la región andina: un acercamiento multidisciplinario" (Napoli, 13-14 dicembre 2005).

¹ Si veda per tutti la nota e più volte ripresa definizione elaborata dal Prof. Capotorti, in qualità di relatore speciale della Sotto-Commissione sulla prevenzione della discriminazione e protezione delle minoranze, contenuta nello *Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*, United Nations (Doc. E/CN.4/Sub.2/384/Rev.1), New York, 1979, p. 96 (par. 568). Sulle definizioni che richiamano la proposta di Capotorti suggerite dai successivi relatori speciali, in particolare Deschênes nel 1985 ed Eide nel 1993, entrambi incaricati dalla medesima Sotto-Commissione di analizzare il fenomeno delle minoranze sul piano internazionale, si veda V. PIERGIGLI, *Minoranze e lingue. Tra questioni interpretative ed esigenze di tutela giuridica*,

oggettiva, consiste rispettivamente nel fatto che la minoranza sia effettivamente tale sia dal punto di vista “quantitativo”, dovendo essere formata da un gruppo di individui numericamente inferiore alla maggioranza della popolazione, sia sotto il profilo “qualitativo”, non dovendo godere di una posizione dominante all’interno della comunità statale; che i membri della minoranza siano cittadini dello Stato ove essa è stabilita; che la minoranza abbia caratteristiche culturali, etniche, religiose o linguistiche differenti da quelle proprie della maggioranza della popolazione statale. Il secondo elemento, di natura soggettiva, consiste invece nell’esistenza di un elevato senso di “appartenenza” alla minoranza avvertito dai suoi componenti e finalizzato a preservare l’identità specifica del gruppo minoritario.

È da precisare che l’accertamento della formazione di una minoranza, sulla base degli elementi costitutivi sopra indicati, obbliga automaticamente lo Stato nel cui territorio si trova il gruppo minoritario al riconoscimento del livello di protezione previsto sul piano internazionale. In altre parole, il rispetto degli obblighi internazionali sulla tutela delle minoranze non è subordinato al riconoscimento unilaterale del gruppo minoritario da parte dello Stato territoriale – riconoscimento che implicherebbe l’attribuzione allo Stato di ampi poteri discrezionali in materia - ma rappresenta una conseguenza ricollegata *ipso jure* alla sussistenza dei parametri stabiliti dal diritto internazionale².

Quanto all’applicazione della nozione di minoranza in precedenza richiamata ad ogni fenomeno minoritario, occorre rilevare che tale definizione, in quanto piuttosto ampia e dotata di un certo margine di flessibilità nella sua applicazione concreta, appare idonea ad assorbire, almeno in linea di principio, le numerose forme assumibili dai gruppi minoritari.

In determinate ipotesi, tuttavia, risulta difficile ricondurre alla nozione generalmente accettata fenomeni che hanno oggettivamente acquisito caratteristiche peculiari diverse da quelle tipiche delle minoranze: è questo il caso delle popolazioni indigene³. I profili distintivi più rilevanti fra la nozione di popolazione

in V. PIERGIGLI (a cura di), *L’autoctonia divisa. La tutela giuridica della minoranza italiana in Istria, Fiume e Dalmazia*, Padova, 2005, p. 138 s.

² In questo senso si era già espressa la Corte permanente di giustizia internazionale nel parere consultivo del 1930 relativo al caso delle *Comunità greco-bulgare*, in *PCIJ Reports*, 1930, Series B, n. 17, pp. 21-22, nel quale la Corte ebbe proprio a precisare che l’esistenza di una minoranza rappresenta una questione di fatto e non di diritto, escludendo quindi la necessità del riconoscimento statale ai fini dell’applicazione delle norme internazionali. Nel medesimo senso, più di recente, depone il *General Comment* n. 23, adottato l’8 aprile 1994 dal Comitato per i diritti dell’uomo in merito all’art. 27 del Patto sui diritti civili e politici del 1966 (CCPR/C/21/Rev.1/Add.5), nel quale si rileva (punto 5, par. 2) che “The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria”.

³ Sugli aspetti distintivi delle popolazioni indigene rispetto alle minoranze, si vedano P. THORNBERRY, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, 1991, p. 331 ss.; M. N. SHAW, *The Definition of Minorities in International Law*, in Y. DINSTEIN, M. TABORY (eds.), *The Protection of Minorities and Human Rights*, Dordrecht, Boston, London, 1992, p. 13 ss.; M. L. PECORARO, *La protezione internazionale delle minoranze*, Napoli, 2003, p. 30 ss.; G. CATALDI, *La tutela jurídica*

indigena e quella di minoranza sono rappresentati per un verso dalla diversa origine storica dell'insediamento territoriale di tali popolazioni, la cui esistenza risale al periodo precedente alla colonizzazione dei relativi territori; per altro verso, dalla circostanza che non sempre è riscontrabile per le popolazioni indigene l'elemento oggettivo relativo all'inferiorità numerica rispetto alla maggioranza della popolazione, in quanto vi sono casi pur rari (ad esempio in Sud America per alcuni gruppi aborigeni ed in Groenlandia per gli inuit/eschimesi)⁴ di popolazioni indigene di particolare rilevanza numerica, o che rappresentano addirittura la maggioranza della popolazione locale. Infine, può ritenersi, sotto il profilo del regime giuridico applicabile rispettivamente alle popolazioni indigene ed alle minoranze, che non esiste una perfetta corrispondenza fra i diritti rivendicati da tali gruppi, ciò soprattutto in quanto per le popolazioni indigene il fattore territoriale sembra assumere un'importanza assai più elevata rispetto a quanto rilevabile per le minoranze in genere⁵, tenuto conto in particolare dello stretto rapporto funzionale riscontrabile fra il controllo del territorio ed il mantenimento dell'identità specifica delle popolazioni indigene⁶.

de las minorías lingüísticas: la experiencia europea, in A. KOWI (a cura di), *Identidad lingüística de los pueblos indígenas de la región andina*, Quito, 2005, p. 89 ss.; M. MAZZA, *La protezione dei popoli indigeni nei Paesi di common law*, Padova, 2004, p. 25 ss.; A. FODELLA, *La tutela dei diritti collettivi: popoli, minoranze, popoli indigeni*, in L. PINESCHI, (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 713; E. CECCHERINI, *Un antico dilemma: integrazione o riconoscimento della differenza? La costituzionalizzazione dei diritti delle popolazioni aborigene*, par. 1 del lavoro in corso di stampa in G. ROLLA (a cura di), *Eguale ma diversi. Identità e autonomia nella giurisprudenza della Corte suprema del Canada*, Milano, 2006.

⁴ Su tale interessante profilo distintivo delle popolazioni indigene rispetto alle minoranze si veda M. MAZZA, *op. cit.*, p. 25.

⁵ Anche sotto l'aspetto dell'esigenza di riconoscere forme effettive di controllo del territorio a favore delle popolazioni indigene non sono affatto estranee considerazioni di carattere storico, relative allo spossamento illegittimo da esse subito durante il periodo coloniale. In questo senso, la concessione dell'uso, esclusivo o limitato, di parti di territorio statale per le popolazioni indigene assumerebbe la forma di una "riparazione" storica, pur tardiva ed insufficiente, per le gravi violazioni cui sono state in passato sottoposte. Sulla possibilità di ritenere i popoli indigeni quali legittimi proprietari delle terre sulle quali essi erano stanziati prima della dominazione coloniale, si veda la celebre opera, pubblicata postuma nel 1557, di FRANCISCO DE VITORIA, *De Indis et de jure belli relectiones*, Oxford, London, 1917, p. 208 ss., nella quale l'illustre giurista contesta, punto per punto, i numerosi titoli di proprietà indicati dalla Spagna per legittimare la conquista del "Nuovo Mondo". Merita in particolare di essere ricordato quanto affermato in conclusione dall'A. nella *Relectio I, sectio prima*, par. 24, in cui si rileva che "Restat ergo ex omnibus dictis quod sine dubio barbari erant et publice et privatim ita veri domini, sicut Christiani; nec hoc titulo potuerunt spoliari aut principes aut privati rebus suis, quod non essent veri domini".

⁶ L'importanza particolare per le popolazioni indigene di assicurarsi un pur limitato controllo del territorio ove esse sono prevalentemente stanziate è confermata dal contenuto degli strumenti giuridici internazionali relativi alla loro protezione. Al collegamento speciale fra popolazioni indigene e territorio è per esempio dedicata l'intera parte seconda (articoli 13-19) della Convenzione n. 169 relativa ai popoli indigeni e tribali adottata il 27 giugno 1989 dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, entrata in vigore il 5 settembre 1991 (*ILO Bulletin*, vol. 72, p. 59) e modificativa della precedente Convenzione n. 107 conclusa nella medesima materia nel 1957.

In proposito, va peraltro osservato che la nozione di popolazione indigena, pur avendo acquisito nella prassi un' autonoma rilevanza, sembrerebbe tuttora poter essere ricondotta, per diversi aspetti, nel quadro della definizione generale di minoranza e quindi nell' ambito della disciplina normativa prevista per i gruppi minoritari. Ciò corrisponde, allo stato attuale del diritto internazionale, ad un' esigenza di tutela delle stesse popolazioni indigene, per le quali, ad una differenziazione sostanziale piuttosto evidente rispetto alle minoranze, non sempre consegue un' adeguata normativa internazionale *ad hoc*⁷. Ne deriva che, fatte salve le regolamentazioni di natura speciale applicabili alle popolazioni indigene e prevalenti rispetto al regime di carattere generale previsto a tutela delle minoranze, a tali popolazioni devono essere riconosciute le medesime garanzie di cui godono i gruppi minoritari nel diritto internazionale. Questa tesi appare fondata non soltanto, come si è detto, alla luce dell' esigenza di colmare le lacune normative ad oggi esistenti in tema di protezione delle popolazioni indigene, ma anche in base all' acquisita flessibilità della disciplina normativa sulle minoranze che, come si cercherà di mettere in rilievo più avanti, appare idonea ad essere modulata in base alle caratteristiche specifiche dei singoli fenomeni minoritari.

Vi è infine da mettere in luce, sulla base della prassi, due tendenze particolarmente interessanti e collegate fra loro, che sembrano introdurre alcuni elementi di novità rispetto alla nozione tradizionale di minoranza.

La prima tendenza di carattere evolutivo attiene al grado di stabilità territoriale richiesto dal diritto internazionale per attivare la protezione delle minoranze. Se in passato infatti la prassi internazionale deponeva nel senso di richiedere un elevato livello di radicamento sul territorio statale dei membri del gruppo minoritario, quale condizione per l' applicazione delle garanzie previste dall' ordinamento internazionale, alcuni elementi recenti della prassi sembrerebbero interpretabili nel senso di riconoscere la tutela internazionale anche ai componenti delle minoranze che non risultano radicati in modo permanente sul territorio statale⁸. In realtà, a conferma di quanto si accennava in precedenza circa la flessibilità del regime giuridico internazionale sulla protezione delle minoranze, appare legittimo sostenere che se da una parte il diritto internazionale impone agli Stati uno *standard* minimo di trattamento delle minoranze, senza che rilevi il livello di stabilità territoriale di tali gruppi, dall' altra esso richiede agli Stati

⁷ Diversamente, a livello nazionale è riscontrabile una progressiva consapevolezza della necessità di apprestare una protezione speciale a favore delle popolazioni indigene esistenti nel territorio statale: per un esame delle garanzie espressamente previste a favore delle popolazioni indigene negli ordinamenti statali, si veda, con particolare riferimento ai Paesi di *common law*, M. MAZZA, *op. cit.*, p. 63 ss., e più in generale con riferimento alle previsioni contenute in materia in numerosi testi costituzionali di recente approvazione si veda E. CECCHERINI, *op. cit.*, par. 2 della versione in corso di stampa.

⁸ Si veda in particolare il già richiamato *General Comment* del 1994, che estende la protezione prevista dall' art. 27 del Patto sui diritti civili e politici sia ai membri delle minoranze che non sono "permanent residents", sia persino ai "migrant workers or even visitors in a State party..." (punto 5, par. 2).

l'osservanza di obblighi ulteriori e più incisivi nell'ipotesi di radicamento significativo sul territorio di specifici gruppi minoritari.

La seconda più significativa tendenza desumibile dalla prassi, che appare espressione di un interessante punto di convergenza fra la protezione delle minoranze e la tutela internazionale dei diritti dell'uomo⁹, è rappresentata dal parziale superamento della condizione della cittadinanza nazionale ai fini del riconoscimento da parte dello Stato territoriale della tutela ai membri del gruppo minoritario. Tale orientamento, che trova un autorevole precedente nel parere consultivo reso nel 1923 dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Acquisition of Polish Nationality*¹⁰, ha ricevuto conferma in base ad elementi più recenti della prassi internazionale. In particolare, nel già citato *General Comment* adottato dal Comitato dei diritti dell'uomo, si legge che il contenuto dell'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici va interpretato nel senso "that the individuals designated to be protected need not be citizens of the State party" (punto 5, par. 1). Tuttavia, anche in merito al problema in esame si può ritenere che la normativa internazionale sulle minoranze predisponga una disciplina differenziata a seconda dell'esistenza del requisito della nazionalità per i membri della minoranza, obbligando lo Stato territoriale, pur nel quadro di un necessario margine di apprezzamento riconosciuto allo Stato, ad assicurare una tutela maggiore nei confronti dei membri di gruppi minoritari che risultano altresì cittadini di tale Stato¹¹.

2. Prima di analizzare il regime giuridico internazionale a tutela delle minoranze è necessario individuare i destinatari effettivi delle situazioni giuridiche soggettive contemplate dalle norme internazionali esistenti in materia. Occorre soprattutto verificare se i titolari dei diritti riconosciuti alle minoranze siano esclusivamente i singoli individui che compongono il gruppo minoritario, oppure se possa sostenersi l'esistenza, sulla base della prassi, di veri e propri diritti

⁹ Su tale problema si veda *infra*, par. 3.

¹⁰ Nel parere in questione, che venne adottato in merito alla controversia fra Germania e Polonia sull'interpretazione del trattato concluso il 28 giugno 1919 tra le Potenze vincitrici del primo conflitto mondiale e la Polonia, la Corte si pronunziò espressamente in senso favorevole alla tesi che estende ai membri delle minoranze che non possiedono la cittadinanza dello Stato territoriale la tutela prevista dal diritto internazionale (*PCIJ Reports*, 1923, Series B, n. 7, p. 14 s.).

¹¹ Nel senso di graduare la tutela dei membri delle minoranze alla luce dell'esistenza del requisito della cittadinanza, si era pronunziata, nel parere del 1932 relativo al caso *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (*PCIJ Reports*, 1932, Series A/B, n. 44, p. 39), la stessa Corte permanente di giustizia internazionale, modificando pertanto le conclusioni cui era pervenuta nel parere del 1923 sopra citato. In particolare, la Corte distinse fra minoranze in senso ampio, nelle quali rientrano anche gli stranieri ed alle quali va riconosciuto un nucleo essenziale di diritti fondamentali, e minoranze in senso stretto, le quali comprendono soltanto i cittadini dello Stato territoriale ed alle quali occorre pertanto riconoscere una serie di garanzie ulteriori, quali il diritto a non essere discriminati nel godimento dei diritti civili e politici ed il diritto all'uso della lingua minoritaria nell'ambito dell'istruzione primaria.

collettivi spettanti alle minoranze, quali entità distinte ed autonome dai propri membri¹².

In materia di riconoscimento alle minoranze di diritti individuali o collettivi, è noto che la dottrina ha espresso posizioni divergenti. Secondo un primo orientamento dottrinale, che si fonda in particolare sull'esame dei lavori preparatori¹³ e del contenuto dell'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici, i diritti previsti a protezione delle minoranze avrebbero natura individuale ed il fatto che essi siano attribuiti, ai sensi del suddetto art. 27, "in community with the other members of their group", non li trasformerebbe affatto in diritti di natura collettiva¹⁴. Il suddetto indirizzo manifestato in dottrina trova elementi di sostegno sia nella prassi del Comitato dei diritti dell'uomo¹⁵, in sede di valutazione delle comunicazioni individuali presentate in base al protocollo opzionale entrato in vigore nel 1976, sia, a livello europeo, in riferimento all'interpretazione della

¹² È appena il caso di precisare che in questa sede si affronta esclusivamente il problema della titolarità di situazioni giuridiche soggettive a livello internazionale, senza che rilevi l'eventuale titolarità di diritti ed obblighi in base a norme nazionali.

¹³ Per la tesi che i lavori preparatori dell'art. 27 vadano chiaramente interpretati nel senso di escludere la titolarità di diritti collettivi a favore delle minoranze, si veda C. TOMUSCHAT, *The Protection of Minorities Under Article 27 of the International Covenant on Civil and Political Rights*, in R. BERNHARDT, W. K. GECK, G. JAENICKE, H. STEINBERGER (a cura di), *Völkerrecht als Rechtsordnung – Internationale Gerichtsbarkeit – Menschenrechte, Festschrift für Hermann Mosler*, Berlin, Heidelberg, New York, 1983, p. 954.

¹⁴ Così F. POCAR, *Note sulla giurisprudenza del Comitato sui diritti dell'uomo in materia di minoranze*, in S. BARTOLE, N. OLIVETTI RASON, L. PEGORARO (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998, p. 31 ss., che sottolinea in particolare la natura diversa di tali diritti rispetto al diritto all'autodeterminazione dei popoli riconosciuto dall'art. 1 del Patto.

¹⁵ Si vedano ad esempio le *Views* adottate dal Comitato il 26 marzo 1980 nel caso *Chief Bernard Ominayak and the Lubicon Lake Band v. Canada*, comunicazione n. 167/1984, in *Official Records of the Human Rights Committee 1989/1990*, UN Doc. A/45/40, p. 381 ss., relative alla comunicazione presentata dal capo di una tribù indiana insediata presso il lago Lubicon in Canada, nella provincia di Alberta. Nella comunicazione si lamentava la violazione da parte del Canada del diritto all'autodeterminazione dei popoli, ex art. 1 del Patto sui diritti civili e politici, a seguito dell'autorizzazione rilasciata dalle autorità canadesi all'espropriazione delle terre nelle quali viveva la tribù, con pregiudizio sia del diritto a disporre liberamente delle risorse e delle ricchezze naturali presenti nei suddetti territori, sia del diritto alla sopravvivenza stessa dei componenti la tribù, che dallo sfruttamento di tali risorse traevano gli unici mezzi di sopravvivenza. Il Comitato da un lato ha escluso l'applicazione in materia dell'art. 1, in linea con la prassi precedente del Comitato (in senso conforme si vedano le *Views* adottate dal Comitato il 27 luglio 1988 nel caso *Kitok v. Sweden*, comunicazione n. 197/1985, in *Report of the Human Rights Committee*, in *General Assembly Official Records*, Doc. A/43/40, punto 6, par. 3), rilevando che "the question whether the Lubicon Lake Band constitutes a 'people' is not an issue for the Committee to address under the Optional Protocol to the Covenant", in quanto tale protocollo "provides a procedure under which individuals can claim that their individual rights have been violated" (punto 32, par. 1, delle *Views*). Dall'altro lato, il Comitato ha tuttavia ravvisato una violazione del diritto individuale alla protezione delle minoranze ex art. 27 del Patto.

Convenzione-quadro sulla protezione delle minoranze nazionali aperta alla firma il 1° febbraio 1995 nel quadro del Consiglio d'Europa¹⁶.

Secondo un diverso orientamento dottrinale, il carattere individuale e collettivo dei diritti spettanti alle minoranze coesisterebbe, o nel senso che le norme internazionali a protezione delle minoranze prevedano una duplice tutela, contemplando sia diritti di natura individuale che diritti di natura collettiva¹⁷, oppure nel senso che la titolarità dei diritti riconosciuti alle minoranze spetti soltanto agli individui che ne fanno parte, mentre la forma di esercizio dei diritti stessi assumerebbe carattere collettivo¹⁸.

Al riguardo, aderendo all'indirizzo dottrinale secondo cui la disciplina normativa in materia di minoranze prevederebbe un doppio livello di tutela, individuale e collettivo, riteniamo che la prassi internazionale, complessivamente considerata, possa essere interpretata nel senso che i destinatari delle norme internazionali rilevanti in materia siano tanto gli individui membri dei gruppi minoritari quanto le minoranze stesse, considerate quali entità distinte. Se, come si è detto, non esistono perplessità particolari con riferimento alla titolarità individuale dei diritti riconosciuti dalla normativa internazionale sulle minoranze, va rilevato che sono riscontrabili diverse regole internazionali, sia di carattere vin-

¹⁶ Per il testo della Convenzione, entrata in vigore il 1° febbraio 1998, si veda *ILM*, 1995, p. 351 ss. Sull'esclusione di diritti collettivi in base alle norme della Convenzione, si veda l'*Explanatory Report* della Convenzione, nel quale si chiarisce, in relazione agli articoli 1 e 3, che "no collective rights of national minorities are envisaged" (par. 31 del *Report*) e che la Convenzione "recognises the possibility of joint exercise of those rights and freedoms, which is distinct from the notion of collective rights" (par. 37 del *Report*).

¹⁷ In questo senso, sempre con riferimento all'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici, F. CAPOTORTI, *Il regime delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite e secondo l'art. 27 del Patto sui diritti civili e politici*, in *RIDU*, 1992, pp. 109-110; G. PENTASSUGLIA, *L'applicazione alle minoranze del primo protocollo facoltativo relativo al Patto internazionale sui diritti civili e politici*, ivi, 1995, pp. 296-297 (Id., *Minorities in International Law. An Introductory Study*, Strasbourg, 2002, p. 48 s.). Analogamente, ma con riferimento al complesso della disciplina normativa internazionale a tutela delle minoranze, si vedano M. L. PECORARO, *op. cit.*, p. 75 ss., la quale tuttavia riconosce (p. 81) che la possibilità di accertare, sulla base della prassi, la titolarità di diritti collettivi a favore delle minoranze appare assai limitata; V. PIERGIGLI, *op. cit.*, p. 166 ss.

¹⁸ P. THORNBERRY, *op. cit.*, p. 173 ss.; V. STARACE, *Linee di sviluppo del diritto internazionale in materia di protezione delle minoranze*, in R. COPPOLA, L. TROCCHI (a cura di), *Minoranze, laicità, fattore religioso, Studi di diritto internazionale e di diritto ecclesiastico comparato*, Bari, 1997, p. 6 s.; A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 243.

colante¹⁹, sia appartenenti al *soft law*²⁰, le quali sembrano indirizzarsi direttamente ai gruppi minoritari.

Inoltre, le tesi che negano la titolarità di situazioni giuridiche soggettive a favore del gruppo minoritario non appaiono condivisibili in quanto non sembrano cogliere in modo adeguato il collegamento particolarmente stretto esistente fra posizioni individuali e collettive in tema di diritti delle minoranze. In primo luogo, è da ritenere infatti che l'eventuale accertamento di un diritto individuale a favore di un membro della minoranza per un verso si fonda in via esclusiva sul presupposto che l'individuo faccia effettivamente parte della minoranza in questione; per altro verso il riconoscimento dell'esistenza di un diritto individuale si riflette pressoché automaticamente nei confronti di tutti gli altri membri del gruppo minoritario, esaltando quindi la posizione giuridica di natura collettiva e ponendo quasi in secondo piano quella di carattere individuale.

In secondo luogo, la prassi internazionale depone nel senso che i diritti individuali dei soggetti appartenenti ad una minoranza possono essere in larga misura limitati, qualora ciò risulti necessario alla protezione del gruppo minoritario inteso quale entità portatrice di interessi collettivi considerati prevalenti sulle singole posizioni individuali dei propri membri²¹.

Con riguardo a quanto appena riferito si potrebbe obiettare che alla titolarità da parte delle minoranze di diritti di natura collettiva non corrisponderebbe a livello internazionale la facoltà per i gruppi minoritari di richiedere un accerta-

¹⁹ Per l'analisi delle disposizioni convenzionali contenute in alcuni trattati sulla protezione delle minoranze conclusi nel secondo dopoguerra e specificamente rivolte ad alcuni gruppi minoritari, si veda A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 109 s., in particolare nota 100. Un'impostazione chiaramente orientata a riconoscere e proteggere sia i diritti individuali, sia soprattutto le posizioni giuridiche di natura collettiva, è contenuta nella già richiamata Convenzione OIL del 1989 sulle popolazioni indigene e tribali, che si pone infatti l'obiettivo principale di "protéger les droits de ces peuples et de garantir le respect de leur intégrité" (art. 2).

²⁰ Fra gli atti non vincolanti si può citare l'art. 1 della Dichiarazione sui diritti delle persone appartenenti alle minoranze nazionali o etniche, religiose e linguistiche, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1992 con risoluzione n. 47/135, secondo cui "States shall protect the existence and the national or ethnic, cultural, religious and linguistic identity of minorities within their respective territories...": per il testo si veda S. M. TRIFUNOVSKA (ed.), *Minority Rights in Europe. European Minorities and Languages*, The Hague, 2001, p. 140 ss.

²¹ In questo senso le già richiamate *Views* adottate dal Comitato dei diritti dell'uomo rese nel caso *Kitok*, che, in relazione al problema del conflitto (sollevato in sede di applicazione di una legge svedese a protezione della minoranza *Sami*) fra gli interessi collettivi della minoranza nel suo complesso e gli interessi individuali dei suoi singoli membri, precisano (punto 9, par. 8) "that a restriction upon the right of an individual member of a minority must be shown to have a reasonable and objective justification and to be necessary for the continued viability and welfare of the minority as a whole". Per un caso precedente nel quale il Comitato ha utilizzato la medesima impostazione si vedano le *Views* adottate il 30 luglio 1981 nel caso *Sandra Lovelace v. Canada*, comunicazione n. 24/1977, UN Doc. A/36/40, p. 174. Sull'esame complessivo dei casi sottoposti al Comitato, si vedano A. FABBRICOTTI, *Sull'uso della lingua minoritaria nel processo secondo il Patto relativo ai diritti civili e politici*, in *RDI*, 1998, p. 150 ss.; A. VERSTICHEL, *Recent Developments in the UN Human Rights Committee's Approach to Minorities, with a Focus on Effective Participation*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2005, p. 25 ss.

mento di tali diritti sul piano giurisdizionale, o quasi giurisdizionale. In materia, bisogna tuttavia rilevare che vi sono sistemi convenzionali che riconoscono al gruppo minoritario, oppure ai suoi singoli membri ma in rappresentanza dell'intera collettività, la possibilità di presentare ricorsi²². Inoltre, va evidenziato che, come è noto, non esiste nel diritto internazionale una situazione di perfetta simmetria fra destinatarietà dei diritti e possibilità di farli valere, come dimostrato in senso inverso dal fatto che, con riferimento alla posizione degli individui nell'ordinamento internazionale, se risultano da tempo attivabili da parte di privati numerosi procedimenti di accertamento dei diritti riconosciuti su base convenzionale, il problema della titolarità di tali diritti sostanziali da parte degli individui medesimi è stato oggetto di interpretazioni divergenti nella prassi²³.

Se si volesse più approfonditamente comparare la situazione delle minoranze e dei privati in genere nel diritto internazionale, al di fuori cioè dell'appartenenza a gruppi minoritari, occorrerebbe ammettere che, se dal punto di vista della facoltà di richiedere un accertamento giurisdizionale dei diritti ad essi rispettivamente riconosciuti, la situazione dei privati appare prevalente, non può pervenirsi alla medesima conclusione se si esamina l'incidenza notevole dei gruppi minoritari di maggiore consistenza e radicamento sul territorio statale, sia con riferimento alla determinazione del contenuto delle norme internazionali (per il quale le minoranze sembrano in grado di incidere, seppur indirettamente, ricorrendo a formidabili strumenti di pressione nei confronti degli Stati nei quali sono insediate), sia con riguardo alle possibili reazioni in caso di violazione da parte degli Stati delle norme internazionali rilevanti in materia, riuscendo spesso alcune minoranze ad organizzare forme efficaci di protesta²⁴. Si aggiunga infine che ad alcuni specifici gruppi minoritari, in particolare le popolazioni indigene, vengono riconosciute forme pur assai limitate di sovranità, riservando ad esse sia la proprietà, o almeno l'utilizzazione pressoché esclusiva, di parti del territorio statale, sia garanzie speciali rispettivamente in materia di esercizio della funzione normativa (in modo da assicurare il rispetto effettivo delle consuetudini e delle tradizioni proprie della popolazione indigena) e della funzione giurisdizionale nei confronti dei membri di tali gruppi²⁵.

²² Si vedano i casi sottoposti alla Corte interamericana dei diritti dell'uomo sui quali ci si soffermerà in seguito (*infra*, par. 4).

²³ Soltanto recentemente la Corte internazionale di giustizia ha accertato l'esistenza di diritti individuali di natura sostanziale previsti da norme internazionali: si vedano le note sentenze del 27 giugno 2001 nel caso *LaGrand*, in *ICJ Reports*, 2001, p. 494 (par. 77) e del 31 marzo 2004 nel caso *Avena*, in *RDI*, 2004, p. 789 (par. 40).

²⁴ In merito all'incidenza particolare dei singoli individui e dei gruppi di privati sulla formazione, l'accertamento e l'attuazione del diritto internazionale, con specifico riferimento alla normativa internazionale a tutela dell'ambiente, si veda l'accurata ricostruzione di M. IOVANE, *Soggetti privati, società civile e tutela internazionale dell'ambiente*, in A. DEL VECCHIO, A. DAL RÌ JUNIOR (a cura di), *Il diritto internazionale dell'ambiente dopo il vertice di Johannesburg*, Napoli, 2005, p. 133 ss.

²⁵ Oltre alle numerose norme interne, anche di rango costituzionale, adottate in materia da diversi Stati nei quali sono stabilite popolazioni indigene di particolare radicamento nel territorio

Quanto appena indicato dovrebbe indurre a riflettere maggiormente sulla rilevanza progressiva acquisita dalle minoranze (ed *a fortiori* dalle popolazioni indigene) nell'ordinamento internazionale, tenendo soprattutto conto del fatto che l'attribuzione di diritti sostanziali e procedurali alle minoranze in quanto tali e di conseguenza l'ipotesi del riconoscimento di una pur limitata soggettività internazionale a tali gruppi venivano contestati in passato, ed in parte anche oggi, per il timore dell'insorgenza di pretese secessioniste da parte delle minoranze²⁶, mentre appare ormai acquisito nella prassi²⁷ che i gruppi minoritari non possano vantare un diritto di secessione che appare in palese conflitto con il principio di natura prevalente che protegge la stabilità e l'integrità territoriale degli Stati²⁸.

3. Il regime giuridico delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo ha subito una profonda evoluzione nel corso del tempo.

In sintesi, si può rilevare che la tutela internazionale delle minoranze ha sostanzialmente origine, a partire dalla conclusione sin dal XVII secolo di diversi trattati internazionali, quale disciplina specifica, che si limitava a proteggere

(sul punto vedi *supra*, par. 1), si vedano, a livello internazionale, le disposizioni contenute nelle parti I e II della già citata Convenzione OIL n. 169 del 1989, che attribuiscono alle popolazioni indigene poteri in materia legislativa e giurisdizionale, ricercando un adeguato punto di equilibrio fra la protezione degli interessi generali dello Stato e degli interessi specifici di tali popolazioni. In senso ancora più estensivo si veda la *Draft Declaration* delle Nazioni Unite sui diritti delle popolazioni indigene (in particolare articoli 4, 19-21, 32-33), approvata dalla Sotto-Commissione per la prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze nel 1994 (Doc. E/CN.4/1995/2 – E/CN.4/Sub.2/1994/56 del 24 ottobre 1994, p. 103 ss.), ma non ancora definitivamente approvata dall'Assemblea generale. Particolarmente rilevante appare in materia l'art. 33, secondo cui le popolazioni indigene “have the right to promote, develop and mantain their institutional structures and their distinctive juridical customs, traditions, procedures and practices, in accordance with internationally recognized human rights standard”.

²⁶ Nella prassi meno recente, un vero e proprio diritto delle minoranze alla secessione, in caso di violazione delle loro prerogative, venne prospettato, pur quale eccezione alla regola della stabilità territoriale degli Stati, dalla Commissione di giuristi incaricata dal Consiglio della Società delle Nazioni di rendere un parere sulla controversia fra Svezia e Finlandia relativa alle isole Aaland: si veda il rapporto presentato al Consiglio il 16 aprile 1921, in *League of Nations Document B7.21/68/106*, 16 aprile 1921, p. 21 ss.

²⁷ Per una approfondita analisi della prassi esistente in materia, si veda A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 77 ss. e p. 343 ss. Sul rapporto fra minoranze ed autodeterminazione dei popoli si veda anche *infra*, par. 4.

²⁸ Prova evidente ne è il fatto che in quasi tutti gli strumenti internazionali sulla protezione delle minoranze viene posta una clausola di salvaguardia dell'integrità territoriale dello Stato: si vedano ad esempio, fra gli atti già analizzati in precedenza, l'art. 8, par. 4, della dichiarazione dell'Assemblea Generale sulle minoranze del 1992; il preambolo e l'art. 21 della Convenzione-quadro del 1995 adottata dal Consiglio d'Europa (in senso del tutto analogo l'art. 5 della Carta europea sulla protezione delle lingue regionali o minoritarie, adottata dalla medesima organizzazione il 5 novembre 1992, in *HRLJ*, 1993, p. 148 ss.); in senso più sfumato l'art. 1, par. 3, della Convenzione OIL del 1989, secondo cui l'uso del termine “popoli” nella convenzione non implica il riconoscimento alle popolazioni indigene e tribali delle garanzie che il diritto internazionale ricollega a tale espressione.

le minoranze di carattere religioso, per estendersi alla protezione delle altre forme minoritarie soltanto grazie ai trattati stipulati al termine del primo conflitto mondiale nel quadro della Società delle Nazioni²⁹. A partire dalla conclusione della seconda guerra mondiale, la disciplina delle minoranze viene assorbita integralmente nell'ambito più ampio della tutela internazionale dei diritti dell'uomo. Di conseguenza, la tendenza desumibile dalla prassi di quel periodo appare nel senso di non predisporre strumenti normativi specificamente destinati alla tutela delle minoranze, pur potendosi ritenere che l'esigenza di proteggere i gruppi minoritari abbia inciso in una certa misura sulla determinazione del contenuto di alcune norme internazionali sui diritti umani³⁰, quali ad esempio il principio di non discriminazione e più recentemente il riconoscimento del diritto all'identità culturale³¹.

È un dato obiettivo tuttavia che la prassi più recente, pur confermando l'inserimento del regime sulle minoranze nell'alveo della disciplina in tema di protezione dei diritti umani³², sia espressione di una maggiore consapevolezza da parte della comunità internazionale circa la necessità di adottare norme *ad hoc* in materia di tutela delle minoranze. Ciò appare confermato dai numerosi strumenti internazionali, di carattere vincolante e di *soft law*, dedicati esclusivamente alla protezione delle minoranze e di cui si è detto in precedenza. Si può anzi notare che la tendenza attuale della prassi normativa di natura internazionale sembrerebbe nel senso di distinguere la disciplina giuridica a seconda del tipo e delle caratteristiche specifiche dei gruppi minoritari.

Appare quindi legittimo ritenere che il regime giuridico generale sulla protezione dei diritti umani e la disciplina più specifica sulla tutela delle minoranze, che ne costituisce tuttora parte integrante ma con ampi spazi di autonomia in ragione delle caratteristiche peculiari del fenomeno minoritario, siano collegati da un rapporto di *stretto coordinamento* (non sempre riscontrabile nei rapporti

²⁹ Per l'analisi di tali trattati si vedano A. PIZZORUSSO, *Minoranze etnico-linguistiche*, in *Edd*, XXVI, Milano, 1976, p. 538 ss.; F. SALERNO, *Le minoranze nazionali dal Congresso di Vienna ai trattati di pace dopo la seconda guerra mondiale*, in *RIDU*, 1992, p. 63 ss.; F. DE VARENNES, *The Linguistic Rights of Minorities in Europe*, in S. M. TRIFUNOVSKA (ed.), *op. cit.*, p. 4 ss.; P. SIMONE, *La tutela internazionale delle minoranze nella sua evoluzione storica*, Napoli, 2002, p. 7 ss.

³⁰ Sul punto si veda F. SALERNO, *Le minoranze nazionali*, cit., p. 100 s.

³¹ Sull'esame di tali regole internazionali si veda il paragrafo successivo.

³² Fra i numerosi strumenti internazionali che depongono in questo senso, si vedano, a livello europeo, i documenti adottati nel quadro della Conferenza per la sicurezza e la cooperazione in Europa (CSCE, divenuta OSCE dal 1° gennaio 1995), quali ad esempio il Documento conclusivo della Conferenza di Copenaghen del 1990 sulla dimensione umana (cap. IV), in *ILM*, 1991, p. 222 s., e la Carta di Parigi del 1990 (i quali secondo J. A. FROWEIN, *Le droit des minorités entre les droits de l'homme et le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, in R. B. ACHOUR, S. LAGHMANI (sous la direction de), *Les nouveaux aspects du droit international*, Paris, 1994, p. 129, costituirebbero "l'instrument le plus détaillé concernant la protection des minorités qui se trouve dans l'histoire du droit international public"). Ad esempio, nella Carta di Parigi si rileva espressamente che "the rights of persons belonging to national minorities must be fully respected as part of universal human rights", *ibidem*, p. 199. In senso analogo l'art. 1 della già richiamata Convenzione-quadro adottata dal Consiglio d'Europa.

fra disciplina generale e più specifica di una medesima area normativa), che permette di colmare le eventuali lacune esistenti in un determinato ambito normativo attraverso il ricorso a norme o principi operanti nell'altro contesto normativo, e di *incidenza reciproca*, in base all'applicazione in uno dei due "settori" normativi di regole già sperimentate con successo nell'altro "settore" normativo (come avvenuto per l'applicazione, dapprima nell'ambito della tutela delle minoranze e successivamente nel quadro più ampio della protezione dei diritti umani, del principio di non discriminazione).

L'evoluzione del regime normativo a tutela delle minoranze è riscontrabile anche con riferimento alla natura degli obblighi internazionali imposti agli Stati per una tutela effettiva dei gruppi minoritari. Se in passato infatti prevaleva la tendenza nella prassi a stabilire a carico degli Stati soprattutto obblighi di natura negativa, prevedendo in particolare obblighi di astensione dall'adoptare comportamenti di natura discriminatoria nei confronti delle minoranze, nell'attuale diritto internazionale ed europeo è consolidata la tendenza a richiedere il rispetto sia di obblighi a carattere negativo, sia di obblighi di natura positiva³³, che, come si vedrà³⁴, vengono modulati in base alle caratteristiche riscontrabili nelle singole minoranze. In proposito, è ancora una volta assai evidente l'elemento di convergenza fra le regole sulla protezione delle minoranze e la disciplina riguardante la tutela dei diritti dell'uomo, che impone oggi agli Stati una serie di obblighi di *facere* per garantire un'adeguata tutela dei diritti umani.

Infine, appare di particolare interesse la tendenza, ravvisabile in alcune manifestazioni della prassi e che tuttavia non può considerarsi consolidata, ad obbligare lo Stato territoriale all'applicazione delle norme internazionali non soltanto rispetto ai rapporti "verticali", fra Stato e gruppi minoritari, ma anche con riguardo ai rapporti "orizzontali", cioè nelle relazioni interindividuali. Questa tendenza, che sembra analogamente avere origine dagli sviluppi della prassi in materia di protezione dei diritti umani³⁵, si ricava in particolare dal *General Comment* del 1994 adottato dal Comitato dei diritti dell'uomo, nel quale si rileva che le misure positive di protezione delle minoranze *ex art. 27* del Patto del 1966 devono essere adottate dagli Stati contraenti "not only against the acts of the State party itself... but also against the acts of other persons within the

³³ A titolo esemplificativo, si vedano, nel quadro del regime europeo a tutela delle minoranze, le disposizioni che prevedono obblighi positivi per gli Stati allo scopo di garantire l'uso della lingua minoritaria, in particolare l'art. 7 ss. della Carta europea sulla protezione delle lingue regionali o minoritarie; l'art. 9 ss. della Convenzione-quadro sulle minoranze adottata dal Consiglio d'Europa. Sugli obblighi positivi di particolare intensità previsti nel quadro della CSCE-OSCE si veda G. BARBERINI, *Le minoranze nel sistema della CSCE*, in RIDU, 1992, p. 137 ss. (Id., *I diritti delle persone appartenenti a minoranze nazionali nel sistema della sicurezza europea*, in R. COPPOLA, L. TROCCOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 72 ss.).

³⁴ Si veda *infra*, par. 4.

³⁵ Ad esempio, sulla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di efficacia orizzontale delle norme della Convenzione del 1950, si veda P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998, p. 48 ss.

State party” (punto 6, par. 1)³⁶. È appena il caso di mettere in luce che l’eventuale affermazione dell’orientamento concernente l’applicazione delle norme internazionali sulle minoranze ai rapporti orizzontali avrebbe l’effetto di estendere notevolmente l’ambito di attuazione della disciplina internazionale, elevando in misura formidabile il livello di protezione dei gruppi minoritari.

4. Dopo aver considerato, in termini generali, la natura e la portata degli obblighi internazionali previsti a tutela delle minoranze, occorre adesso verificare quali siano le specifiche disposizioni di carattere consuetudinario e convenzionale applicabili in materia.

Al riguardo, si può dire che vengono in rilievo sia norme o principi che non hanno la finalità specifica di proteggere le minoranze, sia norme rivolte direttamente alla tutela dei gruppi minoritari³⁷.

Fra le norme che solo indirettamente trovano applicazione in materia di tutela delle minoranze può annoverarsi la norma consuetudinaria che vieta la commissione del crimine di genocidio, che, come è noto, si realizza in base ad una serie di atti finalizzati espressamente alla distruzione, in tutto o in parte, di un determinato gruppo etnico, religioso o razziale³⁸.

Fra le regole di natura consuetudinaria di cui si discute l’applicazione in tema di tutela delle minoranze vi è anche il principio di autodeterminazione dei popoli³⁹. Sembra tuttavia legittimo avanzare dubbi circa la rilevanza del principio di autodeterminazione dei popoli in materia di tutela delle minoranze, se si tiene conto della non coincidenza delle nozioni di “popolo” e di “minoranza” nel diritto internazionale⁴⁰, fatta salva, almeno in linea di principio, l’eccezione rela-

³⁶ Sulla necessità di attribuire efficacia orizzontale all’art. 27 del Patto, si veda M. NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, 1993, p. 502 s.

³⁷ Per un quadro complessivo delle norme applicabili in tema di protezione delle minoranze, si vedano G. SACERDOTI, *New Developments in Group Consciousness and the International Protection of Minorities*, in *Studi in onore di Giuseppe Sperduti*, Milano 1984, p. 658 ss.; G. CARELLA, *Le garanzie delle norme internazionali generali a tutela delle minoranze*, in R. COPPOLA, L. TROCCOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 103 ss.; G. CATALDI, *op. cit.*, p. 86 ss.

³⁸ Sugli elementi costitutivi del crimine di genocidio, si veda per tutti A. CASSESE, *International Criminal Law*, Oxford, 2003, p. 96 ss.

³⁹ In dottrina, sul rapporto fra minoranze e principio di autodeterminazione dei popoli, si vedano, fra gli altri, U. VILLANI, *Autodeterminazione dei popoli e tutela delle minoranze nel sistema delle Nazioni Unite*, in R. COPPOLA, L. TROCCOLI (a cura di), *op. cit.*, p. 87 ss.; C. ZANGHÌ, *Tutela delle minoranze e autodeterminazione dei popoli*, in *RIDU*, 1993, p. 405 ss.; J. A. FROWEIN, *op. cit.*, p. 130 ss.; A. DEL VECCHIO, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Milano, 2003, p. 112 ss.; J. J. SUMMERS, *The Right of Self-Determination and Nationalism in International Law*, in *International Journal on Minority and Group Rights*, 2005, p. 325 ss.

⁴⁰ Il problema è ampiamente approfondito da A. TANCREDI, *op. cit.*, p. 621 ss., che rileva (pp. 629-630), come la nozione di popolo sia “omnicomprensiva”, includendo indistintamente tutti i soggetti ed i gruppi che vivono in un determinato Stato, mentre la nozione di minoranza riguarda un gruppo limitato di persone che appartiene al più ampio concetto di popolazione statale.

tiva ai popoli indigeni. In ogni caso, come si è detto anche in precedenza⁴¹, è da escludere, sulla base della prassi⁴², il ricorso al principio di autodeterminazione per fondare un diritto delle minoranze di secessione dal territorio dello Stato nel quale esse sono insediate⁴³.

Fra le regole internazionali specificamente dirette alla protezione delle minoranze, una funzione di grandissima rilevanza deve essere riconosciuta al principio di non discriminazione.

In conformità a quanto esposto nel precedente paragrafo, riteniamo che il principio di non discriminazione, che costituisce il principio-base in tema di minoranze, abbia in passato ricevuto le sue applicazioni più significative allo scopo di vietare determinate forme di discriminazione nei confronti dapprima delle minoranze religiose e successivamente degli altri gruppi minoritari. Soltanto in seguito tale principio è stato inserito nell'ambito più vasto del regime sulla protezione internazionale dei diritti umani, assumendo in tale contesto il rango di principio fondamentale.

Sulla base dell'esistenza di elementi univoci e di particolare consistenza della prassi, sia a livello universale⁴⁴ che sul piano regionale⁴⁵, può sostenersi

⁴¹ Si veda *supra*, par. 2.

⁴² Del resto, come è assai noto, anche per i popoli la prassi depone nel senso di una interpretazione restrittiva del principio di autodeterminazione, prevedendo un diritto di secessione soltanto in limitati casi. Sul punto si veda per tutti B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, VI ed., p. 22 ss.

⁴³ A. DEL VECCHIO, *op. cit.*, p. 120, rileva come l'eventuale attribuzione di uno *ius secedendi* alle minoranze condurrebbe "alla parcellizzazione della comunità internazionale ed al conseguente turbamento della pace e della sicurezza internazionale". Ad una posizione pragmatica, che riteniamo sostanzialmente ispirata allo sviluppo progressivo del diritto internazionale, sembrerebbe iscriversi il parere della Corte suprema canadese reso il 20 agosto 1998 nel caso *Reference re Secession of Quebec from Canada* (in *ILM*, 1998, p. 1340 ss.), nel quale la Corte, dopo avere escluso la legittimità della secessione sia dal punto di vista del diritto interno canadese, sia del diritto internazionale, aggiunge tuttavia che, nel caso di richiesta di distacco formulata attraverso un *referendum* popolare, sorgerebbe per il Governo federale ed i governi locali l'obbligo di negoziare una soluzione concordata.

⁴⁴ Nel sistema delle Nazioni Unite, si vedano ad esempio la Convenzione UNESCO sulla lotta contro le discriminazioni nel campo dell'insegnamento del 14 dicembre 1960; la Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965; la Convenzione internazionale sull'eliminazione e repressione del crimine di *apartheid* del 30 novembre 1973; la Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna del 18 dicembre 1979; per un esame del contenuto di tali convenzioni, si veda C. THOMPSON, *The Protection of Minorities Within the United Nations*, in S. M. TRIFUNOVSKA (ed.), *op. cit.*, p. 117 ss.

⁴⁵ Si vedano, nel quadro del Consiglio d'Europa, l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed il Protocollo n. 12 alla suddetta Convenzione, che fa espresso riferimento al divieto di discriminazione per ragioni di appartenenza ad una minoranza nazionale (art. 1); nel quadro dell'Unione europea, gli articoli 21 e 22 (quest'ultimo prevede il rispetto della diversità culturale, religiosa e linguistica) della Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000 e gli articoli I-2, I-3 e I-4 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa; nel quadro della Convenzione americana sui diritti umani del 22 novembre 1969, l'art. 24 e l'art. 1, par. 1, che impone il rispetto dei diritti contenuti nella Convenzione "sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

che almeno il nucleo essenziale del principio di non discriminazione (inteso quale principio generale applicabile in materia di tutela dei diritti fondamentali, ivi compresa quindi la protezione delle minoranze) abbia ormai valore di regola consuetudinaria⁴⁶.

Fra le applicazioni specifiche più rilevanti del principio di non discriminazione nell'ambito della tutela delle minoranze viene in rilievo l'obbligo per lo Stato di non procedere all'assimilazione delle minoranze nella società statale⁴⁷, allo scopo particolare di preservare il diritto all'identità culturale dei gruppi minoritari⁴⁸. Il principio di non assimilazione sembra comportare per un verso il divieto di atti statali finalizzati a cancellare o ridurre l'identità culturale, religiosa, linguistica o etnica delle minoranze; per altro verso, come si vedrà di seguito, può implicare, a seconda delle circostanze del caso concreto, l'adozione di azioni positive da parte dello Stato per realizzare le medesime finalità.

Con riferimento all'analisi del principio di non assimilazione, già la Corte permanente di giustizia internazionale nel parere reso il 6 aprile 1935 nel caso *Minority Schools in Albania*, distinse il concetto di assimilazione da quello di legittima integrazione delle minoranze nel tessuto statale, sostenendo l'esigenza

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁴⁶ Nella giurisprudenza italiana, il carattere di “principio generalmente riconosciuto nella comunità internazionale” è stato ad esempio attribuito al principio di non discriminazione, con particolare riguardo alle discriminazioni linguistiche, nella decisione del 3 ottobre 1990 n. 730 resa dal Consiglio di Stato (IV sezione), nel caso *Provincia di Trieste c. Regione autonoma Friuli Venezia Giulia*, in *RDIPP*, 1991, p. 792.

⁴⁷ Il principio di non assimilazione, pur avendo ormai acquisito una sua autonomia nella prassi (in questo senso P. Fois, *Il principio di «non assimilazione» e la protezione delle minoranze nel diritto internazionale*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto, Studi in onore di Francesco Capotorti*, Milano, 1999, I, p. 187 ss.), sembrerebbe costituire un'applicazione particolare del più ampio principio di non discriminazione, tenendo conto del duplice significato attribuito nella sua attuazione pratica al principio di non discriminazione, che viene infatti violato non soltanto nel caso in cui gli Stati riservino un trattamento diverso a soggetti che si trovano in situazioni analoghe, ma anche “when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different” (si veda la sentenza del 6 aprile 2000 adottata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Thlimmenos v. Greece*, par. 44).

⁴⁸ In senso analogo a quanto già rilevato per l'estensione del campo di attuazione del principio di non discriminazione, inizialmente applicato alle minoranze e successivamente esteso all'intero settore della tutela dei diritti umani, anche per il diritto all'identità culturale la prassi sembrerebbe evolvere nel senso di una progressiva espansione dell'ambito di applicazione di tale diritto, che viene progressivamente inserito nel quadro della tutela dei diritti umani, quale garanzia di protezione della diversità delle espressioni culturali in genere. Questo dato, che conferma la sostituzione di un rapporto di coordinamento e di incidenza reciproca fra la disciplina specifica della protezione delle minoranze e quella più ampia di tutela dei diritti dell'uomo, appare recentemente desumibile dal contenuto della Convenzione UNESCO sulla protezione e promozione della diversità delle espressioni culturali, adottata a Parigi il 20 ottobre 2005, secondo cui “The protection and promotion of the diversity of cultural expressions presuppose the recognition of equal dignity of and respect for all cultures, including the cultures of persons belonging to minorities and indigenous people” (art. 2, par. 3): per una sintetica analisi del testo della Convenzione si veda L. BALMOND (sous la direction de), *Chronique des faits internationaux*, in *RGDIP*, 2006, p. 160 ss.

per le minoranze “of living peaceably” insieme alla maggioranza della popolazione, ma riconoscendo nello stesso tempo il diritto dei gruppi minoritari “[of] preserving the characteristics which distinguish them from the majority and satisfying the ensuing special needs”⁴⁹.

Il principio di non assimilazione ha subito un’applicazione particolarmente ampia nella prassi recente, che ne ha in particolare interpretato il contenuto nel senso di comportare determinati obblighi di natura positiva a carico dello Stato territoriale. Inoltre, l’attuazione del principio di non assimilazione è stata effettuata sulla base della natura, della consistenza numerica e soprattutto del radicamento sul territorio della minoranza (sia sotto il profilo storico dell’insediamento che dal punto di vista della stabilità effettiva sul territorio del gruppo minoritario)⁵⁰.

Ad esempio, a livello europeo, nella già citata Convenzione-quadro del 1995 il riconoscimento di alcuni diritti a favore delle minoranze viene concesso esclusivamente in base ai criteri rispettivamente dell’insediamento rilevante o tradizionale in determinate aree geografiche e dell’esigenza del godimento di tale specifico diritto ai fini di una protezione effettiva di quel gruppo minoritario (art. 10, par. 2, relativo all’uso della lingua minoritaria nei rapporti con la pubblica amministrazione). Diversamente, a livello universale, nella Convenzione sulle popolazioni indigene e tribali si può notare un’applicazione assai estensiva del principio di non assimilazione, considerato funzionale al rispetto delle caratteristiche culturali, sociali ed economiche di popolazioni che vantano un particolare radicamento sul territorio. Di conseguenza, alle popolazioni indigene vengono riconosciute prerogative di particolare intensità, quali la proprietà dei territori nei quali sono stabilite, nonché, come si è detto⁵¹, forme limitate di sovranità, sotto il profilo legislativo e giurisdizionale⁵².

Inoltre, nella prassi ancora più recente, sembrerebbe emergere la tendenza alla formazione di un vero e proprio diritto autonomo all’identità specifica dei

⁴⁹ In *PCIJ Reports*, 1935, Series A/B, n. 64, p. 17.

⁵⁰ Un’applicazione particolare dei diritti riconosciuti ai gruppi minoritari in base ai criteri sopra indicati è offerto da alcuni trattati bilaterali sulla protezione delle minoranze: si veda ad esempio l’accordo De Gasperi-Grüber del 1946 in merito alla minoranza di lingua tedesca in Trentino Alto Adige (in materia si veda G. CONETTI, *L’accordo De Gasperi-Gruber nel quadro dei trattati europei sulla condizione delle minoranze*, in G. CONETTI, *Studi sulle minoranze nel diritto internazionale*, Parma, 2004, p. 125 ss.) e l’accordo fra Italia e Croazia del 1996 (in materia si vedano N. RONZITTI, *Il Trattato sulle minoranze tra Italia e Croazia e la sua attuazione nell’ordinamento italiano*, in N. RONZITTI (a cura di), *I rapporti di vicinato dell’Italia con Croazia, Serbia-Montenegro e Slovenia*, Roma, Milano, 2005, p. 36 ss.; M. MANCINI, *La tutela della minoranza italiana in Slovenia e Croazia: lo stato dei rapporti internazionali*, in V. PIERGIGLI (a cura di), *op. cit.*, p. 268 ss.).

⁵¹ *Supra*, par. 2.

⁵² Assai interessante, sotto il profilo della repressione penale, risultano gli articoli 9 e 10 della Convenzione OIL n. 169 del 1989, che prevedono il rispetto degli usi delle popolazioni indigene per quanto concerne le sanzioni penali adottate nei confronti dei membri di tali popolazioni.

gruppi minoritari, che in base ad alcune manifestazioni della prassi sarebbe addirittura contenuto in una regola di carattere consuetudinario⁵³.

Questo specifico orientamento della prassi trova riscontro nella giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo relativa alla protezione delle popolazioni indigene. In tale contesto, la Corte ha anzitutto messo in luce il collegamento fondamentale fra l'attribuzione di diritti di proprietà territoriale alle popolazioni indigene e la tutela della loro identità, rilevando che “la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁵⁴.

Nel successivo caso *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay*, la Corte conferma la propria convinzione circa il carattere funzionale dei diritti di proprietà territoriale rispetto all'osservanza del diritto a salvaguardare l'identità culturale delle popolazioni indigene ed a proteggerne la sopravvivenza stessa dei membri della comunità⁵⁵, precisando inoltre che, anche in sede di determinazione dei limiti al godimento dei diritti di proprietà delle comunità indigene, occorre tenere in massima considerazione gli effetti conseguenti all'eventuale riconoscimento del “derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios”, quali appunto “el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”⁵⁶. Per veri-

⁵³ La corrispondenza al diritto internazionale consuetudinario della regola che tutela l'identità dei gruppi minoritari è stata sostenuta nel parere n. 2 dell'11 gennaio 1992 reso dalla Commissione di arbitrato istituita dalla Conferenza di pace per la Jugoslavia, in *RGDIP*, 1992, p. 265.

⁵⁴ Si veda la sentenza del 31 agosto 2001 adottata nel caso relativo alla *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua*, par. 149, reperibile *on line* sul sito www.corteidh.or.cr, concernente il ricorso presentato da una comunità indigena, insediata in prossimità della costa atlantica del Nicaragua, e relativo alla violazione da parte dello Stato convenuto di diverse norme della Convenzione americana del 1969, in particolare per non avere provveduto a delimitare le terre appartenenti alla comunità e per non aver adottato misure effettive di tutela dei relativi diritti di proprietà, nonché per avere autorizzato una concessione per lo sfruttamento di tali territori senza il consenso della popolazione indigena.

⁵⁵ Secondo la Corte, infatti, “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”: si veda la sentenza del 17 giugno 2005, par. 135, sempre reperibile *on line* sul sito www.corteidh.or.cr, relativa al ricorso, presentato in proprio nome ed in rappresentanza dell'intera collettività, da un membro della comunità indigena Yakye Axa, insediata nei pressi della riva occidentale del fiume Paraguay ed appartenente alla comunità più ampia di lingua Enxet-Sur. Nel ricorso si lamentava soprattutto la violazione dei diritti di proprietà “ancestral” della comunità e del diritto alla sopravvivenza dei membri del gruppo minoritario, che dipendeva integralmente dallo sfruttamento dei territori nei quali la comunità si era da tempo stabilita.

⁵⁶ *Ibidem*, par. 147.

ficare, nel caso di specie, la legittimità del comportamento dello Stato convenuto circa la compressione dei diritti di proprietà spettanti alla comunità Yakye Axa, è assai interessante notare come la Corte abbia adottato il metodo dell'interpretazione evolutiva delle norme della Convenzione americana sulla base del coordinamento specifico con altre convenzioni internazionali successivamente concluse, richiamando in particolare la Convenzione OIL n. 169 del 1989⁵⁷, che sembra progressivamente assumere nella prassi una funzione-guida nel delineare la disciplina normativa a tutela delle popolazioni indigene. Si è quindi applicato il criterio previsto dall'art. 16, par. 4, della convenzione OIL, che, nell'ipotesi di impossibilità per lo Stato territoriale di concedere alle popolazioni indigene la restituzione dei territori da esse occupati in origine, prevede l'attribuzione di altri territori "au moins égaux à ceux des terres qu'ils occupaient antérieurement", oppure, con il consenso della popolazione indigena, la corresponsione di un adeguato indennizzo "en espèces ou en nature"⁵⁸.

Con riferimento ad un'applicazione particolarmente estensiva del diritto all'identità culturale dei popoli indigeni, viene infine in rilievo la sentenza della Corte interamericana, adottata il 15 giugno 2005 nel caso della *Comunidad Moiwana v. Suriname*. In questa decisione si desume la violazione del diritto all'integrità personale previsto dalla Convenzione americana (art. 5), in ragione sia del mancato accertamento da parte delle autorità statali delle responsabilità relative all'aggressione subita dalla comunità durante il conflitto interno avvenuto in Suriname negli anni '80 (che aveva provocato la morte di numerosi membri della comunità e la perdita del piccolo territorio, situato nella parte orientale del Suriname, nel quale essa era insediata)⁵⁹, sia dell'impossibilità per i membri della comunità di rispettare i propri usi tradizionali in caso di morte di uno di essi⁶⁰.

5. Un aspetto di grande importanza, in tema di tutela delle minoranze nel diritto internazionale ed europeo, riguarda l'applicazione delle relative norme sul piano nazionale. Al riguardo, particolare rilievo assume inoltre il contributo della giurisprudenza nazionale.

⁵⁷ *Ibidem*, paragrafi 127 ss. e 150 ss.

⁵⁸ Sulla base di tale criterio, la Corte ha riscontrato la violazione da parte del Paraguay del diritto di proprietà previsto dall'art. 21 della Convenzione americana.

⁵⁹ Il diritto all'identità culturale rilevava in quanto l'inerzia degli organi statali circa l'accertamento delle responsabilità penali aveva implicato una grave offesa all'intera comunità Moiwana (che discende dalla più ampia comunità N'djuka), per la circostanza che "si un membro de la comunidad es ofendido, sus familiares... están obligados a buscar justicia para la ofensa cometida. Si ese familiar ha muerto, los N'djuka creen que su espíritu no podrá descansar en paz hasta que se haga justicia" (par. 95 della sentenza reperibile *on line* sul sito www.corteidh.or.cr).

⁶⁰ *Ibidem*, par. 98 ss. Inoltre, gli usi e le tradizioni della comunità Moiwana ne impedivano il ritorno stesso nei territori originariamente occupati, in quanto prevedevano che ciò potesse avvenire soltanto successivamente all'accertamento delle responsabilità per l'aggressione subita ed al ritrovamento dei corpi dei membri della comunità, ai quali dovevano essere tributate speciali onoranze funebri.

Se l'incidenza delle norme consuetudinarie a livello nazionale appare limitata, in ragione del numero esiguo di tali norme e del carattere piuttosto incerto del loro contenuto⁶¹, con riferimento all'applicazione interna degli strumenti convenzionali, occorre mettere in luce l'efficacia particolare degli accordi che prevedono forme accentrate di controllo circa il rispetto dei relativi obblighi convenzionali. I procedimenti previsti in tema di osservanza delle regole di natura pattizia, che non danno sempre luogo a decisioni di natura vincolante, risultano attivabili attraverso iniziative individuali (quale la verifica esercitata, sulla base del protocollo opzionale, dal Comitato dei diritti dell'uomo in relazione al Patto sui diritti civili e politici), o si fondano sull'obbligo dello Stato parte di inviare rapporti periodici circa lo stato di attuazione delle disposizioni convenzionali (come previsto dall'art. 24 ss. della Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa)⁶². Sotto quest'ultimo profilo, ne consegue che gli Stati contraenti vengono sottoposti ad un monitoraggio continuo circa il rispetto dei relativi trattati, riscontrandosi inoltre, con riferimento ad alcune norme convenzionali, un'interessante opera di progressivo "svecchiamento" di tali norme effettuata dagli stessi organi di controllo.

La rilevanza delle norme internazionali di natura convenzionale all'interno degli ordinamenti nazionali è inoltre evidente se si prende in considerazione il contributo offerto dalla giurisprudenza interna. Riferendoci a titolo esemplificativo al ruolo svolto dalla giurisprudenza italiana, si può osservare che l'orientamento seguito dai tribunali nazionali sembrerebbe anzitutto confermare quanto si diceva in precedenza circa la modulazione della tutela internazionale ed europea delle minoranze in ragione della natura e delle caratteristiche specifiche dei diversi gruppi minoritari stanziati nel territorio statale. Difatti, nell'applicazione della normativa in tema di tutela delle minoranze, la giurisprudenza italiana ha chiarito come il livello di protezione dei diversi gruppi minoritari residenti in Italia non deve essere necessariamente uniforme, bensì dipende sia dalla consi-

⁶¹ Sull'accertamento da parte della giurisprudenza, internazionale e nazionale, di alcune norme consuetudinarie, si veda *supra*, par. 4.

⁶² Il meccanismo istituito dalla Convenzione-quadro, che affida al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il controllo sull'osservanza delle disposizioni convenzionali, appare di particolare interesse in quanto dalla recente prassi applicativa sembra emergere il dato relativo al carattere dettagliato di siffatto controllo, che si estende alla valutazione dei singoli comportamenti, di natura positiva o negativa, assunti dagli Stati contraenti in relazione ad ogni regola sostanziale contenuta nella Convenzione, distinguendo inoltre specificamente la situazione dei diversi gruppi minoritari stabiliti nel territorio statale: si vedano ad esempio il secondo parere espresso sull'Italia il 24 febbraio 2005 dall'*Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities*, ed il secondo parere emesso il 26 maggio 2005 dal medesimo organo sulla Slovenia.

stenza numerica del gruppo minoritario in alcune aree territoriali⁶³, sia dall'origine storica dell'insediamento territoriale⁶⁴.

Va inoltre rilevato che la giurisprudenza italiana ha operato uno stretto coordinamento fra le disposizioni costituzionali a tutela delle minoranze (art. 6) e le norme statali o di natura regionale (ad esempio contenute in diversi statuti speciali), rispetto alle disposizioni dei trattati conclusi in materia dall'Italia, ciò spesso allo scopo di realizzare un'interpretazione estensiva delle norme da applicare al caso di specie. Sotto un profilo generale, si è statuito che gli accordi internazionali sulla protezione delle minoranze “costituiscono sicuri parametri di interpretazione delle norme di diritto interno in materia di tutela delle minoranze”⁶⁵. Più specificamente, con riferimento alla funzione attribuita ai trattati internazionali sulla protezione delle minoranze nel quadro del giudizio di costituzionalità sulle leggi italiane, si è rilevato che, pur non essendo le norme convenzionali utilizzabili quali parametri di legittimità costituzionale delle disposizioni interne, ciò tuttavia “non impedisce di attribuire a quelle norme grande importanza nella stessa interpretazione delle corrispondenti, ma non sempre coincidenti, norme contenute nella Costituzione”⁶⁶.

Infine, con riferimento ai singoli diritti riconosciuti alle minoranze sulla base di un'esegesi coordinata di norme interne e di trattati internazionali, particolare rilevanza sembra assumere nella giurisprudenza italiana, ai fini di una protezione effettiva dei gruppi minoritari, il diritto all'uso della lingua minoritaria nei pro-

⁶³ In questo senso la sentenza della Corte costituzionale dell'11 febbraio 1982 n. 28, adottata nel caso *Pahor*, in V. STARACE, A. CANNONE, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale e comunitaria (1977-2000)*, I, Napoli, 2001, p. 263 ss, nella quale si è sostanzialmente accolta l'obiezione avanzata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri secondo cui occorre distinguere la minoranza tedesca in Trentino-Alto Adige rispetto al gruppo minoritario sloveno in Italia, in quanto “La prima ha infatti consistenza numerica assai superiore, con larghi addensamenti in alcune località. Il secondo ha per contro una consistenza globale molto ridotta e risulta disperso sul territorio della Regione” (*ibidem*, p. 264). Di conseguenza, secondo la Corte (p. 267), la Costituzione italiana non imporrebbe affatto un trattamento eguale fra i due gruppi minoritari.

⁶⁴ Si vedano in proposito rispettivamente le sentenze della Corte costituzionale del 28 aprile 1989 n. 242 nel caso *Provincia autonoma di Trento e altri c. Presidente del Consiglio dei Ministri*, in V. STARACE, A. CANNONE, *op. cit.*, I, p. 1233, e del 14 dicembre 1993 n. 438 nel caso *Provincia autonoma di Bolzano c. Presidente del Consiglio dei Ministri*, *ibidem*, II, p. 1753, nella quale si afferma, con riguardo alle ragioni che hanno condotto l'Italia e l'Austria alla conclusione dell'accordo De Gasper-Grüber del 1946, che “Non si può quindi apprezzare la portata e il carattere di queste particolari garanzie se non si tengono nel conto dovuto i ben noti precedenti storici ed i problemi nazionali, etnici e culturali che sono a monte dell'accordo e della sua complessa e travagliata attuazione”.

⁶⁵ In questo senso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del 12 agosto 1992, n. 382, nel caso *Comune di Doberdò del Lago c. Regione Friuli Venezia Giulia*, in *Foro amm.*, 1993, I, p. 2499 e, con particolare riferimento all'efficacia nell'ordinamento italiano del già richiamato accordo De Gasper-Grüber del 1946, la sentenza della Corte costituzionale del 14 dicembre 1993 n. 438, *cit.*, p. 1753.

⁶⁶ Si veda la sentenza del 29 gennaio 1996, n. 15, della Corte costituzionale, in *RDI*, 1996, p. 504.

cedimenti giudiziari che coinvolgono membri del gruppo minoritario⁶⁷, oppure, più ampiamente, nell'ambito dei rapporti con la pubblica amministrazione⁶⁸.

6. Al termine di questi brevi considerazioni sulla tutela internazionale ed europea delle minoranze è possibile svolgere alcune riflessioni finali fondate sugli elementi della prassi esaminati in precedenza.

Si è visto anzitutto che il diritto internazionale prevede alcuni principi e norme, di natura consuetudinaria e convenzionale, che garantiscono, almeno in linea massima, una pur limitata protezione dei gruppi minoritari.

Più specificamente, sembra che il regime normativo di natura consuetudinaria stabilisca uno *standard* minimo di protezione per la tutela di tutti i gruppi minoritari (rilevando in proposito il principio di non discriminazione ed il principio ad esso collegato di non assimilazione, che appare maggiormente idoneo a proteggere il diritto all'identità culturale della minoranza). Inoltre, dalla prassi internazionale ed europea rilevante in materia sembra emergere chiaramente l'orientamento in base al quale la determinazione degli ulteriori obblighi internazionali, di natura positiva e negativa, a tutela delle singole minoranze deve essere effettuata non soltanto in relazione alle norme convenzionali specifiche che vincolano lo Stato nel cui territorio si trovano i gruppi minoritari, ma anche alla luce del tipo di minoranza da proteggere e delle sue caratteristiche particolari, quali ad esempio l'origine storica dell'insediamento territoriale (elemento di rilievo soprattutto per le popolazioni indigene), gli usi e le tradizioni del gruppo minoritario, il numero e la nazionalità dei suoi componenti (venendo in rilievo al riguardo l'eventuale *status* di cittadino dello Stato territoriale), il livello di stabilità territoriale e di integrazione nel Paese nel quale la minoranza è insediata. A questo proposito è interessante notare come sia la prassi internazionale ed europea, sia la giurisprudenza nazionale esaminata, in particolare quella italiana, sembrerebbero deporre in senso analogo verso un'applicazione del regime normativo internazionale ed interno in base ai criteri sopra indicati.

⁶⁷ Sull'interpretazione delle regole pertinenti stabilite dal Trattato di Osimo del 10 novembre 1975 ai fini del riconoscimento, nel quadro di procedimenti giudiziari, del diritto all'uso della propria lingua da parte della minoranza slovena in Italia, considerata quale "minoranza linguistica riconosciuta" (così la sentenza della Corte costituzionale del 24 febbraio 1992, n. 62, in *RDI*, 1992, p. 794), si vedano l'ordinanza della Pretura di Trieste del 2 marzo 1995, nel caso *Servizio riscossione tributi – Concessionario per la Provincia di Trieste*, in *Archivio civile*, 1995, p. 1215 e soprattutto la già richiamata sentenza della Corte costituzionale del 29 gennaio 1996. Sull'uso della lingua minoritaria nei procedimenti giudiziari si veda G. CONETTI, *L'impiego della lingua materna nei procedimenti giudiziari come diritto dell'uomo*, in *Studi in onore di Giuseppe Spertuti*, cit., p. 501 ss.

⁶⁸ Sul punto si veda la sentenza del 18 ottobre 1983 n. 312, resa dalla Corte costituzionale nel caso *D'Andrea e altri c. Provincia autonoma di Bolzano e altri; Presidente del Consiglio dei Ministri c. Provincia autonoma di Bolzano*, in V. STARACE, A. CANNONE, *op. cit.*, I, p. 416, con riferimento all'osservanza delle regole in materia di uso della lingua tedesca nell'espletamento di concorsi effettuati nella provincia di Bolzano.

Ne consegue che la disciplina internazionale a tutela delle minoranze viene ad assumere, nella sua attuazione concreta, un carattere particolarmente flessibile, tale da potersi modulare e adattare alla luce degli elementi e delle circostanze del caso specifico. Ciò non pregiudica affatto il principio della certezza del diritto, bensì consente di soddisfare le nuove esigenze poste da fenomeni minoritari in continua evoluzione e così diversi fra loro, come dimostrato dalle diversità, sulle quali ci si è soffermati più volte, fra minoranze e popolazioni indigene.

Alfredo Rizzo

Elementi di approfondimento e sviluppo del diritto comunitario e dell'Unione europea nel processo di allargamento

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le novità del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria. In particolare, la clausola di slittamento. – 3. Le novità del Trattato di Atene in materia di relazioni esterne. La questione inerente agli accordi dell'Unione europea. – 4. *Segue*: la questione inerente agli accordi bilaterali pre-comunitari. – 5. Osservazioni conclusive.

1. La situazione di stallo in cui versa il processo di riforma dei Trattati comunitari e dell'Unione europea culminato nella firma del Trattato costituzionale (avvenuta come noto a Roma nel 2004) non invita certo a mantenere una visione ottimistica dei prossimi sviluppi riguardanti il cammino dell'integrazione europea¹.

Tuttavia, anche volendo sostenere l'opinione di chi ritiene il Trattato costituzionale non particolarmente evoluto sotto il profilo "sostanziale", ossia dell'auspicato maggiore impulso ad alcuni settori specifici (e in particolare, ancora una volta, riguardo alla cooperazione nel settore della politica estera e di sicurezza, con qualche valutazione più positiva riguardo ai progressi fatti per quanto attiene alla cooperazione giudiziaria)², tale Trattato potrebbe offrire quantomeno

¹ Il concetto di integrazione europea si deve a studiosi che, all'alba dell'ideazione dei Trattati comunitari, esaminarono in particolare l'approccio "funzionalista" per l'attuazione delle politiche congegnate in quegli stessi Trattati; v. al riguardo gli studi di E. B. HAAS, *Beyond the Nation State*, Stanford (ed), 1964; W. LIPGENS *Documents of the History of European Integration*, Firenze, 1983; J. LODGE, *The European Community and the Challenge of the Future*, Oxford, 1993. La sostanziale differenza tra tale tipo di progetto e quello costituente è marcata da un'analisi anche solo fugace dei lavori del Comitato di Studi per la Costituzione Europea, esperienza aperta nel 1952 sotto gli auspici di Henri Spaak e conclusa a ridosso dell'adozione dei Trattati CEE ed Euratom nel '57, in concomitanza anche con il fallimento della Comunità politica europea (CPE); si veda al riguardo il lavoro di D. PREDÀ (a cura di), *Per una Costituzione federale dell'Europa, Lavori preparatori del Comitato di studi presieduto da P.H. Spaak 1952-1953*, Pavia, 1996.

² Questo tema implicherebbe un'analisi dei settori cui effettivamente viene estesa la procedura c.d. "legislativa", cioè quella attivata su proposta della Commissione ed esercitata in codecisione tra Consiglio e Parlamento europeo per l'adozione di "leggi" o "leggi-quadro europee" (cfr. articoli I-33, I-34 e III-396), vero asse portante del nuovo sistema decisionale sancito nel Trattato

un primo vantaggio non trascurabile inerente alla maggiore unitarietà del sistema. In ogni caso, va rammentato che uno dei principali obiettivi sottesi al lavoro “costituente” lanciato dal Consiglio europeo di Laeken del dicembre 2001 è stato il superamento dell’assetto di regole istituzionali, in particolare di quelle inerenti ai metodi decisionali in seno al Consiglio, che il Trattato di Nizza ha provveduto a modificare per quanto attiene ai necessari adeguamenti matematici connessi all’aumento del numero di Stati membri. Soprattutto nel settore richiamato (riforma istituzionale), si è avvertita l’esigenza di un cambiamento che fosse più netto rispetto a quanto attuato secondo le usuali procedure riformatrici basate sull’art. 48 TUE e ciò proprio in ragione del fatto che l’allargamento che si è profilato a ridosso del Consiglio europeo di Nizza (preannunciando la decisione del Consiglio europeo di Laeken sull’apertura dei negoziati definitivi di adesione a partire dal 2002) si presentava con tutti i connotati dell’evento eccezionale, da gestire secondo modelli e procedure “atipiche”, cioè non riconducibili agli schemi procedurali sanciti nei Trattati fondamentali³. D’altronde, proprio l’insoddisfazione generale sui progressi ottenuti a Nizza, peraltro stigmatizzati dal negativo risultato del *referendum* irlandese, ha rappresentato in qualche modo la “scintilla” per l’avviamento di un processo riformatore, ispirato dalla dichiarazione italo-tedesca annessa al Trattato di Nizza, strettamente connesso all’ormai irreversibile allargamento dell’Unione e da gestire tramite strumenti atti a conferire maggiore profondità a tale revisione⁴. In merito, poi, ad uno degli

costituzionale. Al riguardo si rinvia al lavoro di U. VILLANI, *Principi democratici e diritti fondamentali nella “Costituzione europea”*, in *CI*, 2005, p. 613 ss., anche per l’ampia bibliografia colà menzionata e con particolare riferimento all’analisi che l’autore svolge intorno ai settori del Trattato costituzionale in cui al Parlamento europeo è sottratta la vera e propria funzione legislativa, tenendo altresì conto di quanto verrà più oltre rilevato in merito all’altro “pilastro” di tale procedura, riguardante il ricorso alla votazione a maggioranza qualificata in Consiglio.

³ Ciò è tanto vero che, per adottare il progetto di Trattato costituzionale attualmente sottoposto alle procedure nazionali di ratifica, si è fatto ricorso allo strumento della Convenzione europea, pur rammentando come proprio l’atipicità dell’analogo procedimento prescelto per l’adozione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, per l’appunto adottata tramite un’altra Convenzione (cd. “Herzog”, dal nome del suo Presidente), avesse in realtà condotto il Consiglio europeo di Nizza a lasciare “fuori” dal sistema dei Trattati la Carta medesima. Solo per spirito di sintesi e per la bibliografia ivi citata, si rinvia a F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Commento della Carta dei diritti fondamentali UE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 12 ss.

⁴ Su questi temi si veda il volume di R. A. CANGELOSI, G. BUCCINO GRIMALDI (a cura di), *Verso la Costituzione europea, da Amsterdam a Laeken*, serie Quaderni de *La Cittadinanza europea*, n. 1, Roma, 2002. Si veda altresì, per quanto attiene in particolare al processo riformatore pre-Nizza, R. ADAM, *Verso il Trattato di Nizza: la nuova Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, Milano, 2003, p. 314 ss.: tra i documenti pubblicati in tale lavoro si rilegga, in particolare ai fini di comprendere la materia del presente contributo, il parere della Commissione europea COM 2000 (34) del 26 gennaio 2000, *La riforma istituzionale al servizio dell’allargamento – Parere della Commissione ai sensi dell’articolo 48 del trattato sull’Unione europea per la riunione di una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri per una modifica dei trattati*, il cui capitolo 2 affronta proprio i temi relativi all’efficacia del processo decisionale nell’Unione allargata. Per comprendere poi le motivazioni

aspetti centrali di tale processo di riforme, rappresentato dalla riallocazione dei voti in seno al Consiglio “allargato” per le votazioni da assumere a maggioranza qualificata, deve peraltro riconoscersi che il sistema decisionale, anche come risultante dalle riforme previste dal Trattato di Nizza e “riadattate” dal Trattato di adesione siglato ad Atene, non incide sulla sostanza dei meccanismi decisionali come attualmente operanti. Solo per fare un esempio, il metodo decisionale congegnato a Nizza, pur estendendo ad altre politiche il ricorso alla maggioranza qualificata, crea comunque un triplice ordine di ostacoli – maggioranza degli Stati e maggioranza di voti “ponderati”, più eventuale verifica tramite il cd. *filet démographique*⁵ – verso il conseguimento di una decisione, di modo che l’effett-

sottese ai calcoli confluiti in particolare nel Protocollo sull’allargamento e le dichiarazioni nn. 20 e 21, allegati al Trattato di Nizza, si veda la Relazione della Presidenza per il Consiglio europeo di Feira del giugno 2000 nel Documento CONFER 4750/00, nell’ambito dei lavori della Conferenza intergovernativa aperta il 14 febbraio 2000, che, per quanto attiene in particolare alle votazioni a maggioranza qualificata in Consiglio, ha adottato il principio dell’extrapolazione dei voti in base al peso demografico di ciascuno Stato.

⁵ V. L. S. ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l’Europa allargata?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza*, cit., p. 41 ss., In questo lavoro, l’autrice giustamente rileva che con buona probabilità la necessità, nell’Unione a 25 (per l’ipotesi di Unione a 27 si vedano le diverse ponderazioni sancite all’art. 10 dell’Atto di adesione del trattato sottoscritto con Bulgaria e Romania, che richiamano le determinazioni del Trattato di Nizza, cfr. Dichiarazione n. 20), di ricorrere frequentemente allo strumento procedurale della cooperazione rafforzata sembra destinata ad essere confermata in ragione del fatto che, ormai dal 1° novembre 2004 (data della “nuova Commissione” a venticinque, fissata dall’art. 45 dell’Atto di adesione riguardante i dieci nuovi Stati), la soglia per ottenere una decisione a maggioranza qualificata, quando la proposta proviene dalla Commissione, è triplice: maggioranza dei voti (232 su 321 voti totali) secondo la ponderazione sancita dall’art. 205 TCE come riformato, maggioranza degli Stati e, in via eventuale, verifica del 62% di popolazione. L’art. 10 dell’Atto di adesione di Bulgaria e Romania, che modificherà l’art. 205 TCE, assegna 10 voti alla Bulgaria e 14 alla Romania mantenendo l’assegnazione dei voti come integrata dall’art. 12 dell’Atto di adesione del 2003. Il tetto di maggioranza per ottenere una decisione corrisponde a 255 voti sui totali 345, rispetto ai 232 voti sui totali 321 voti sanciti all’art. 12 dell’Atto di adesione del 2003. Si segnala che la soglia fissata nel precedente Atto di adesione riguardante i dieci nuovi Stati membri ha fatto mantenere la minoranza di blocco pari a 90 voti. Ciò si traduce, sino all’entrata in vigore del presente Trattato di adesione, nella possibilità per tre Stati grandi (29 voti a testa, per giungere a 87 voti in tutto) più un qualunque Stato piccolo (compresa Malta, avente tre voti, il che porterebbe il totale alla soglia di 90) di bloccare una decisione. Tale ipotesi sarebbe dunque più favorevole ai “grandi” rispetto a quanto prefigurato dal Trattato di adesione in commento per l’Unione a 27, allorché la soglia di maggioranza salirà, come indicato, a 255 voti con una possibile minoranza di blocco a 91 voti (il che rende necessario per tre Stati grandi di reperire il consenso di uno Stato avente almeno quattro voti, escludendo quindi la possibilità di rivolgersi, come detto, a Malta). Sui risultati del Trattato di adesione di Bulgaria e Romania si veda il documento *Il Trattato relativo all’adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania all’Unione europea*, Senato della Repubblica, Servizio affari internazionali, Ufficio dei rapporti con le istituzioni dell’Unione europea, XIV legislatura, documenti di base n. 28, Roma, 2005, redatto ad opera di chi scrive. Il tema della riponderazione dei voti in seno al Consiglio accanto alla questione più generale dell’estensione del metodo maggioritario ad altri settori coperti da competenza comunitaria, sono stati abbondantemente affrontati in altre sedi, in particolare nel contributo di G. BUCCINO GRIMALDI, F. GAZZOLETTI, *La riponderazione del voto degli Stati membri in seno al Consiglio*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato*

to positivo di quell'estensione è sostanzialmente diminuito, se non reso quasi nullo, dalla laboriosità della procedura complessivamente intesa (tenendo conto del fatto che si tratta ormai di procedura "a venticinque").

Quelli che precedono sono solo gli argomenti generali posti a sostegno della tesi della sostanziale immobilità del sistema così come scaturito da Nizza e sin qui confermato, almeno se e fino a quando non si affermino nuovi modelli procedurali quali quello previsto nel Trattato costituzionale, che garantisce al criterio demografico un rilievo autonomo e determinante ai fini dell'assunzione degli atti da parte del Consiglio e limita formalmente il ricorso al metodo sancito nel "compromesso di Ioannina" – del 29 marzo 1994, relativo all'adozione da parte del Consiglio di decisioni a maggioranza qualificata, che notoriamente si ispira al metodo consensuale – nell'ambito di una procedura eventuale ed avente effetti relativamente limitati (c.d. "rete di sicurezza")⁶.

di Nizza, cit., p. 93 ss., che illustra nel dettaglio le dinamiche che hanno condotto alle decisioni contenute nel Trattato di Nizza in merito all'assegnazione dei voti nel Consiglio dei ministri, assegnazione peraltro da leggere attualmente alla luce delle modifiche apportate dal Trattato di Atene, che ha ulteriormente modificato le cifre in relazione all'adesione di un numero di Stati inferiore rispetto a quello previsto appunto dal Trattato di Nizza (v., anche per i riferimenti generali sui temi qui trattati, A. Rizzo, *L'allargamento ad est dell'Unione europea. Problematiche del Trattato di adesione*, Napoli, 2004, p. 107 ss.).

⁶ In questa materia, il Trattato costituzionale abbandona il meccanismo della ponderazione e si fonda sulla previsione che ad ogni Stato corrisponde un voto e che una decisione è validamente assunta se approvata dal 55% degli Stati membri rappresentativi del 65% della popolazione dell'Unione. All'art. I-25 viene indicato che una "minoranza di blocco" deve includere almeno 4 Stati. Tale indicazione va interpretata alla luce del criterio demografico richiesto per l'assunzione valida di una decisione. Infatti, poiché una decisione deve essere rappresentativa del 65% della popolazione dell'Unione, tre Stati grandi, quali la Germania, (che rappresenta circa il 17% della popolazione europea), insieme alla Francia, all'Italia o al Regno Unito (che ne rappresentano rispettivamente circa il 12%), unendosi, potrebbero bloccare una decisione (la somma del loro peso demografico arriverebbe, infatti, a circa il 41% della popolazione europea). Pertanto, al fine di evitare che tre soli Stati possano bloccare l'assunzione di una decisione il Trattato prevede una minoranza di blocco che deve includere almeno 4 Stati. È stata altresì prevista una "rete di sicurezza" al momento della entrata in vigore del Trattato costituzionale, quando verrà adottata una Decisione (ispirata al "compromesso di Ioannina") – il cui progetto è contenuto in una Dichiarazione allegata al Trattato – che permetterà ai membri del Consiglio che rappresentano i tre quarti di una minoranza di blocco di Stati o di popolazione di chiedere un differimento del voto ed il prosieguo delle discussioni per un ragionevole lasso di tempo ai fini della ricerca di un consenso più ampio. Questo meccanismo è parso generalmente – cioè anche ai suoi detrattori – accettabile in quanto è in definitiva contenuto in un atto esterno al Trattato costituzionale e in quanto le deliberazioni consiliari potranno essere *differite* ma non *bloccate*. Inoltre, nel 2014 la Decisione in argomento potrà essere abolita dal Consiglio con voto a maggioranza qualificata. Il secondo paragrafo dell'art. I-25, contemplando una deroga al primo paragrafo, innalza (dal 55% al 72% degli Stati, pari a 18 su 25), per quanto attiene alla componente statale, la soglia della doppia maggioranza per i casi in cui il Consiglio non deliberi su proposta della Commissione o del Ministro degli Affari Esteri dell'Unione lasciando invece immutata la soglia demografica. La *ratio* di tale disposizione – che vuole rendere più difficile l'assunzione di una decisione su autonoma iniziativa del Consiglio – va ricercata nell'assunto che la Commissione sia il supremo garante degli interessi dell'Unione, e che un atto adottato su sua iniziativa tenda sempre a tutelare tali interessi.

Ciò posto, con questo contributo – di carattere solo introduttivo di alcuni specifici argomenti – si intende far notare come i Trattati di adesione nel frattempo entrati in vigore o quantomeno formalmente siglati, tenendo conto che essi si riferiscono alle pur criticabili riforme stabilite dal Trattato di Nizza, contengano elementi di evoluzione del diritto comunitario e dell’Unione europea forse non individuabili *prima facie*. Rileva, a tale proposito, innanzitutto un’indagine sugli strumenti di rango primario che normalmente sono finalizzati a disciplinare le adesioni di nuovi Stati all’Unione, considerato che gli Atti di adesione sono testi che in tutto e per tutto vanno ricondotti nell’alveo delle fonti di rango “costituzionale” del sistema comunitario, al pari dei Trattati istitutivi e di revisione. Dal punto di vista sistematico, l’analisi riguarderà gli elementi maggiormente innovativi che caratterizzano il Trattato di adesione di Bulgaria e Romania e quello relativo ai dieci nuovi Stati membri; del primo si sottolineano alcuni aspetti che rilevano anche per quanto attiene allo sviluppo del diritto istituzionale, mentre del secondo gli aspetti di evoluzione del funzionamento di alcune basilari – perché pur sempre ricavabili da norme dei Trattati fondamentali – regole di diritto comunitario operanti nel settore delle relazioni esterne (considerato che tali aspetti caratterizzano anche il Trattato di adesione di Romania e Bulgaria, essendo particolarmente rilevanti anche ai fini di alcune più generali riflessioni inerenti all’impatto del processo di allargamento dell’Unione europea nel contesto del sistema di relazioni internazionali)⁷.

⁷ È quindi esclusa dal presente lavoro un’indagine sui contenuti dell’allargamento, tema che si riconnette alla genesi della prassi della cd. “clausola di condizionalità”, risalente alle determinazioni del Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 e attualmente sfociata nella prassi, seguita particolarmente nella conclusione degli accordi di associazione (cfr. art. 310 TCE), del riferimento ai criteri *sub* art. 6, paragrafi 1 e 2 del TUE. Per i Paesi dei Balcani occidentali si deve invece far riferimento alla prassi degli Accordi di stabilizzazione e associazione, che accanto alla ormai classica clausola di condizionalità introducono come ulteriore pre-requisito per la loro conclusione quello della cooperazione regionale tra i Paesi dell’area con i quali la Comunità europea intende progressivamente stipulare; v. in argomento l’*excursus* di M. R. PIAZZA, *Commento all’art. 310 TCE* in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell’Unione europea*, cit., p. 1384 ss. In tema v., sempre in quanto testo a carattere riassuntivo e contenente ampia bibliografia sui temi accennati, A. RIZZO, *L’allargamento ad est*, cit., e, più in generale riguardo alla prassi della Comunità europea di inserire in accordi con Stati terzi la clausola di democrazia e tutela dei diritti umani, *ex multis*, A. TIZZANO, *L’azione dell’Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *DUE*, 1999, p. 149 ss.; S. PEERS, *EC Frameworks of International Relations: Co-operation, partnership and association*, in A. DASHWOOD, C. HILLION (eds.), *The General Law of E.C. External Relations*, Cambridge, 2000, p. 160 ss.; M. CARTABIA, *Allargamento e diritti fondamentali nell’Unione europea, Dimensione politica e dimensione individuale*, in S. GUERRIERI, A. MANZELLA, F. SDOGATI, *Dall’Europa a quindici alla Grande Europa. La sfida istituzionale*, Bologna, 2001, p. 123 ss.; E. CANNIZZARO, *The Scope of the EU Foreign Power*, in E. CANNIZZARO (ed. by), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002, p. 300 ss. In particolare rileva la cd. “clausola bulgara”, perché inaugurata dall’accordo di associazione CE/Bulgaria (in *GUCE* L 358, 31 dicembre 1994), secondo la quale il rispetto dei diritti umani nel Paese contraente “costituisce elemento essenziale” dell’accordo stesso e quindi una sua inosservanza vale in quanto “violazione sostanziale” dell’accordo ai termini dell’art. 60 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, cfr. B. NASCIBENE, *Tutela dei diritti fondamentali e competenza della Corte*

2. Si prenda innanzitutto in considerazione l'eventuale – sono ancora in corso i processi interni di ratifica – entrata in vigore del Trattato di adesione di Bulgaria e Romania, concluso il 25 aprile 2005. Per la stesura di questo Trattato, che “chiude” il processo d'allargamento stabilito nel Trattato di Nizza⁸ e i cui relativi lavori redazionali sono iniziati nell'estate del 2004, si è ritenuto di dover tenere conto di due testi di riferimento – Trattato di Nizza (v. i riferiti Protocollo sull'allargamento dell'Unione e Dichiarazioni nn. 20 e 21, con relative modifiche di cui all'Atto di adesione del 2003) e Trattato costituzionale –, in ragione della circostanza per cui tra l'avvenuta firma e l'effettiva entrata in vigore del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria devono trascorrere venti mesi (cfr. art. 4 Trattato di adesione di Bulgaria e Romania, che sancisce l'entrata in vigore dello stesso al 1° gennaio 2007) e che, nel lasso di tempo indicato, è previsto che il 1° novembre 2006 entri in vigore il Trattato costituzionale, almeno alla luce del suo art. IV-447, par. 2 (la data di novembre è correlata all'entrata in vigore della “nuova” Commissione europea “a venticinque”, come sancito nell'Atto di adesione del 2004, v. art. 45 che così modifica l'art. 4, par. 1 del Protocollo sull'allargamento annesso al Trattato di Nizza). Pertanto, il nuovo Trattato di adesione contempla al suo interno un'alternativa relativa, da un lato, all'entrata in vigore – il 1° gennaio 2007 – del Trattato di adesione stesso in quanto basato sul Trattato costituzionale, nel caso in cui quest'ultimo entri in vigore all'indicata data del 1° novembre 2006 (cfr. art. 1 del Trattato di adesione); dall'altro lato, nel caso in cui alla data da

di giustizia nel Trattato di Amsterdam, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Milano, 1998, p. 683, e A. DASHWOOD, *E.C. External Relations Provision Post-Amsterdam*, in A. DASHWOOD, C. HILLION (eds.), *op. cit.*, p. 279 ss.

⁸ Si ricorda che il Consiglio europeo del Lussemburgo del '97, oltre ad avere lanciato il processo “globale, inclusivo ed evolutivo” d'adesione, ha convocato le prime conferenze bilaterali con Cipro, Repubblica ceca, Estonia, Ungheria, Polonia e Slovenia; il Consiglio europeo di Helsinki del '99 ha invece fissato la data per le medesime conferenze d'adesione con Romania, Slovacchia, Lituania, Bulgaria e Malta, conferendo lo *status* di candidato alla Turchia. Vale la pena ricordare altresì che il punto 8 delle Conclusioni della Presidenza relative al menzionato Consiglio europeo di Laeken indicava la scadenza del 2002 per la conclusione dei negoziati con i Paesi candidati, meno Bulgaria e Romania, ai fini di prevedere la partecipazione dei nuovi Paesi alle elezioni del Parlamento europeo del giugno 2004. Nel suo *Strategy Paper* del 9 ottobre 2002 (COM 2002, 700, def. “*Verso un'Unione ampliata*”, v. in particolare il par. 3.2 relativo alla “*Versione definitiva del Trattato di adesione*”), la Commissione ha individuato nella redazione del Trattato di adesione, avviata sulla base delle determinazioni del Consiglio europeo di Siviglia del 2002, l'elemento essenziale per predisporre al meglio l'adesione dei dieci Paesi candidati come risultanti dall'ulteriore “selezione” di Laeken. Conseguentemente, dopo un anno circa di lavori redazionali, il Trattato di adesione di Cipro, Repubblica ceca, Estonia, Lituania, Lettonia Ungheria, Polonia, Slovenia, Slovacchia e Malta è stato infine siglato ad Atene nell'aprile del 2003, entrando in vigore il 1° maggio 2004. Si tenga conto che l'insieme di determinazioni indicate, che vertono sulle Conclusioni del Consiglio europeo di Laeken del 2001, vanno lette alla luce dei risultati raggiunti con il Trattato di Nizza, i cui testi (in particolare il Protocollo sull'allargamento e le Dichiarazioni nn. 20 e 21 annessi a quel Trattato) rappresentano la base giuridica necessaria per l'esame dei risultati sui capitoli istituzionali contenuti sia nel Trattato di adesione entrato in vigore nel maggio del 2004 sia in quello firmato il 25 aprile 2005. A ciò, ovviamente, va aggiunto il diverso quadro di riferimento creato dalla sopraggiunta firma del Trattato costituzionale.

ultimo indicata il Trattato costituzionale non sia ancora entrato in vigore per effetto della mancata ratifica da parte di tutti gli Stati membri dell'Unione (Romania e Bulgaria esclusi, dunque), si prevede che il Trattato di adesione entri sì in vigore alla medesima data del gennaio 2007, ma in quanto basato sui Trattati vigenti, in tal caso riproducendosi per Romania e Bulgaria proprio la formula già adottata per il Trattato di adesione del 2004. L'art. 2 di tale Trattato concepisce comunque una disposizione a carattere transitorio: ciò deriva innanzitutto dalla lettura del sottoparagrafo dell'art. 1, là dove si dispone che, in ogni caso, una volta entrato in vigore il Trattato costituzionale, l'Atto di adesione sarà automaticamente sostituito dal Protocollo, così come previsto nei paragrafi da 2 a 4 dell'art. 1 del Trattato di adesione. Tale precisazione è peraltro resa ancor più chiaramente nel par. 2 dell'art. 2, in particolare nell'inciso in cui si chiarisce che l'Atto di adesione conterrà le condizioni di adesione e le modifiche dei Trattati fondamentali che si renderanno applicabili – solo (aggiungiamo noi) – nel periodo posto tra l'entrata in vigore del Trattato di adesione e (“fino a”, “*until*” nel testo inglese dell'articolo in esame) quella di entrata in vigore del Trattato costituzionale.

Nel primo tra i due casi indicati, l'adesione di Romania e Bulgaria verrà disciplinata in un Protocollo di adesione, che conterrà condizioni e modalità di ammissione dei due Stati sia come membri dell'Unione sia come parti dei Trattati riferiti. La necessità di soddisfare l'esigenza di semplificazione e uniformità dei testi ha indotto i servizi giuridici della Commissione, con l'avallo di quelli del Consiglio, a predisporre l'ipotesi indicata, che sembra tesa a rendere regola la scelta redazionale già adottata dal Gruppo cd. “Piris” – dal nome del suo Presidente – di revisione giuridica dei testi del Trattato costituzionale, scelta secondo la quale gli accordi di adesione al Trattato costituzionale (art. I-58), a partire dall'entrata in vigore di tale Trattato, avranno per l'appunto la veste formale di un Protocollo. Sembra peraltro opportuno rinviare anche al disposto dell'art. IV-437 del Trattato costituzionale, norma secondo la quale, accanto all'effetto di automatica abrogazione dei Trattati precedenti, l'entrata in vigore del Trattato costituzionale non farà venire meno le disposizioni dei Trattati di adesione – compreso quello entrato in vigore nel maggio 2004 – cui è fatto riferimento nei protocolli relativi, per l'appunto, ai Trattati e atti di adesione (tali protocolli recano i nn. 8 e 9, nella versione del Trattato costituzionale).

La scelta di inserire la disciplina dell'adesione di Romania e Bulgaria in un Protocollo da allegare al Trattato costituzionale intende quindi dare una qualche continuità alla scelta già operata con l'adozione del menzionato art. IV-437, radicandosi *pro futuro* – cioè quando il Trattato costituzionale sarà in vigore – la prassi secondo cui le adesioni di nuovi Stati all'Unione saranno sì basate su un accordo stipulato in conformità con l'art. I-58 del Trattato costituzionale, ma anche su un Protocollo che, conformemente all'art. IV-437, conterrà i principi e i termini esatti dell'adesione stessa. Nel caso, invece, in cui alla data del 1° gennaio 2007 il Trattato costituzionale non sia entrato in vigore, l'adesione sarà disciplinata in un Atto di adesione annesso al relativo Trattato la cui base giuridica risiederà nei Trattati vigenti (UE, CE e CEEA).

Oltre alla segnalata indubbia peculiarità di questo Trattato, rileva la questione della cd. *postponement clause* (“clausola di slittamento”). Si rinvia, a tal fine, al nucleo delle disposizioni del Protocollo, da un lato (v. *sub* Titolo IV “Altre disposizioni”, articoli da 36 a 42), e dell’Atto di adesione (stesso titolo e articoli), dall’altro lato, relative alle clausole di salvaguardia generali, tra cui figura, all’art. 39, quella che per l’appunto dispone quanto segue: “Se il costante controllo da parte della Commissione degli impegni assunti dalla Bulgaria e dalla Romania nell’ambito dei negoziati di adesione e in particolare le relazioni di controllo della Commissione dimostrano chiaramente che lo stato dei preparativi per l’adozione e l’attuazione dell’acquis in Bulgaria e Romania è tale da far sorgere il serio rischio che uno dei due Stati sia manifestamente impreparato a soddisfare i requisiti dell’adesione in alcuni importanti settori entro la data di adesione, ossia il 1° gennaio 2007, il Consiglio, deliberando all’unanimità sulla base di una raccomandazione della Commissione, può decidere di posporre di un anno, al 1° gennaio 2008, la data dell’adesione di tale Stato”.

Nei paragrafi 2 e 3 del menzionato art. 39 di Protocollo e Atto di adesione, si prevedono ulteriormente procedure “agevolate” – con sostituzione del metodo decisionale a maggioranza qualificata rispetto a quello all’unanimità (contenuto invece nel testo sopra riportato) – di adozione della stessa clausola di “slittamento”⁹.

La clausola di slittamento ha sollevato qualche perplessità connessa al fatto che è giuridicamente impossibile scindere il momento dell’entrata in vigore del Trattato di adesione da quello dell’adesione *tout court* dello Stato parte di quel medesimo accordo. Tale considerazione ha però suscitato a sua volta la preoccupazione di coloro i quali desideravano che il testo della clausola di slittamento, così come sopra riportato, non venisse modificato. La formulazione attuale consente al Consiglio di adottare una decisione che applichi la richiamata clausola, sia secondo la procedura all’unanimità sia secondo quella a maggioranza qualificata, a seconda del settore in cui il Consiglio riterrà di dovere intervenire. L’art. 4 del Trattato di adesione precisa che il ricorso alla clausola di slittamento potrà avvenire “*a prescindere dal deposito di tutti i necessari strumenti di ratifica*”, cioè a prescindere dal fatto se, alla data del 31 dicembre 2006, tutti gli Stati membri e almeno uno dei due Paesi aderenti abbiano provveduto a ratificare il Trattato. Tale precisazione è motivata dalla considerazione secondo cui la clausola di slittamento va intesa, per come verrà specificato anche di seguito, in

⁹ La prima procedura riguarda la Romania e rinvia, per quanto riguarda le materie oggetto di questa stessa procedura, al par. I dell’allegato IX del Protocollo e dell’Atto di adesione, concernente essenzialmente una serie di misure specifiche che tale Paese dovrà adottare nel settore degli affari interni e della giustizia. La seconda procedura riguarda parimenti la Romania e rinvia, per quanto riguarda le materie cui essa si rivolge, al settore della concorrenza come disciplinato dall’Accordo europeo che istituisce un’associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Romania, dall’altra e tenendo altresì conto degli impegni così come assunti dalla stessa Romania in diversi settori – competitività, aiuti di Stato e riforma del settore siderurgico – e formalizzati nel richiamato allegato IX, par. II.

quanto misura di salvaguardia a contenuto sostanzialmente “sanzionatorio” nei confronti dello Stato aderente che ancora non risulti pienamente dotato dei requisiti minimi necessari per la sua adesione all’Unione, a prescindere dal fatto se tale Stato abbia ratificato il Trattato di adesione.

Posto il contesto normativo su riferito, occorre subito rilevare che la firma del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria ha creato qualche difficoltà anche e soprattutto a livello istituzionale, oltre che strettamente giuridico, in particolare per quanto attiene all’esercizio dei poteri del Parlamento europeo. Si deve a tale proposito ricordare che, rispetto alla chiusura della fase formativa dell’accordo di adesione, è necessario che il Parlamento europeo si esprima favorevolmente tramite una peculiare forma di parere conforme che può essere ricondotto anche al *genus* degli atti parlamentari indicati *sub* art. 300, par. 3 TCE, con riferimento al fatto che di norma un accordo di adesione comporta di per sé importanti impegni di carattere finanziario. In ogni caso, l’atto in questione trova una propria autonoma *ratio* giuridica storicamente assegnatagli dall’art. 8 dell’Atto Unico del 1986, con il quale si è certamente voluta sottolineare l’alta valenza politica da annettere all’adesione di nuovi Stati all’Unione¹⁰.

Nel caso del parere parlamentare, dunque, non si tratta di un mero “atto dovuto”, ma anzi di un passaggio assai delicato rispetto al quale il potere legislativo comunitario riacquista piena autorevolezza. Ciò è dimostrato anche dal fatto che la Commissione, rispetto ai progressi ottenuti dal Paese candidato sulla strada dell’adeguamento al diritto comunitario, produce dei documenti – *monitoring reports* e *strategy papers* – il cui contenuto è sempre esaminato da parte dello stesso Parlamento europeo, cui, parallelamente alla Commissione, viene richiesto di esprimere delle proprie valutazioni mediante raccomandazioni rela-

¹⁰ Prima dell’AUE, il Parlamento si era espresso sempre formalmente mediante adozione di diverse risoluzioni relative alle adesioni di Grecia, Spagna e Portogallo (in particolare per questi ultimi due Stati la base giuridica era rappresentata dalla Dichiarazione solenne sull’Unione europea di Stoccarda dell’11 settembre 1983, v. *Boll. CE*, 1983, n. 6, p. 26 ss.). Si può dire dunque che l’AUE non ha fatto altro che conferire maggiore enfasi ad una prassi piuttosto consolidata in ambito comunitario mentre la successiva versione dell’art. O, come inserito dal Trattato di Maastricht, ha ulteriormente confermato la tesi di chi (cfr. V. STARACE, *Le innovazioni istituzionali dell’Atto Unico Europeo*, in *DCSI*, 1992, p. 583 ss.) ha ritenuto il parere parlamentare inerente non tanto o non solo alla domanda di adesione rivolta al Consiglio (momento *a monte* del procedimento oggi disciplinato all’art. 49, par. 1 TUE), quanto, in modo più pregnante e significativo, al testo dell’accordo definitivo (v. S. NEGRI, “*Agenda 2000*” e *le prospettive di ampliamento dell’Unione europea ai Paesi dell’Est*, in G. ZICCARDI CAPALDO (a cura di), *Democratizzazione all’Est e diritto internazionale*, Napoli, 1998, p. 165 ss.). Il Parlamento stesso è quindi posto nella condizione di bloccare l’adozione del testo finale dell’accordo, ma anche di proporre la revisione prima della definitiva firma, anche se ciò avverrebbe indirettamente, cioè mediante adozione di strumenti quali le raccomandazioni parlamentari che anticipano la risoluzione concernente il definitivo assenso alla firma dell’accordo (cfr. art. 82, par. 4 del Regolamento interno del Parlamento europeo, *GUUE* L 44, 15 febbraio 2005, p. 1), in quanto l’art. 49 TUE, almeno stando a certa dottrina (cfr. M. WESTLAKE, *The Commission and the Parliament: Partners and Rivals in the European Policy-Making Process*, London, 1994, p. 96 ss.), non darebbe al Parlamento la facoltà di proporre formalmente la revisione dei testi negoziali.

tive ai progressi della situazione interna dello Stato aderente. Tali raccomandazioni pongono di volta in volta l'accento su singoli aspetti dei progressi interni di un Paese terzo nella prospettiva dell'adesione all'Unione e, pur se prive di forza giuridica vincolante, mirano a garantire tanto il dialogo interistituzionale, la cui base giuridica risiede nell'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE¹¹, quanto lo stesso criterio procedurale stabilito dall'art. 49 TUE.

Deve altresì notarsi che la soluzione di un eventuale dissenso tra Consiglio e Parlamento su singoli punti dell'adesione (dissenso che emerge sempre dall'esame dei diversi atti istituzionali nel frattempo prodotti, tra cui le risoluzioni parlamentari su richiamate) sarà sempre sbilanciata a favore del Consiglio, che rimane l'istituzione competente a decidere per la chiusura dei negoziati e l'apertura del Trattato di adesione alla firma. Ebbene, tale sbilanciamento viene in effetti attenuato e compensato per l'appunto grazie al fatto che al Parlamento europeo spetta in definitiva un potere di veto sulla firma dell'accordo. Anche ai termini del diritto internazionale dei trattati (cfr. articoli 48 e 49 TUE e art. 12 Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969), può dirsi che quello di adesione è in definitiva un accordo che non potrà mai ottenere una qualche valenza giuridica in virtù della semplice sottoscrizione da parte dei soli soggetti contraenti, tra i quali, peraltro, il Parlamento europeo non può figurare come esponente della parte comunitaria, concependo i trattati una procedura che vede Commissione e Consiglio quali istituzioni detentrici della volontà contrattuale dell'Unione; su tale ultimo aspetto, si deve peraltro rilevare come l'art. 49 TUE annetta una rilevanza particolare anche alla partecipazione degli Stati membri che, in effetti, svolgono un ruolo assolutamente paritario a quello del Consiglio nelle varie conferenze d'adesione preparatorie che hanno luogo *vis à vis* con ciascun Paese aderente ed in quella finale con la quale si celebra la firma dell'accordo (come avvenuto nell'aprile 2003, con tutti i dieci attuali nuovi Stati membri, e nell'aprile 2005, con Bulgaria e Romania).

¹¹ Cfr. *supra* nota 10, nel punto in cui si cita l'art. 82 delle regole interne del Parlamento che istituzionalizza la prassi delle raccomandazioni parlamentari relative alle modifiche da apportare agli accordi di adesione. La Dichiarazione n. 3 allegata al Trattato di Nizza conferma l'obbligo di cooperazione tra le istituzioni. È da ritenersi che, soprattutto in seguito alla sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino*, v. in particolare punti da 39 in poi (anche se in tale decisione la Corte si riferisce in particolare alle materie disciplinate dal Titolo VI TUE, cfr. F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, 2006, p. 157 ss.), l'efficacia dell'art. 10 TCE si estenda anche all'azione che le istituzioni comunitarie svolgono nei settori disciplinati dal Trattato sull'Unione europea, tenuto peraltro conto sia della finalità di ordine generale perseguita dall'art. 49 TUE, su cui v. di recente F. ANTON, *Commentaire à l'article 49*, in P. LÉGER (sous la direction de), *Commentaire article par article des traités UE et CE*, 2000, Genève, Munich, Paris, Bruxelles, e D. KOCHENOV, *EU Enlargement Law, History and Recent Developments: Treaty – Custom Concubinage?*, in *European Integration online Papers*, 14.4.2005, consultabile *on line* all'indirizzo eipo.or.at/eiop, sia del principio del quadro istituzionale unico ribadito dagli articoli 3 TUE e 7 TCE (cfr. R. ADAM, *Commento all'art. 3 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 37 ss.).

Il passaggio formalmente conclusivo per la definitiva formazione della volontà dell'Unione è dunque rappresentato dal parere favorevole – espresso di prassi mediante risoluzioni legislative relative ad ognuno dei Paesi in adesione – alla firma dell'accordo da parte del Parlamento europeo¹². Orbene, in occasione della seduta plenaria del 13 aprile 2005, all'esito della quale è poi passato un voto sostanziosamente favorevole alla firma del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria, il Parlamento europeo ha “minacciato” in modo abbastanza concreto l'apposizione di un parere contrario a tale firma. La materia del contendere riguardava proprio la clausola di slittamento sopra richiamata, che il Parlamento ha contestato sia in quanto tale – anche per le motivazioni precedentemente accennate, relative al fatto che essa non è coerente con il concetto di “entrata in vigore” di un trattato di adesione – sia in quanto non era stata sottoposta a un vaglio dell'Assemblea prima del suo definitivo inserimento tra le disposizioni del Trattato di adesione (inserimento avvenuto in occasione della redazione della versione finale di tale Trattato da sottoporre al parere parlamentare). Tuttavia, a conclusione dell'*iter* formativo dell'Accordo di adesione, il rischio del veto parlamentare è stato comunque scongiurato mediante una forte approvazione nei confronti della Bulgaria e una approvazione più cauta dell'adesione della Romania, parlandosi per quest'ultima di “doppio messaggio”, teso, da un lato, a dare fiducia al futuro nuovo Stato membro e, dall'altro, a vigilare attentamente sui progressi ottenuti da tale Stato nel raggiungimento dei parametri comunitari¹³.

Cosa ricavare da quanto precede? Da un lato che, ancora una volta, e nonostante la vigenza di precedenti accordi abbastanza netti sulla configurazione – peraltro sancita a Nizza – di un allargamento dell'Unione a 12 nuovi Stati (e non ai soli 10 già entrati sulla base dell'accordo del 2003), il processo relativo a tale allargamento rimane sostanzialmente e consistentemente nelle mani della parte

¹² Cfr. *supra* nota 10.

¹³ Su tali aggiornamenti, cfr. *Agence Europe* n. 8927 del 14 aprile 2005. Il risultato concreto di quanto illustrato è dato dal testo finale della Risoluzione legislativa del PE sulla domanda della Romania di diventare membro dell'Unione europea [AA1/2/2005 — C6-0086/2005 — 2005/0902(AVC)] (pubblicata, con il Trattato di adesione, in *GUUE* L 157, 21 giugno 2005). Ai “considerando” B e C di tale risoluzione si legge infatti quanto segue: “[...] B. considerando che *il Consiglio e la Commissione dovranno associare pienamente il Parlamento europeo al seguito del processo di adesione della Romania e alla presa di decisioni nel caso in cui le clausole di salvaguardia contenute nel trattato di adesione debbano essere applicate nell'ambito dell'adesione della Romania*, C. considerando che il presente parere conforme è stato preceduto da un accordo comune dei due rami dell'autorità di bilancio sul pacchetto finanziario da includere nel trattato di adesione e dall'adozione di una dichiarazione sulle sue conseguenze a livello di bilancio e istituzionale [...]” (corsivo aggiunto). Tale testo conferma dunque la peculiarità della situazione riguardante l'adesione della Romania, rispetto alla quale il Parlamento europeo ha inteso riservarsi uno spazio di intervento che, peraltro, non trova riscontro formale nei testi del Protocollo e dell'Atto di adesione (cfr. in particolare l'art. 39, riguardante la clausola di salvaguardia cd. “di slittamento” dell'entrata in vigore del Trattato di adesione che, per quanto riguarda la Romania, dispone altresì una procedura decisionale a maggioranza qualificata per i settori degli affari interni, giustizia e della concorrenza, cfr. *supra* nota 9).

comunitaria – Stati membri e istituzioni – che sino all’ultimo dispone di tutti gli strumenti giuridici per potere apporre e imporre “contromisure” (siano esse già vigenti o inedite, come quella contemplata nel nuovo Trattato di adesione) idonee a condizionare non tanto e non solo la stipulazione, ma anche e soprattutto l’effettiva entrata in vigore e la conseguente effettiva operatività dell’accordo che dovrebbe regolare l’adesione dello Stato terzo. Dall’altro lato, che il sistema di regole sul quale si fonda l’istituto dell’adesione di nuovi Stati all’Unione europea non elimina possibili *impasse* di tipo istituzionale dell’Unione stessa.

Il primo aspetto riguarda la dimensione “esterna” dell’allargamento dell’Unione, rafforzando la peculiarità di questo istituto rispetto a qualunque altro meccanismo di adesione ad altri trattati internazionali conforme alle normali regole di diritto internazionale: regole secondo le quali, semmai, affinché si possa correttamente parlare di “adesione”, gli Stati parti di un accordo hanno l’obbligo di non modificare quest’ultimo nel caso in cui, se si tratta di accordo “aperto” all’adesione di Stati terzi, questi ultimi intendano esercitare la facoltà loro conferita¹⁴. A tale proposito, riprendendo l’argomento della già accennata possibile dicotomia tra “adesione” e “entrata in vigore” prevista dal Trattato di Bulgaria e Romania, là dove la clausola di slittamento varrebbe ad incidere sulla prima e non sulla seconda, è evidente che la formula seguita si ispira solo apparentemente alla notoria distinzione tra assunzione dell’impegno reciproco mediante sottoscrizione dell’accordo e successivo completamento delle procedure interne di ratifica. In realtà, la mancata adesione della Bulgaria e/o della Romania sarebbe determinata per l’appunto dall’esercizio di una facoltà espressamente conferita al Consiglio dei ministri dell’Unione europea su impulso della Commissione europea, quindi da istituzioni giuridicamente distinte dagli Stati membri.

Ora, senza volersi addentrare nell’esame dell’altra eventualità riguardante l’effettiva mancata ratifica dell’accordo di adesione da parte di anche uno solo degli attuali Stati membri (che provocherebbe, questo sì, il mancato conferimento all’accordo di alcun tipo di valenza giuridica¹⁵), va sottolineato come la clau-

¹⁴ Sui profili inerenti ad origine storica, *ratio* giuridica e funzionamento delle clausole di adesione nei trattati internazionali “aperti”, si vedano le riflessioni di L. FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, V ed., Napoli, 2002, p. 298 ss. In particolare rileva l’interpretazione dell’autore secondo la quale l’istituto dell’adesione ai trattati internazionali, o meglio l’intrinseca *ratio* giuridica di tale istituto, avrebbe origine in una regola di diritto consuetudinario, cui evidentemente l’art. 49 TUE, in quanto clausola di adesione al sistema dei Trattati comunitari, deroga ampiamente: il che ci pare conduca a revocare in dubbio la stessa natura del Trattato UE e di quelli comunitari in quanto veri e propri trattati “aperti”.

¹⁵ L’entrata in vigore del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria è fissata, dal par. 2 dell’art. 4, al 1° gennaio 2007, almeno per lo Stato aderente che, per quella data (31 dicembre 2006), avrà depositato il proprio strumento di ratifica. Si ricorda a tal fine che la regola sottesa all’entrata in vigore degli accordi di adesione (v. art. 49 TUE) dispone che essi entrano in vigore solo allorché la totalità dei Paesi già membri dell’Unione abbia proceduto alla relativa ratifica. Per converso, l’accordo potrà entrare in vigore anche se, raggiunta l’unanimità delle ratifiche degli attuali Stati membri, solo uno dei due Stati attualmente aderenti procederà alla propria ratifica (ovviamente

sola di slittamento possa giustificarsi solamente se viene confrontata e parificata, per quanto attiene alla sua intrinseca natura giuridica, a quel nucleo di “clausole di salvaguardia” concepite nei recenti Atti di adesione¹⁶. Con tali clausole si è

solo nei confronti di quest’ultimo Stato). Tale regola risponde essenzialmente al dettato dell’art. 48 TUE, dato che un accordo di adesione implica sempre delle modifiche dei Trattati “di base” che, per entrare in vigore, necessitano dell’unanime approvazione da parte di tutte le parti di tali Trattati. Successivamente, la norma in esame riproduce un meccanismo già congegnato per l’adesione di Austria, Finlandia e Svezia e per quella dei nuovi dieci Stati membri. Si tratta della possibilità, offerta al Consiglio dei ministri dell’Unione, di assumere una decisione all’unanimità tramite la quale adottare quegli adattamenti del Trattato di adesione ritenuti indispensabili alla luce della situazione che si verrà a creare a seguito della mancata ratifica dello stesso entro la data fissata da parte di uno solo dei due Paesi aderenti. Oltre a un riferimento alla possibilità che la decisione del Consiglio apporti adattamenti al Trattato di adesione – in tal modo dandosi al Consiglio il più ampio margine discrezionale circa l’individuazione delle disposizioni possibilmente oggetto di modifica –, la norma in esame contiene un elenco di misure puntuali che, sicuramente, andranno emendate.

¹⁶ Cfr. gli articoli da 37 a 39 dell’Atto di adesione relativo al Trattato di Atene, in vigore dal maggio 2004. Il primo riproduce analoga disposizione del Trattato di adesione di Austria, Finlandia e Svezia, essendo concepito come strumento cui può ricorrere lo Stato aderente, mentre gli altri due sono stati ideati in occasione dell’adesione dei dieci nuovi Stati membri e sono misure a carattere “sanzionatorio” relative, rispettivamente, a qualunque violazione nel settore generalmente inteso del mercato interno o a qualunque violazione in materia di cooperazione giudiziaria nel settore penale e civile (titolo VI TUE e titolo IV TCE). La rilevanza della clausola da ultimo citata è data dal settore da essa coperto e dal fatto che in esso l’art. 35 TUE, per quanto attiene in particolare alla competenza in via pregiudiziale della Corte riguardo agli atti di cui all’art. 34 TUE (ma si veda, per quanto attiene le materie coperte dal titolo IV TCE, la norma dell’art. 68 TCE), consente a ciascuno Stato di conferire espressamente alla Corte stessa tale competenza mediante dichiarazione *ad hoc* (cfr. *Informazione relativa alla data di entrata in vigore del Trattato di Amsterdam*, 1999/C 120/13, *GUCE* C 340, 10 novembre 1997, p. 1): la materia della cooperazione giudiziaria nel settore penale risulta quindi come tale esposta a “geometrie variabili”, cioè al numero di Stati che liberamente ritengano tale materia effettivamente rimessa alla competenza del giudice comunitario (v. ancora, per i temi qui accennati, A. RIZZO, *L’allargamento ad est*, cit., e K. INGLIS, *The Union’s Fifth Accession Treaty: New Means to Make Enlargement Possible*, in *CML Rev.*, 2004, p. 937 ss.). L’ulteriore possibilità, quindi, che la Commissione chieda al Consiglio di ricorrere ad una clausola di salvaguardia quale quella menzionata – che consente la sospensione, nei confronti dei nuovi Stati membri, “solo” degli “strumenti di cooperazione e decisioni in materia di riconoscimento reciproco in campo penale ai sensi del titolo VI del trattato sull’Unione europea nonché delle direttive e dei regolamenti in materia di riconoscimento reciproco in campo civile ai sensi del titolo IV del trattato che istituisce la Comunità europea” – aumenta la possibile frammentazione del quadro generale di coloro che potranno ritenersi effettivamente destinatari delle politiche “coperte” dai titoli VI TUE e IV TCE. Occorre poi rilevare che, mentre la clausola *ex art.* 39 dell’Atto di adesione del 2003 (riprodotta nell’art. 38 del Protocollo e dell’Atto di adesione relativi al Trattato di adesione di Bulgaria e Romania, in cui vengono aggiunti quali possibili strumenti oggetto della sospensione, a far data dall’eventuale entrata in vigore del Trattato costituzionale, “leggi e leggi quadro europee adottate in base alla parte III, titolo III, capo IV, sezioni 3 e 4 della Costituzione”) riguarda specificamente la possibile sospensione degli strumenti sopra menzionati (decisioni nel titolo VI TUE e atti di diritto derivato nel titolo IV TCE), quella di slittamento concepita nell’art. 39 dell’Atto e del Protocollo di adesione relativi al Trattato di adesione di Bulgaria e Romania investe invece lo stesso strumento di adesione, cioè il Trattato complessivamente inteso, a parte i casi in cui tale slittamento possa essere deciso a maggioranza

deciso infatti di inserire dei meccanismi transitori in virtù dei quali alcune regole dei Trattati o dell'*acquis* comunitario potranno concretamente essere sospese a far data dall'entrata in vigore del Trattato di adesione per ciascun Paese aderente, in quanto si tratta di misure che l'Unione, tramite le sue istituzioni "governative" (Commissione e Consiglio), potrà decidere di adottare al fine di sanzionare il nuovo Stato membro il cui ordinamento non si conformi ad alcuni criteri dell'*acquis* comunitario. Simili clausole possono essere adottate anche su iniziativa di uno Stato membro *contro* un nuovo Stato membro, ponendo quest'ultimo in una situazione di "passività" rispetto alle conseguenti determinazioni della Commissione e del Consiglio¹⁷.

qualificata in alcuni settori specifici riguardanti affari interni, giustizia e concorrenza, ai sensi dei successivi paragrafi 2 e 3 dell'art. 39 di Protocollo e Atto di adesione (cfr. *supra* nota 9).

¹⁷ Riguardo a tali questioni, vale la pena verificare la diversa natura delle clausole che si rinvengono negli stessi Trattati comunitari e dell'Unione. Si può ad esempio richiamare la clausola contenuta nell'art. 59 TCE, che si collega ad altre due specifiche clausole di salvaguardia di natura "economica" del TCE previste nel titolo sulla politica economica e monetaria (v. articoli 119 e 120 TCE, contenenti due misure di natura transitoria ed eccezionale, oggi, dopo la chiusura della terza fase dell'Unione Economica e Monetaria, non più applicabili se non agli Stati rimasti fuori dalla moneta unica, compresi gli stessi nuovi Stati membri) e quella di cui all'art. 60 TCE, avente natura più "politica", in quanto direttamente connessa all'adozione di determinate posizioni o azioni comuni nel settore PESC (v. art. 301 TCE, trattandosi in entrambi i casi comunque di azioni indirizzate contro soggetti non comunitari, v. in materia le sentenze della Corte di giustizia del 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *The Queen, ex parte Centro-Com Srl c. HM Treasury & Bank of England*, *Raccolta*, p. I-181, del 16 giugno 1998, C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, *Raccolta*, p. I-3655, e più di recente le sentenze del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation*; e causa T-315/01, *Kadi*, non pubblicate). E se tali norme sembrano in effetti avvicinarsi (ma solo per quanto attiene allo schema procedurale prescelto, tutto interno al Consiglio) ai modelli adottati dai redattori dei recenti Trattati di adesione dei dieci nuovi Stati membri e di Bulgaria e Romania, le altre previsioni generali di deroga al sistema dei Trattati, cui possono già oggi ricorrere gli attuali Stati membri (non *contro* altri Stati, ma *contro* il pieno adeguamento agli obblighi comunitari, quindi a favore del mantenimento di alcune situazioni interne derogatorie di quegli obblighi), sono per converso sottoposte a rigide condizioni e già oggetto di interpretazione giurisprudenziale e dottrina che ne stempera l'apparente effetto estensivo (v. articoli 296 – 298 TCE, la cui applicabilità va notoriamente intesa in via restrittiva rispetto al normale funzionamento delle regole dei trattati). Si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 19 dicembre 1968, causa 13/68, *SPA Salgoil c. Ministero del Commercio con l'estero*, *Raccolta*, p. 676; del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief of the Constable of the Royal Ulster Constabulary*, *Raccolta*, p. 1651 e, per i poteri della Corte, v. ordinanza della Corte di giustizia del 29 giugno 1994, causa C-120/94 R, *Commissione/Grecia*, *Raccolta*, p. I-3037. Per quanto attiene poi alla disposizione dell'art. 58 TCE, anch'essa di natura derogatoria rispetto agli impegni derivanti dal carattere diretto della libera circolazione dei capitali sancita dall'art. 56 TCE, rileva la giurisprudenza comunitaria relativa all'art. 73 D, n. 1, lett. a) oggi art. 58, par. 1, lett. a) v., in particolare, le sentenze della Corte di giustizia del 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Hanns-Martin Bachmann c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-249; del 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schumacker*, *Raccolta*, p. I-225). La sentenza della Corte di giustizia del 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooyen*, *Raccolta*, p. I-4071, ha chiarito ulteriormente i limiti applicativi dell'art. 73 D, n. 3, oggi art. 58, par. 3 TCE (v. anche, in via analogica, le sentenze del 28 aprile 1998, causa C-120/95, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, *Raccolta*, p. I-1831, e causa C-158/96,

Tenuto conto di quanto sopra e tornando alla “clausola di slittamento” dell’accordo con Bulgaria e Romania, va osservato come, incidendo tale clausola su un elemento essenziale dell’Accordo di adesione, quale indubbiamente è il necessario conseguimento dell’effetto perseguito (l’adesione dello Stato terzo) a seguito della relativa entrata in vigore dell’Accordo medesimo, il Parlamento europeo in definitiva abbia voluto riaffermare quelle prerogative che, come sopra rilevato¹⁸, sono ad esso normalmente spettanti nella procedura prevista dall’art. 49 TUE. La presa di posizione parlamentare riguardo alla clausola di slittamento non è quindi che il necessario effetto derivante dalle questioni giuridiche e istituzionali che tale clausola, per come concepita, solleva¹⁹. Su quest’ultimo punto, è opportuno sottolineare come l’odierno processo di allargamento in fondo abbia offerto al Parlamento europeo un’occasione di “rivincita” sulle altre istituzioni, proprio alla luce della possibilità di ricorso all’arma, se così si può dire, del parere conforme utilizzabile come strumento di pressione “politica” in realtà molto convincente. E tuttavia il pericolo di un’*impasse* istituzionale, che potrebbe in effetti essere provocata da un “eccesso” di pressione parlamentare, viene invece scongiurato proprio in ragione del carattere obbligatorio del parere finale del Parlamento e quindi in ragione dell’impossibilità che una volontà in capo all’Unione europea come tale possa ritenersi comunque formata in assenza di tale parere²⁰. Ma se ciò è innegabile, la “riserva” al parere favorevole alla firma del Trattato con la Romania, che il Parlamento europeo ha voluto inserire nella risoluzione adottata *ex art.* 49 TUE, sembra tesa proprio a ridimensionare

Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie, Raccolta, p. I-1931, in materia di ostacoli ammessi alla libera circolazione delle merci e delle persone, purchè non al fine di perseguire obiettivi di natura meramente economica, v. articoli 30 e 46 TCE). Si osservi, peraltro, come la clausola di slittamento non possa certo configurare alcun tipo di competenza della Corte di giustizia a fini interpretativi della clausola stessa, essendo quest’ultima congegnata in modo da evitare appunto alcun inserimento di Romania e Bulgaria nel quadro istituzionale dell’Unione. L’unica possibilità che la clausola in questione riceva una qualche indiretta interpretazione giurisprudenziale può aversi nel caso in cui il Consiglio decida di applicarla in spregio della previa associazione del Parlamento europeo, così come da quest’ultima istituzione richiesto nella risoluzione finale del 2005 (v. *supra* nota 13). Rileverebbe al riguardo la notoria giurisprudenza concernente il diritto del Parlamento a vedersi preservate le proprie prerogative (cfr. *ex multis* la sentenza della Corte del 22 maggio 1990, causa C-70/88, *Parlamento c. Consiglio*, c.d. “Chernobyl”, *Raccolta*, p. I-2041) tenendo peraltro conto della riforma dell’art. 230 TCE adottata a Nizza con l’inclusione definitiva del Parlamento nel novero dei ricorrenti “privilegiati”. Su questi temi si torna oltre in questo paragrafo, v. *infra* nota 21.

¹⁸ V. *supra* nota 10.

¹⁹ Cfr. *supra* nota 16. Si ripete che è del tutto inedito l’oggetto stesso della clausola in questione, e cioè lo spostamento in avanti dell’entrata in vigore dell’intero strumento d’adesione, e non solo di alcune sue parti o disposizioni.

²⁰ Al riguardo, sembra piuttosto azzeccata l’idea sottesa ad un recente studio di D. KOCHENOV, *op. cit.*, in cui, pur senza affrontare in termini precisi l’argomento del parere parlamentare, si parla abbastanza intelligentemente di un “concubinato” tra regole scritte e “consuetudinarie” riguardanti appunto il processo di adesione di nuovi Stati all’Unione così come evolutosi dalle versioni degli articoli 98 CECA, 237 CEE e 205 Euratom, sino alle più recenti versioni degli articoli 49 TUE e I-58 del Trattato costituzionale.

il contenuto giuridico della clausola di slittamento: con quella riserva il Parlamento ha praticamente voluto sottolineare come nessuna scissione tra “adesione” ed “entrata in vigore” del Trattato di adesione sarà possibile senza un parere parlamentare, e poiché tale parere incide, come già indicato, sulla formazione della volontà dell’Unione europea complessivamente intesa, tramite esso vengono conseguentemente ricondotti a necessaria unità i due momenti indicati (che quindi la clausola di slittamento intenderebbe scindere in modo in verità un po’ velleitario)²¹.

In termini generali e conclusivi di quanto sin qui illustrato, si deve rilevare come l’atteggiamento fortemente “difensivo” assunto da Consiglio e Commissione – che, con l’ideazione di clausole come quella di slittamento, hanno allo stesso tempo innovato e minato alcuni consolidati principi e meccanismi propri del diritto internazionale e dell’Unione europea – abbia necessariamente indotto il Parlamento europeo a dover riaffermare la propria funzione di istituzione garan-

²¹ V. *supra* nota 13. Rispetto a quanto già osservato *sub* nota 17, si deve altresì aggiungere che la possibilità per il Parlamento di agire sulla base dell’art. 230 TCE verrebbe meno in quanto tale disposizione, che comunque può riguardare conflitti di tipo interistituzionale, concerne controversie vertenti solamente su atti di rango legislativo, cui certo non può essere ricondotta una norma di un Trattato di adesione, da includere invece nel novero delle fonti di rango “costituzionale” dell’Unione. (cfr. art. 51 dello Statuto della Corte di giustizia come riformato con decisione 2004/407/CE, Euratom, del Consiglio, del 26 aprile 2004, che modifica, ai sensi dell’art. 245, secondo comma TCE, gli articoli 51 e 54 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia a seguito delle riforme introdotte dal Trattato di Nizza, *GUUE* L 132, 29 aprile 2004, p. 5, cfr. nuovo testo art. 224 TCE e in materia, *ex multis*, R. MASTROIANNI, *Il Trattato di Nizza e il riparto di competenze tra le istituzioni giudiziarie comunitarie*, in *DUE*, 2001, p. 769). Se, però, si ritiene che possa costituire oggetto di un ricorso *ex art.* 230 TCE da parte del Parlamento europeo la decisione con cui il Consiglio applica la clausola di slittamento prevista dall’art. 39 del Trattato di adesione, allora si deve ammettere che la Corte di giustizia potrebbe valutare positivamente la ricevibilità di un’azione simile. Quest’ultima, d’altronde, potrebbe fondarsi sulle considerazioni svolte in precedenza, in particolare per quanto attiene al rispetto delle corrette relazioni interistituzionali (art. 10 TCE) e della stessa procedura dell’art. 49 TUE (cfr. *supra* nota 11). In tal modo, emerge come la riserva parlamentare con la quale il Parlamento ha rivendicato il diritto ad essere coinvolto nell’adozione di tutte le clausole di salvaguardia del Trattato di adesione (cfr. *supra* nota 13) rappresenti lo strumento giuridico tramite il quale sottoporre a sindacato di legittimità (rispetto agli accennati articoli 10 TCE e 49 TUE) *in primis* la successiva eventuale decisione del Consiglio riguardante l’attivazione della clausola di slittamento, ma anche, seppure indirettamente, la stessa disposizione del Trattato di adesione che contempla tale clausola (sempre nell’eventualità che tale disposizione trovi concreta applicazione). D’altro canto, se il Parlamento venisse coinvolto, così come dovrebbe avvenire, prima dell’adozione della clausola d’adesione prevista dall’art. 39 del Trattato di adesione, tale disposizione verrebbe snaturata e potrebbe in definitiva rimanere “lettera morta”: ciò in quanto essa, da un lato, perderebbe il carattere di norma a carattere “puramente” sanzionatorio (normalmente di competenza di Commissione e Consiglio) e, dall’altro lato, la sua più corretta applicazione – che, ripetiamo, può avvenire, come sin qui esposto, previo parere del Parlamento europeo e, quindi, mediante una procedura che deve in qualche modo riflettere, se non riprodurre del tutto, quella prevista dall’art. 49 TUE – renderebbe possibile spostare in avanti (“slittamento”) non la sola “adesione” dello Stato terzo, ma anche la stessa “entrata in vigore” del Trattato di adesione (diversa da quella sin qui illustrata è la rilevata questione dei processi di ratifica nazionali, cfr. *supra* nota 15).

te del carattere democratico dell'ordinamento creato dai Trattati in un contesto piuttosto inedito sul piano giuridico e istituzionale. Il che invita a riflessioni attente relative agli sviluppi indotti dal processo di allargamento nel settore delle relazioni istituzionali all'interno dell'Unione europea.

3. Altri esempi concreti, e molto illuminanti, che attestano i caratteri maggiormente innovativi dell'odierno processo di allargamento dell'Unione europea, sono ricavabili peraltro da alcune importanti disposizioni del vigente Trattato di adesione firmato ad Atene nel 2004. Si tratta di norme riprodotte sia nel Protocollo di adesione, sia nell'Atto di adesione come richiamati rispettivamente agli articoli 1 e 2 del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria. Esse attengono al tema del riconoscimento normativo ed esercizio della personalità internazionale dell'Unione europea, da un lato, e della Comunità europea, dall'altro.

Un primo importante problema si pone rispetto al riferimento agli accordi dell'Unione europea, come da questa conclusi sulla base degli articoli 24 e 38 TUE. Mentre il Trattato costituzionale fa confluire questa materia sotto un unico titolo V della parte III, relativo all'azione esterna dell'Unione – rilevando ai nostri fini in particolare il capo IV del titolo V, dedicato alla conclusione di accordi internazionali (cfr. gli articoli da III-323 a III-325, là dove la norma da ultimo segnalata richiama quella del vigente art. 300 TCE, a contenuto essenzialmente procedurale) –, “a diritto costante”, la base giuridica della competenza esterna dell'Unione e della Comunità europea si ricava invece da diverse norme di entrambi i Trattati istitutivi di tali organi, e cioè, da un lato, dagli articoli 24 e 38 TUE (espressamente richiamati dalla corrispondente norma dell'art. 6 dell'Atto di adesione) e, dall'altro lato, dagli articoli 111 (relativo alla competenza esterna nell'UEM), 133 (politica commerciale), 177-182, 301, 302-304 e 310 TCE, tutti riconducibili alla regola generale che riconosce soggettività internazionale alla Comunità europea in quanto tale (art. 281 TCE).

Va altresì rilevato che la riunione dei diversi ambiti in cui l'Unione gode di competenza esterna sotto un unico titolo, con la contemporanea definizione di un'unica norma di carattere procedurale per quanto concerne la conclusione degli accordi internazionali da parte dell'Unione stessa (art. III-325), così come avviene nel Trattato costituzionale, è la necessaria conseguenza dell'abrogazione di tutti i Trattati vigenti operata dal Trattato costituzionale stesso sulla base del suo art. IV-437 e della successione giuridica tra l'attuale Unione e quella che sarà invece istituita dal Trattato costituzionale (cfr. art. IV-438). Pertanto, al riguardo rileva in primo luogo l'art. 6 del Protocollo di adesione di Romania e Bulgaria (quello cioè riferito al Trattato costituzionale), concepito sulla base della premessa generale secondo cui “gli accordi e le convenzioni conclusi o provvisoriamente applicati dall'Unione con uno o più Stati terzi, con un'organizzazione internazionale o con un cittadino di uno Stato terzo sono vincolanti per Bulgaria e Romania alle condizioni previste dalla Costituzione e dal presente protocollo”.

Il primo paragrafo dell'art. 6 dell'Atto di adesione relativo al Trattato di Atene, invece, alla prima riga contiene un principio generale di vincolatività degli accordi internazionali “*conclusi o provvisoriamente applicati dalla Comunità*”, con un separato riferimento alle convenzioni stipulate ai termini degli articoli 24 e 38 TUE, che disciplinano il potere dell'Unione europea, tramite il Consiglio, di esercitare una specifica competenza volta a far assumere impegni internazionali all'Unione nei settori della PESC e della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Considerata la mancata entrata in vigore sia del Trattato costituzionale sia del Trattato di adesione di Romania e Bulgaria, è quindi rilevante la disposizione da ultimo citata. Come osservato altrove²², dall'interpretazione dell'art. 24 TUE possono ricavarsi vari elementi di valutazione della più ampia questione concernente l'individuazione di una personalità internazionale in capo all'Unione europea. Secondo un'autorevole dottrina la sussistenza di tale personalità è dimostrata dall'attribuzione direttamente al Consiglio dell'UE della competenza a decidere per l'avvio dei negoziati e per la conclusione degli accordi indicati nell'art. 24 TUE, oltre che in virtù di un più articolato esame delle riforme adottate ad Amsterdam ed in virtù del fatto che l'Unione in quanto tale viene individuata come attore della propria politica estera e di sicurezza²³. Tale interpretazione sembra essere stata sostanzialmente quella che ha ispirato i lavori relativi al Trattato costituzionale, che, da un lato, risolve alla radice il problema generale della personalità giuridica dell'Unione (art. I-6), riferendo a quest'ultima quanto attualmente sancito nell'art. 281 TCE per la sola Comunità europea (ma d'altronde tale previsione sembra conseguente all'ipotesi stessa di un Trattato costituzionale), e, dall'altro lato, concepisce un articolo (III-323) assai più sintetico dell'attuale art. 24 TUE e secondo il quale l'Unione stipula accordi con soggetti terzi secondo la procedura dell'art. III-325 (corrispondente all'art. 300 TCE). In particolare tale seconda previsione conferma un pieno superamento dell'attuale *inter pillar mixity* tra diversi settori di intervento di Unione e Comunità europee²⁴.

²² Ci sia permesso rinviare ancora a A. RIZZO, *L'allargamento ad est*, cit., p. 51.

²³ A. TIZZANO, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *DUE*, 1998, p. 377. In tema si veda poi il generale *excursus* di B. I. BONAFÉ, *Commento all'art. 24 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 94 ss.

²⁴ L'art. III-325 del Trattato costituzionale trasferisce inoltre il potere di raccomandazione ad avviare una trattativa dalla Commissione specificamente al Ministro degli esteri dell'Unione (creato *ex novo* dall'art. I-27). La fase negoziale sarà affidata, invece, a un negoziatore che dovrà essere designato dal Consiglio dei ministri in funzione della materia coperta dall'accordo: tale ultima previsione dovrebbe coincidere quindi con l'attuale sistema, che però in modo assai più esplicito individua nella Commissione il destinatario delle direttive negoziali che il Consiglio può impartire in quanto la stessa Commissione è, ad oggi, istituzionalmente incaricata di condurre i negoziati. Inoltre, va osservato come il potere di rappresentare esternamente l'Unione europea che l'art. I-25, par. 1 conferisce alla Commissione non riguardi la PESC, distinguendosi così chiaramente i casi in cui l'Unione sarà rappresentata dal Ministro degli esteri, da un lato (PESC e, in particolare, rappresentanza dell'UE nelle NU), e dalla Commissione, dall'altro lato (relazioni esterne in generale, salva l'accennata nomina di un negoziatore, v. al riguardo il documento del

Per quanto attiene alla cd. “clausola d’esonazione”, cioè la previsione dell’art. 24 TUE secondo cui uno Stato membro può dissentire sulla entrata in vigore nei propri confronti dell’accordo per salvaguardare le proprie procedure costituzionali relative alla stipulazione di accordi internazionali, essa non figura più nella corrispondente norma dell’art. III-325 del Trattato costituzionale, rimanendo invece confermata nell’art. III-300, relativo alla procedura di adozione di decisioni europee nel settore della politica estera (corrisponderebbe a tale disposizione l’attuale art. 23 TUE)²⁵.

Si rileva che l’aspetto della clausola d’esonazione solleva in particolare il problema di come ciascuno Stato membro adegui il proprio ordinamento a quello comunitario. La clausola in questione, ad esempio, sembra in particolare riferirsi a un modello di ordinamento di tipo “britannico”, nel quale il problema dell’assunzione di impegni di carattere internazionale in seno all’Unione costringe a spostare il quadro di riferimento dal livello legislativo rappresentato dall’*European Community Act* (risalente al 1972, disciplina, sul piano interno, l’adesione alle Comunità europee, cfr. in particolare Sezione II, articoli da 2 a 4) alla regola di rango consuetudinario secondo la quale tale genere di impegni può essere assunto solamente dalla Corona, e, a partire dal trasferimento delle prerogative di quest’ultima nel Parlamento, da quest’ultimo, cui esclusivamente è demandato il compito di recepire l’Accordo nell’ordinamento nazionale. Tra l’altro, l’approccio “britannico” sembra essere quello che ha maggiormente ispirato la norma attualmente in vigore – art. 6 riprodotto sia nel Protocollo che nell’Atto di adesione di Romania e Bulgaria –, nella quale si evita accuratamente di riferire all’Unione gli accordi rientranti negli articoli 24 e 38 TUE, sui quali ricade il principio di immediata applicazione nei nuovi Stati membri²⁶.

Servizio giuridico del Consiglio dei ministri UE del 18 novembre 2003, *Note of Analysis, The European Union and the United Nations: the Absence of legal status of the EU in the UN*, p. 15).

²⁵ Secondo quanto osservato dal Gruppo sulla Personalità giuridica dell’Unione nel documento CONV 305/02 della Convenzione europea incaricata della redazione del Trattato costituzionale, la clausola è peraltro sostanzialmente mantenuta quantomeno per quanto riguarda gli accordi che investono materie sulle quali permane il voto all’unanimità, quindi emblematicamente in quelle inerenti alla politica estera e di sicurezza. Secondo tale interpretazione, l’abolizione della clausola d’esonazione non fa venire meno il potere che ciascuno Stato mantiene di dissentire in seno al Consiglio rispetto alla conclusione di qualsiasi accordo sino a che questo non abbia deciso a favore della conclusione del medesimo.

²⁶ Il tema evidentemente riconduce a un esame comparativo dei vari sistemi di diritto costituzionale, ricordando che in Italia il problema specifico renderebbe necessario esaminare le relazioni intercorrenti tra le citate norme degli articoli 24 e 38 TUE e gli articoli 80 e 87 Cost. it. (in tema si veda A. MIGNOLLI, *Sul treaty-making power nel secondo e nel terzo pilastro dell’Unione europea*, in *RDI*, 2001, p. 978, e, per un più analitico sguardo sui temi relativi all’impatto del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, in particolare in quello britannico, si veda A. DASHWOOD, *The British Way: the Cohabiting with Community Law*, in A. KELLERMANN, J. DE ZWAAN, J. CZUCZAI (eds.), *EU Enlargement. The Constitutional Impact at EU and National Level*, The Hague, 2000, p. 81 e J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l’Union et des Communautés Européennes*, Paris, 2003, p. 1062).

L'art. 6 dell'Atto di adesione – come indicato, basato sui Trattati vigenti, diversamente dal Protocollo di adesione basato invece sul Trattato costituzionale e per il quale, alla luce delle riforme apportate da tale ultimo Trattato, non rilevrebbero le considerazioni che seguono – nulla specifica in ordine alla possibilità che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di adesione o eventualmente all'atto della sua firma, uno dei Paesi aderenti possa esercitare la “clausola d'esenzione” prevista all'art. 24 TUE, ciò che è d'altronde coerente con il principio di immediata e generale adesione, mediante quella all'Unione, a tutto il diritto di quest'ultima (v. art. 5 dell'Atto di adesione). Tale lacuna sembra da considerare evidentemente come uno di quei segnali “forti” che l'Unione ha inteso dare ai Paesi in adesione, interpretando anche le convenzioni concluse dall'Unione nelle materie coperte da secondo e terzo pilastro come direttamente riconducibili all'*acquis* cui conformarsi. È altrettanto evidente, d'altronde, che, in mancanza di esercizio della clausola d'esenzione prima della definitiva adesione all'Unione, un nuovo Stato, divenuto membro dell'Unione, non potrà più esprimersi in senso contrario all'efficacia nel proprio ordinamento nazionale dell'accordo internazionale stipulato dall'Unione: ciò, da un lato, sembra porre i nuovi aderenti in una situazione più sfavorevole rispetto ad altri Stati membri che si siano già avvalsi della clausola d'esenzione, ma, dall'altro, conferma il carattere pienamente vincolante di un accordo *ex art. 24 TUE* per l'Unione e gli Stati membri (nonostante la lettera dell'art. 24, par. 6 TUE).

In altri termini, intervenendo sulla norma dell'attuale art. 24 TUE e sancendo che i nuovi Stati membri sono sostanzialmente esclusi dalla possibilità di ricorrere alla clausola d'esenzione – che l'art. III-325 citato abolisce (mantenendola per la formazione di decisioni di politica estera, cfr. art. III-300) –, l'Atto di adesione pare “forzare” l'attuale valenza dell'art. 24 TUE a favore del consolidarsi di un principio di adesione automatica a tutto l'*acquis* comunitario, ivi inclusi gli accordi internazionali stipulati dall'Unione (eventualmente anche nell'ulteriore caso in cui questi siano vigenti per l'Unione e i suoi Stati membri tramite ricorso allo strumento della provvisoria applicazione previsto dallo stesso par. 5 dell'art. 24 TUE). In realtà, una simile previsione evidenzia le forti preoccupazioni che accompagnano, a livello europeo, il processo di allargamento. Se, infatti, si sposa la tesi secondo cui l'art. 24 TUE non consentirebbe di per sé di riconoscere l'avvenuta piena affermazione di un'autonoma volontà dell'Unione rispetto a quella dei suoi Membri nel settore degli accordi internazionali di politica estera conclusi dall'Unione, la sopra accennata disposizione dell'Atto di adesione, che in definitiva esclude i Paesi aderenti dal novero di coloro che possono attivare la clausola di esenzione, almeno per gli accordi dell'Unione che al momento dell'adesione siano già stati conclusi da quest'ultima, porta alla luce l'aspirazione al superamento degli stessi limiti che sono intrinseci all'attuale formulazione dell'art. 24 TUE. In altri termini, l'interpretazione che si offrirebbe di tale articolo, quantomeno se riferito al settore dell'allargamento dell'Unione, è opposta a quella indicata in precedenza e porterebbe necessariamente a riconoscere che la personalità dell'Unione si afferma proprio trami-

te l'esercizio negoziale prefigurato dall'art. 24 TUE e tramite la conseguente immediata applicabilità ai nuovi Stati membri degli accordi conclusi dall'Unione sulla base di quell'articolo²⁷.

Si tratta, insomma, di un altro aspetto del processo di allargamento come emergente da norme contenute nei Trattati di adesione dei nuovi Stati che testimoniano come tale processo sia di per sé strumento per una rilettura di alcuni importanti istituti del vigente diritto dell'Unione, ciò che implica un ripensamento delle regole di partecipazione degli Stati membri all'ordinamento dell'Unione europea e una nuova definizione del ruolo di quest'ultima sulla scena internazionale.

²⁷ Il contenuto dell'art. 24 TUE, nella versione successiva alle riforme apportate dal Trattato di Nizza, può essere meglio compreso comparando tale disposizione con le norme del Trattato CE in materia di competenze esterne comunitarie, anch'esse sottoposte a riforma dal Trattato di Nizza (cfr. in particolare l'art. 133, paragrafi 5 e 6 TCE, relativi al settore dei cosiddetti accordi "misti" nel settore commerciale). Particolarmente alla luce del par. 6 dello stesso art. 24, sembra applicabile agli accordi in questione la ormai risalente giurisprudenza *R. et. V. Haegemann c. Belgio*, (sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, causa 181/73, *Raccolta*, p. 449 sulla quale v. A. TIZZANO, in *Foro it.*, 1974, IV, c. 311-312; R. ADAM, in *RDI*, 1975, p. 584; R. KOVAR, in *JDI*, 1976, p. 195), secondo la quale gli accordi conclusi dalla Comunità a far data dalla loro entrata in vigore fanno parte integrante dell'ordine giuridico comunitario. La sentenza della Corte del 26 ottobre 1982 (causa 104/81, *Hauptzollamt Mainz c. Kupferberg*, *Raccolta*, p. 3641, su cui v. A. MARCHISELLO, in *RDI*, 1984, p. 259) aveva portato avanti tale impostazione rilevando il cosiddetto "effetto esterno" dell'accordo. Secondo tale giurisprudenza, tenuto conto del fatto che il diritto internazionale dei trattati presuppone la regola secondo la quale un trattato vincola solo i soggetti che ne sono parte, là dove la Comunità eserciti competenze esterne che promanano da competenze interne secondo il ben noto principio del "parallelismo" (inaugurato dalla Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1970, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, *Raccolta*, p. 263), l'accordo comunitario stipulato in base a tale criterio esplicherà automaticamente effetti anche negli ordinamenti nazionali, senza necessità di espressa manifestazione di volontà da parte dello Stato. Successivamente, la Corte ha specificato che, qualora sia chiaro che la materia dell'accordo da concludere ricade in parte nell'ambito delle competenze comunitarie e in parte nell'ambito di quelle degli Stati membri, vige per questi ultimi un obbligo di cooperazione (cfr. art. 10 TCE) con le istituzioni comunitarie al fine di garantire il carattere unitario della rappresentanza esterna della Comunità stessa astenendosi dall'adottare misure suscettibili di ostacolare il raggiungimento degli obiettivi del Trattato (v. *ex multis* il parere della Corte di giustizia relativo all'Accordo internazionale sul caucciù naturale del 4 ottobre 1979, 1/78, *Raccolta*, p. 2871 e più di recente la sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002, causa C-466/98, *Commissione c. Regno Unito*, *Raccolta*, p. I-9427). Si deve altresì ricordare che il principio del parallelismo ha ispirato la riforma dell'art. 24 TUE tramite il Trattato di Nizza, grazie al quale la decisione del Consiglio relativa alla conclusione degli accordi oggetto di tale disposizione può essere presa a maggioranza qualificata se la materia coperta da tali trattati è già oggetto di previe posizioni o azioni comuni. Contro una piena affermazione di tale meccanismo militano però la Dichiarazione n. 4 allegata all'Atto finale del Trattato di Amsterdam (tramite la quale gli Stati hanno escluso l'applicazione della su indicata dottrina *AETS* agli accordi dell'Unione europea) e più espressamente il riferimento, nello stesso art. 24 TUE, all'art. 23, par. 2 TUE, secondo il quale, anche là dove sia possibile per l'Unione adottare una decisione a maggioranza qualificata, qualunque Stato può bloccare tale procedura "per specifici e importanti motivi di politica nazionale".

4. Anche nel settore dell'esercizio delle competenze esterne della Comunità europea – dotata, diversamente dall'Unione, di personalità internazionale per espresso riconoscimento *ex art.* 281 TCE – le norme dei nuovi Trattati di adesione (quello entrato in vigore nel 2004, ma anche quello concernente Bulgaria e Romania) contengono degli esercizi di rivisitazione (se non proprio di totale modifica) del diritto comunitario vigente.

Il par. 10 dell'art. 6 dell'Atto di adesione del 2004 (che corrisponde agli stessi articolo e paragrafo del Protocollo e dell'Atto di adesione di Bulgaria e Romania)²⁸ si occupa del rapporto tra gli obblighi derivanti dalla prossima appartenenza degli Stati aderenti all'ordinamento comunitario e i vincoli internazionali da essi precedentemente assunti. Il primo comma dell'art. 307 TCE contiene una regola, confermata nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati (art. 30), secondo la quale sono fatti salvi i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse prima dell'entrata in vigore del Trattato CE o prima dell'adesione di uno Stato alla Comunità europea, tra uno o più Stati membri da un lato e uno o più Stati terzi dall'altro lato. Il secondo comma dell'art. 307 prefigura una clausola di *best endeavours*, cioè un obbligo di mezzo (o *pactum de agendo*), ma non di risultato, verso l'ottenimento di un riequilibrio tra i regimi giuridici in conflitto, quello anteriore e quello successivo all'adesione o all'entrata in vigore dei Trattati. Il terzo comma dell'art. 307 TCE intende trasferire, in capo allo Stato aderente, la necessaria consapevolezza della specificità dell'ordinamento creato dal Trattato CE: da quest'ultimo deriva infatti l'instaurazione di un sistema basato sulla regola del trattamento preferenziale degli Stati membri che caratterizza un'unione doganale implicante l'abolizione di dazi interni e la fissazione di una tariffa doganale esterna comune²⁹ e che, in quanto tale, contrasta con le normali regole delle relazioni commerciali internazionali, per le quali opera la clausola della nazione più favorita, tendente a infrangere il primo criterio proprio nel senso di estendere a Stati terzi il trattamento preferenziale che vige nelle relazioni tra i soli Stati membri della Comunità³⁰.

²⁸ Per completezza, si riporta il testo di tale disposizione: “Con effetto dalla data di adesione, i nuovi Stati membri si ritirano dagli accordi di libero scambio con paesi terzi, compreso l'Accordo centroeuropeo di libero scambio. Nella misura in cui gli accordi tra uno o più nuovi Stati membri, da una parte, e uno o più paesi terzi, dall'altra, siano incompatibili con gli obblighi derivanti dal presente atto, il nuovo Stato membro adotta le misure appropriate per eliminare le incompatibilità constatate. Qualora un nuovo Stato membro incontri difficoltà nell'adattare un accordo concluso con uno o più paesi terzi prima dell'adesione, a norma dell'accordo si ritira dallo stesso”.

²⁹ Per la definizione di natura ed effetti giuridici della tariffa doganale comune, che implica la soppressione di disparità nazionali, fiscali e commerciali, relative a scambi con Paesi terzi, v. la sentenza del 27 settembre 1988, causa 165/87, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, p. 459).

³⁰ In materia v., per tutti, P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982. Un esempio rilevante e risalente di accordo pre-comunitario contenente elementi contrastanti con l'adesione all'Unione europea è l'accordo del 1881 tra gli USA e l'allora Regno di Serbia, nel quale le parti disciplinavano, tra le altre, la materia degli acquisti di proprietà immobiliari in quest'ultimo Stato, oggi corrispondente alla Repubblica di Slovenia. Non avendo la precedente Repubblica incorporata nella Federazione di Jugoslavia mai denunciato l'accennato accordo con gli USA, può ancor oggi dirsi che, in deroga alle restrittive condizioni imposte dall'accennato art.

Si deve considerare, peraltro, che, anche in conformità con quanto disposto nell'art. 5 dell'Atto di adesione, la "sottomissione" dello Stato aderente agli obblighi comunitari è estesa alle decisioni ed accordi adottati dai rappresentanti permanenti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio nonché a tutti gli accordi conclusi dagli Stati membri relativi al funzionamento delle Comunità o che presentano un qualunque legame con gli obiettivi propri dell'azione comunitaria. Con tali riferimenti si intende mettere in evidenza come, in verità, l'impegno di sottomissione che gli Stati candidati assumono chiedendo di aderire alle Comunità investa anche ambiti non riconducibili all'*acquis* comunitario strettamente inteso. Sembra però incontestabile che, almeno per quanto attiene a tale *acquis*, l'art. 307 TCE dovrebbe continuare a trovare piena applicazione, considerando che tale disposizione è volta peraltro a garantire il rispetto dei diritti che per gli Stati terzi possono derivare appunto dalla conclusione di accordi con uno Stato candidato avvenuta prima dell'adesione di tale Stato alle Comunità³¹. Tuttavia, il *pactum de agendo* dell'art. 307 è interpretato da una giurisprudenza recente più correttamente nel quadro di obblighi derivanti dall'appartenenza, anche dell'ordinamento comunitario, all'ordinamento internazionale. Tale interpretazione riconosce quindi che la clausola di *best endeavours*, che impone allo Stato aderente, con la possibile cooperazione a tal fine degli altri Stati già membri della Comunità, di ricondurre a compatibilità con il diritto comunitario l'accordo internazionale, può essere sostituita con un obbligo di denuncia di tale accordo, in via evidentemente di interpretazione restrittiva anche del principio affermato al par. 1 dell'art. 307 TCE: ciò però, secondo la Corte di giustizia, può avvenire solo se la denuncia sia consentita dal diritto internazionale, il che si traduce sostanzialmente nel rispetto dell'art. 56 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo il quale non è possibile la denuncia di un accordo se ciò non sia espressamente previsto dall'accordo stesso o a meno che, pur in assenza di tale previsione, la denuncia non sia consentita dal carattere intrinseco dell'accordo o dall'intenzione delle parti che lo hanno stipulato³².

68 della vigente Costituzione slovena, i cittadini statunitensi godono di un particolare trattamento di favore, pur se basato essenzialmente sul criterio della reciprocità, nell'accesso al mercato immobiliare sloveno. È in particolare previsto in base a queste regole convenzionali che la domanda di acquisto presentata da un cittadino statunitense al competente Ministero della giustizia sloveno debba ricevere risposta entro 90 giorni. Ovviamente, la clausola della nazione più favorita è parte integrante degli accordi in questione.

³¹ In materia, v. *ex multis*, la sentenza del 14 ottobre 1980, causa 812/79, *Attorney General c. Juan C. Burgoa*, *Raccolta*, p. 2787, su cui v. i commenti di H. G. SCHERMERS, in *CML Rev.*, 1981, p. 229; R. WHITE, in *ELR*, 1981, p. 398; G. CATALDI, in *Foro it.*, 1982, IV, c. 260). Inoltre, ciò attribuirebbe automaticamente alla Corte di giustizia il ruolo che giuridicamente le spetta per la verifica della compatibilità tra vincoli bilaterali precedentemente assunti dagli Stati e nuovi obblighi comunitari (v. in tal senso il secondo paragrafo dell'art. 307 TCE).

³² Questa interpretazione è ricavabile da due sentenze della Corte di giustizia del 4 luglio 2000, cause C-62/98 e C-84/98, *Commissione c. Portogallo*; v. in materia P. MANZINI, *The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law*, in *EJIL*,

Tenuto conto di quanto precede, si segnala che durante i lavori di redazione di quell'Atto di adesione, il Servizio giuridico della Commissione aveva inizialmente proposto al comitato di redazione un testo che prevedeva l'obbligo per i nuovi Stati membri di recedere (“*shall withdraw*”) da accordi bilaterali non compatibili con gli obblighi insorgenti (“*arising*”) dall'Atto di adesione; in tale proposta era poi disposto che, in caso di mancato recesso “spontaneo” del nuovo Stato membro dagli accordi confliggenti con quelli comunitari (evidentemente mediante il mezzo della denuncia), tali accordi avrebbero smesso comunque di trovare applicazione (“*cease to be applied*”) nel territorio del nuovo Stato aderente. Tale meccanismo avrebbe funzionato, a chiare lettere, “*by way of derogation from Article 307 of the EC Treaty*”. Durante la redazione del Trattato è stato rilevato che una simile previsione applicherebbe il principio *rebus sic stantibus* (nel senso che l'adesione alle Comunità e all'Unione provoca un radicale mutamento di circostanze nel diritto interno e nelle relazioni internazionali dello Stato aderente) e risponderebbe all'esigenza che, sin dalla stipulazione dell'Atto di adesione, vi sia una certezza pressoché assoluta rispetto alla fedeltà con cui i futuri aderenti si sottoporranno agli obblighi comunitari. La motivazione della proposta di testo dell'art. 6, par. 10 dell'Atto di adesione originariamente presentata dalla Commissione risiedeva nella preoccupazione che in ambienti comunitari aveva suscitato la vigenza, tra molti dei Paesi aderenti e alcuni Stati terzi, di alcuni accordi nel settore della libera circolazione dei capitali. Si tratta dei cosiddetti “*BITs*” (“*Bilateral Investment Treaties*”), contenenti disposizioni che derogano ai meccanismi di preferenza comunitaria e che introducono invece clausole tipiche delle normali convenzioni internazionali in tema di investimenti, quali quella della nazione più favorita (profili cui sopra si è fatto cenno richiamando il contenuto dell'art. 307, alinea 3 TCE)³³.

In breve, in merito all'effetto dei *Bilateral Investment Treaties* nell'ordinamento comunitario si può rilevare che la possibilità che il cosiddetto “trattamento comunitario”, normalmente riconosciuto ai soli soggetti aventi nazionalità

2001, p. 781. Per i successivi sviluppi di tale giurisprudenza, vale la pena richiamare quella relativa agli accordi aerei c.d. “*open sky*” conclusi bilateralmente tra alcuni Stati membri e gli USA (v. tra le altre, sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002, causa C-466/98, *Commissione c. Regno Unito*, *Raccolta*, p. I-9427). Tale indirizzo rafforza il ben noto principio del parallelismo tra competenze interne ed esterne della Comunità europea, nel senso che le seconde si impongono automaticamente rispetto alla competenza degli Stati a concludere accordi internazionali là dove il loro esercizio da parte comunitaria si renda necessario per la tutela delle libertà fondamentali sancite dai Trattati istitutivi (ad es., nel caso in cui gli accordi in questione contengano disposizioni per le quali rilevi il divieto di discriminazione in base alla nazionalità o che debbano applicarsi nel rispetto della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi, cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 15 gennaio 2002, causa C-55/00, *Elide Gottardo c. Istituto nazionale della previdenza sociale*, *Raccolta*, p. I-413).

³³ Peraltro, tra le condizioni in base alle quali gli Stati membri hanno accettato la conclusione provvisoria dei negoziati di adesione sul Capitolo 26 (relativo alle relazioni esterne), emerge appunto quella secondo la quale i candidati avevano assicurato che tutti gli accordi internazionali incompatibili con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'UE sarebbero stati denunciati o resi “pienamente conformi” con il diritto comunitario sin dall'adesione.

negli Stati membri, venga esteso a soggetti (imprese, operatori economici) di nazionalità di uno Stato terzo per via della conclusione di accordi internazionali, rende sostanzialmente inutile l'esercizio della competenza comunitaria in materia di relazioni esterne. L'effetto di accordi simili sarebbe quello per cui uno Stato membro finirebbe per associare uno Stato terzo alla politica comunitaria in materia di libero stabilimento delle imprese o libera circolazione dei capitali, trasferendo ai soggetti di nazionalità del secondo Stato tutti i vantaggi derivanti dall'applicazione della libertà garantita nell'ordinamento comunitario. Tale conclusione si traduce in un aggiramento del normale funzionamento delle regole della politica comunitaria delle relazioni esterne, che consente solamente alla Comunità di associare Stati terzi alle proprie politiche comunitarie (sulle quali essa esercita la propria competenza esclusiva) mediante lo strumento dell'art. 310 TCE. Il mantenimento di un *BIT* nelle relazioni tra un nuovo Stato membro e uno Stato terzo, per gli effetti che tale mantenimento produrrebbe così come evidenziato, corrisponderebbe quindi ad un atto di uno Stato membro teso a ostacolare il raggiungimento degli obiettivi del Trattato CE, come tale valutabile ai termini dell'art. 10, comma 2 TCE, che pone il principio di leale collaborazione.

La proposta di testo volta a modificare il meccanismo contenuto nell'art. 307 TCE (ricordiamo la frase in essa inserita, "*by way of derogation from article 307*") era dunque fondata sul complesso di considerazioni sin qui svolte. La stessa proposta è stata tuttavia fortemente criticata in tutte le sedi (giuridiche e negoziali). La formula definitiva dell'art. 6, par. 10 dell'Atto di adesione 2004 è conforme alle normali clausole di *best endeavours* e, tuttavia, la parte finale della norma contenuta nell'Atto di adesione recupera l'indirizzo giurisprudenziale richiamato in precedenza, secondo il quale un nuovo Stato membro ha l'obbligo di fare ricorso alla denuncia del Trattato pre-comunitario che presenti profili di contrasto con gli obblighi derivanti dall'appartenenza all'ordinamento comunitario.

Non sappiamo se la scelta redazionale indicata, ormai consacrata sia nell'Atto di adesione entrato in vigore dal 2004 sia nel Protocollo e nell'Atto di adesione di Romania e Bulgaria, sia idonea a fare fronte ai possibili conflitti di cui si è cercato di dare conto nel precedente *excursus*. Ci sembra perlomeno interessante avere segnalato la presa di posizione comunitaria, volta sostanzialmente a modificare una regola – quella ricavabile dall'art. 307 TCE – annoverata tra quelle costitutive delle relazioni internazionali tra Stati e tra questi e le organizzazioni internazionali. Anche in tal caso, evidentemente, il processo di allargamento è servito da forte stimolo per una riflessione intorno alla effettiva capacità dell'Unione europea – in questo caso, tecnicamente, della Comunità – di assorbire l'indubbio impatto dell'adesione di un numero di Stati assolutamente inedito rispetto al passato.

5. Gli esempi sopra riportati indicano una tendenza non palese del processo di allargamento: quella secondo la quale alcune regole attualmente sottese al funzionamento dell'ordinamento comunitario vanno rafforzate in senso mag-

giormente “difensivo” del sistema dei Trattati. Seguendo l’impostazione di questa riflessione, tale tendenza si esprime in primo luogo mediante l’assunzione di scelte che consentano all’Unione europea di mantenere, se non di rafforzare ulteriormente, il proprio ruolo sulla scena internazionale, operando sulla base di confini geografici e politici totalmente inediti rispetto al passato. Il ruolo che l’Unione europea potrà mantenere in questo tipo di scenario internazionale è direttamente proporzionale al maggiore o minor grado di coesione che essa riuscirà a dimostrare al proprio interno come ordinamento realmente in grado di portare a sintesi le volontà dei suoi Stati membri. Da qui il tentativo da parte delle istituzioni dell’Unione stessa di far fronte a tale ordine di esigenze ricercando al proprio interno determinati strumenti di tipo giuridico, da inserire in particolare nei vari strumenti di adesione di nuovi Stati.

In tal senso e passando alle ricadute sul piano interno, il cammino “costituente” dei Trattati, peraltro già sancito dalla notoria giurisprudenza *Les Verts*³⁴, procede come ha sinora fatto e cioè anche prescindendo da strumenti convenzionali dotati di un formalismo più marcato, di cui i lavori della Convenzione per la redazione della Costituzione europea sono un evidente – e, a nostro avviso, assai positivo – esempio. In attesa, però, che la “Costituzione europea” (o come la si voglia chiamare) sia in vigore, l’Unione dovrà innanzitutto preservare ciò che la dottrina ha riconosciuto essere l’autentico “motore” dell’integrazione europea, e cioè il sistema di cooperazione tra organi giudiziari interni e Corte di giustizia che trova nel meccanismo del rinvio pregiudiziale il suo nucleo costitutivo³⁵. L’ulteriore auspicio riguarda il conferimento di forza giuridica vincolante alla Carta dei diritti fondamentali che non solo varrà a dare all’Unione un

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Raccolta*, p. 1339; v. anche il parere della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, 1/91, *Progetto di Accordo sullo Spazio Economico Europeo*, *Raccolta*, p. I-6079, sino alla più recente sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, *Raccolta* p. I-6677, relativa però più specificamente al fatto che i Trattati abbiano predisposto un sistema completo di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il controllo della legittimità degli atti delle istituzioni, affidandolo al giudice comunitario.

³⁵ Strumento, quest’ultimo, non scevro da recenti “attacchi” operati da certa giurisprudenza comunitaria – si pensi a quella che ha mutuato dal diritto amministrativo francese la teoria dell’*acte clair* volta a contenere l’eccessivo ricorso all’art. 234 TCE da parte delle corti nazionali, specie se di ultimo grado (cfr. al riguardo le riflessioni critiche di G. TESAURO, *Diritto comunitario*, VI ed., Padova, 2005, p. 323 – e da alcune riforme introdotte dal Trattato di Amsterdam – si guardino le sostanziali differenze tra la formulazione degli articoli 35 TUE e 68 TCE e quella, rimasta inalterata sin dal 1957, dell’art. 234 TCE. Viepiù tale auspicio si rafforza nella previsione che entri in vigore il sistema di cooperazione giudiziaria nel settore penale come prefigurato con le riforme adottate al riguardo nel Trattato costituzionale, dove l’adozione generalizzata di leggi europee – con attribuzione di un effettivo potere legislativo al Parlamento europeo, sempre secondo il modello co-decisionale – sembra tesa a far consolidare un’autonoma competenza dell’Unione in materia, cui dovrebbe corrispondere un ampliamento delle competenze della Corte di giustizia. Per converso, si segue con preoccupazione la vigenza di una clausola di salvaguardia, inserita negli Atti di adesione dei dieci e di Bulgaria e Romania (cfr. art. 39 per i primi e art. 38 per i secondi), che consentirà la sospensione dell’applicazione nei Paesi aderenti del sistema di cooperazione e riconoscimento dei provvedimenti giurisdizionali nei settori civile e penale come sancito nei vi-

più marcato carattere di organizzazione realmente ispirata al modello degli enti di tipo federale (come d'altronde, proprio nel settore della tutela dei diritti umani, essa già è alla luce del brocardo giurisprudenziale (ormai reso norma dall'art. 6, par. 2 TUE), ma che darà altresì maggiore visibilità e legittimazione giuridica al ruolo che la stessa Unione europea svolge all'interno della comunità internazionale³⁶.

genti Trattati UE e CE e nell'ormai cospicuo numero di decisioni, decisioni-quadro, regolamenti e direttive in materia (cfr. *supra* note 9 e 16).

³⁶ Cfr. *supra* nota 6, riguardante le questioni sollevate dalla clausola di condizionalità utilizzata dalla Comunità europea nella conclusione di accordi internazionali. Tale riferimento consente di rinviare ulteriormente a quanto già osservato in tema di accordi dell'Unione europea *ex art.* 24 TUE. Si deve richiamare a tale riguardo la Decisione 2003/516/CE del Consiglio, del 6 giugno 2003, relativa alla firma degli accordi tra l'Unione europea e gli Stati Uniti d'America sull'estradizione e sulla mutua assistenza giudiziaria in materia penale (*GUUE* L 181, 19 luglio 2003, p. 25). È interessante al riguardo la Dichiarazione della Commissione relativa all'atto con il quale il Consiglio ha conferito alla Presidenza l'autorizzazione a firmare gli accordi UE-USA, nella quale la Commissione stessa "... prende atto del fatto che si tratta dei primi accordi dell'Unione fondati sugli articoli 24 e 38 che riguardano direttamente i diritti fondamentali della persona" e "... ricorda al riguardo l'impellente necessità di realizzare, nell'ambito dei lavori della Convenzione e della successiva CIG, un sostanziale miglioramento dei controlli giudiziari in questi settori per garantire la tutela giurisdizionale e l'uniformità d'interpretazione, soprattutto laddove si tratti dei diritti fondamentali della persona". Da tale indicazione deriva innanzitutto che l'art. 24 TUE opera da vero "volano" mediante il quale realizzare il più ampio impegno internazionale dell'Unione in tutti quei settori nei quali la sua competenza interna sia già affermata. In materia, rilevano gli ormai numerosi accordi relativi a missioni di polizia, EUPM, o di monitoraggio, EUMM, o concernenti c.d. "gestioni di crisi" in particolare nell'area balcanica, coinvolgendo gli stessi Paesi "ospitanti" o altri Stati terzi nelle attività previste dall'accordo (vedi le missioni "Concordia", "Althea" e "Proxima"). Si deve altresì menzionare la recente decisione del Consiglio relativa alla conclusione di un accordo di assistenza e cooperazione tra l'Unione europea e la Corte penale internazionale, anch'essa basata sull'art. 24 TUE. Ciò che maggiormente rileva, però, è che la Corte di giustizia dell'Unione europea dovrebbe rappresentare l'organo giudiziario competente a risolvere questioni interpretative concernenti anche le disposizioni di accordi basati sugli articoli 24 e 38. La formula dubitativa è dovuta alla presenza dell'art. 46 TUE, che esclude dal novero di competenze della Corte l'azione istituzionale nel settore della Politica estera e di sicurezza comune, cui questi accordi vanno in genere ricondotti: dal che deriva la preoccupazione concernente il fatto che, anche là dove questi si occupino, come nel caso degli accordi con gli USA, di diritti fondamentali della persona, il combinato disposto degli articoli 24, 38 e 46 TUE induce a ritenerli comunque sottratti al possibile vaglio della Corte di giustizia (ma anche l'articolo 35 TUE esclude questo tipo di accordi dall'elenco di atti oggetto delle competenze della Corte previste da tale norma). In materia si rinvia all'allegato I delle Conclusioni del Consiglio europeo di Salonicco del giugno 2003, contenente la Relazione della Presidenza al Consiglio europeo sull'azione esterna dell'UE nella lotta contro il terrorismo (comprese PESC/PESD). Si tratta, tra l'altro, di temi che riguardano gli obblighi che incombono sull'Unione e sui suoi membri in vista dell'attuazione di alcune rilevanti risoluzioni delle Nazioni Unite adottate in particolare a seguito dei fatti dell'11 settembre 2001 (secondo l'approccio "multidimensionale" della lotta al terrorismo impostato dal Consiglio europeo di Siviglia del giugno 2002 e dal Consiglio Affari generali e relazioni esterne del dicembre 2002; v. di recente le già citate sentenze del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, *Ahmed Ali Yusuf e Al Barakaat International Foundation e Kadi*).

Fabrizio Marongiu Buonaiuti

Conseguenze della trasformazione della Convenzione di Roma in regolamento comunitario per il sistema italiano di diritto internazionale privato*

SOMMARIO: 1. Il rinvio operato dall'art. 57 della legge italiana di riforma e la sua riferibilità al futuro regolamento. – 2. Conseguenze derivanti da un'estensione al futuro regolamento del rinvio operato dall'art. 57. – 3. Il venir meno della riserva all'art. 10, par. 1, lett. e), relativamente alle conseguenze della nullità del contratto e la conseguente estensione della materia regolata. – 4. I rapporti con le altre convenzioni applicabili in materia e le competenze esterne della Comunità. – 5. Profili di diritto intertemporale.

1. La trasformazione della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali in un regolamento comunitario, ormai formalmente avviata con la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ("Roma I"), presentata dalla Commissione il 15 dicembre 2005¹, appare suscettibile di comportare alcune ricadute sul sistema italiano di diritto internazionale privato, quale trova espressione principalmente nella legge 31 maggio 1995, n. 218.

La prima questione che si pone è se il rinvio, prevalentemente ritenuto di carattere in parte ricettizio², operato dalla legge di riforma alla Convenzione di

* Il presente scritto riproduce una comunicazione svolta alla Giornata di studio "Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa. Il futuro regolamento comunitario 'Roma I' sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali", organizzata dall'Università degli Studi di Ferrara, Facoltà di Giurisprudenza – Sede di Rovigo e tenutasi il 31 marzo 2006 presso la Camera di Commercio di Rovigo.

¹ COM (2005) 650 def.

² Si veda in tal senso la relazione ministeriale esplicativa del disegno di legge di riforma, presentato il 29 aprile 1993 (Senato della Repubblica, XI Legislatura, n. 1192), in appendice a G. GAJA (a cura di), *La riforma del diritto internazionale privato e processuale, Raccolta in ricordo di Edoardo Vitta*, Milano, 1994, p. 401 ss., *sub* art. 2, p. 404. Interpretano la formula "in ogni caso" adoperata dal legislatore in senso estensivo dell'ambito di applicazione delle convenzioni

Roma possa essere ritenuto estensibile al futuro regolamento comunitario, una volta che esso sarà in vigore per il nostro ordinamento come per tutti gli altri Stati membri della Comunità – eccettuata la Danimarca e con riserva di conoscere ancora la posizione del Regno Unito³ – in luogo della convenzione.

Una tale soluzione appare poter trovare giustificazione alla luce dell'esigenza di uniformità nella disciplina internazionalprivatistica della materia, che il legislatore, nel dichiarare "in ogni caso" applicabile ad alcune materie la disciplina recata da determinate convenzioni internazionali, ha inteso perseguire⁴. La stessa esigenza appare imporre infatti che dal momento in cui, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, il futuro regolamento comunitario avrà sostanzialmente preso il posto di preminenza nella disciplina della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali oggi occupato dalla Convenzione di Roma, il rinvio che la legge effettua a quest'ultima debba essere riferito al regolamento e non più alla convenzione, la quale, pur restando formalmente in vigore parallelamente al regolamento, occuperà un posto in definitiva alquanto limitato nell'economia della disciplina internazionalprivatistica della materia⁵. È proprio alla luce del ruolo meramente residuale che la Convenzione di Roma rivestirà nella disciplina della legge applicabile alle obbligazioni contrattuali una volta entrato in vigore il futuro regolamento, che il rinvio operato dall'art. 57 della legge di riforma alla convenzione deve, in assenza di un'opportuna modificazione legislativa, ritenersi destinato a restare inoperante, in quanto non si rivelerebbe più idoneo a per-

richiamate, tra gli altri, A. DAVÌ, *Le questioni generali del diritto internazionale privato nel progetto di riforma*, ivi, p. 45 ss., spec. p. 71 ss.; A. GIARDINA, *Il rinvio alle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, in F. SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997, p. 3 ss., spec. p. 11 ss.; L. FORLATI PICCHIO, *Le obbligazioni contrattuali*, ivi, p. 113 ss., spec. p. 123 ss.; U. VILLANI, *La Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti*, II ed., Bari, 2000, p. 57 ss. Nel senso, invece, di escludere alcun effetto estensivo dell'ambito di applicazione della disciplina convenzionale richiamata al di fuori dei casi – art. 42 con riguardo alla Convenzione dell'Aja del 1961 e art. 59 con riguardo alle convenzioni di Ginevra del 1930 e 1931 – in cui ciò sia espressamente previsto dalla norma richiamante, si veda P. PICONE, *Le convenzioni internazionali nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, in F. SALERNO (a cura di), *op. cit.*, p. 377 ss., spec. p. 397 ss.; D. DAMASCELLI, *Il rinvio "in ogni caso" a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, in *RDI*, 1997, p. 78 ss.

³ Come è noto, in base al protocollo concernente la posizione del Regno Unito e dell'Irlanda allegato al Trattato di Amsterdam, i due Paesi si sono riservati la facoltà di aderire di volta in volta (cd. *opting in*) all'adozione di atti ai sensi del Titolo IV TCE, facoltà che entrambi hanno sinora esercitato con riguardo agli altri atti emanati nel contesto della cooperazione giudiziaria in materia civile. L'Irlanda ha da ultimo dichiarato, con notifica del 17 maggio 2006 al presidente del Consiglio dell'Unione europea, doc. n. 9314/06, di voler partecipare all'adozione ed all'applicazione del futuro regolamento.

⁴ Si veda in questo senso A. DAVÌ, *op. cit.*, p. 75.

⁵ Come si avrà modo di osservare più avanti, la Convenzione di Roma appare destinata a conservare vigore, alla stregua di quanto avvenuto per la Convenzione di Bruxelles del 1968 a seguito dell'entrata in vigore del regolamento n. 44/2001, nei rapporti con la Danimarca, che non partecipa dell'adozione degli atti relativi al Titolo IV TCE, e per quanto concerne i territori d'oltremare di alcuni Stati membri, non soggetti all'applicazione delle norme comunitarie.

seguire il fine di uniformità nella disciplina internazionalprivatistica della materia cui la norma appare ispirata. Ed è proprio in considerazione della lacuna che si verrebbe in tal modo a creare nella disciplina recata dalla legge di riforma che può apparire giustificato ipotizzare che il rinvio operato dall'art. 57 possa estendersi al futuro regolamento in luogo della Convenzione.

Al riguardo, sempre in assenza di un'auspicabile modificazione legislativa che potrebbe interessare, a fini di opportuna chiarificazione, anche l'art. 3, 2° comma, della legge nella parte in cui richiama determinati criteri di competenza giurisdizionale accolti dalla Convenzione di Bruxelles, una tale interpretazione estensiva del richiamo effettuato dall'art. 57 della legge italiana di riforma, nel senso di considerarlo riferibile alla disciplina recata dal futuro regolamento in luogo della convenzione, potrebbe trovare un ostacolo nell'assenza di alcun riferimento all'ipotesi di successive modificazioni della disciplina richiamata, quale invece figura nell'altra norma da ultimo ricordata⁶. La presenza nell'art. 3, 2° comma, della legge di un riferimento alle successive modificazioni in vigore per l'Italia ha consentito, infatti, alla dottrina di ritenere estensibile il richiamo operato dalla norma alle disposizioni corrispondenti – le quali presentano alcune non trascurabili modificazioni – recate ora dal regolamento n. 44/2001, malgrado le obiezioni sollevate da altra parte della dottrina in ordine alla diversa natura giuridica dei due strumenti⁷.

Ciò nondimeno, all'assenza nella formulazione dell'art. 57 della legge di riforma di quel riferimento alle “successive modificazioni” che invece compare nell'art. 3, 2° comma, della stessa legge non appare doversi attribuire un'importanza decisiva. Ciò sia in considerazione del carattere peculiare del rinvio operato dall'art. 3, 2° comma della legge di riforma rispetto alle ipotesi di rinvio a convenzioni internazionali dichiarate “in ogni caso” applicabili dalla legge⁸, sia alla luce del semplice argomento che, se il riferimento alle “successive modificazioni” appare solamente in tale disposizione, ciò è probabilmente da ritenersi

⁶ Sottolinea questa differenza rispetto all'enunciato della norma di cui all'art. 3, 2° comma, della legge L. FORLATI PICCHIO, *op. cit.*, p. 126 ss.

⁷ Si veda in questo senso A. DAVI, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *RDI*, 2002, p. 861 ss., spec. p. 864. In senso contrario, sulla base del rilievo che il regolamento comunitario non potrebbe sostituire in senso proprio una convenzione internazionale, A. BONOMI, *Il regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *RDI*, 2001, p. 307, in nota.

⁸ Si veda, con riguardo al rinvio operato dall'art. 3, 2° comma della legge di riforma a determinati criteri della Convenzione di Bruxelles, per tutti, V. STARACE, *Il richiamo dei criteri di giurisdizione stabiliti dalla convenzione giudiziaria di Bruxelles nella legge di riforma del diritto internazionale privato*, in *RDI*, 1999, p. 5 ss. Il carattere peculiare di tale rinvio e l'impossibilità di porlo sullo stesso piano delle altre ipotesi di rinvio a convenzioni internazionali contemplate dalla legge di riforma è sottolineato, in particolare, da G. GAJA, *Il rinvio alla Convenzione di Bruxelles in tema di giurisdizione*, in F. SALERNO (a cura di), *op. cit.*, p. 21 ss.; P. PICONE, *op. cit.*, p. 381 ss. Sul problema del coordinamento dei criteri di giurisdizione richiamati dalla Convenzione di Bruxelles con gli altri criteri contemplati dalla legge di riforma, F. SALERNO, *Il coordinamento dei criteri di giurisdizione nella legge di riforma*, in *RDI*, 1996, p. 882 ss., spec. p. 885 ss.

dovuto al fatto che, al momento in cui le norme in questione sono state concepite, la Convenzione di Bruxelles del 1968 era la sola delle convenzioni interessate che subiva periodicamente delle modificazioni in occasione delle successive convenzioni di adesione⁹.

La tesi qui sostenuta della estensibilità in via analogica del richiamo operato dall'art. 57 della legge italiana di riforma alle disposizioni recate dal futuro regolamento anche in assenza di un'apposita modifica legislativa delle norma richiamante appare trovare un ulteriore argomento a suo favore nella considerazione delle conseguenze sicuramente indesiderabili sul piano dell'uniformità della disciplina internazionalprivatistica della materia che discenderebbero dall'opposta soluzione, che appare scarsamente plausibile, per cui il richiamo in questione continuerebbe ad intendersi riferito alla Convenzione di Roma anche una volta entrato in vigore il regolamento destinato a sostituirla. In base a tale ricostruzione, infatti, le questioni non ricomprese nell'ambito di applicazione del regolamento, ma rientranti nella categoria delle "obbligazioni contrattuali" ai sensi del nostro ordinamento, resterebbero disciplinate dalla Convenzione di Roma per effetto del rinvio operato dall'art. 57 della legge, sempre che ad esso possa attribuirsi efficacia estensiva dell'ambito di applicazione di quest'ultima¹⁰. Ne deriverebbe il risultato, sicuramente foriero di incertezze applicative, di far coesistere due separate discipline di conflitto per le questioni rientranti nell'ambito di applicazione del regolamento e per quelle, pur limitate, che ne rimangono escluse, con ciò vanificandosi il già indicato obiettivo perseguito dal legislatore. Ciò anche se, formalmente, l'interpretazione che si è da ultimo accennata potrebbe trovare fondamento nel fatto che, così come è avvenuto per la Convenzione di Bruxelles una volta entrato in vigore il regolamento 44/2001¹¹, l'entrata in vigore del regolamento "Roma I" non comporterà l'estinzione della Convenzione di Roma, considerato che essa continuerà ad essere applicabile nei riguardi quan-

⁹ Con particolare riguardo alla convenzione per l'adesione di Danimarca, Irlanda e Regno Unito, conclusa a Lussemburgo il 9 ottobre 1978, *GUCE* L 304, 30 ottobre 1978, p. 1 ss., su cui si veda la relazione redatta dal Prof. Schlosser, *GUCE* C 59, 5 marzo 1979, p. 71 ss., ed alla convenzione per l'adesione della Spagna e del Portogallo, conclusa a Donostia-San Sebastian il 26 maggio 1989, *GUCE* L 285, 3 ottobre 1989, p. 1 ss., con la quale sono state introdotte nella disciplina recata dalla Convenzione di Bruxelles le modificazioni occorrenti al fine di adeguarla alla disciplina adottata con la parallela Convenzione di Lugano del 16 settembre 1988. Si veda al riguardo la relazione de Almeida Cruz, Desantes Real e Jenard, *GUCE* C 189, 28 luglio 1990, p. 35 ss.

¹⁰ Si rimanda, in particolare, alle critiche a tale interpretazione estensiva formulate da P. PICONE, *op. cit.*, p. 399 ss.

¹¹ Si allude al problema dato dalla coesistenza della disciplina recata dal regolamento 44/2001 e di quella, in parte non corrispondente, risultante dalla Convenzione di Bruxelles, la quale continua ad essere applicabile nei riguardi della Danimarca. Il problema dato dalla mancata corrispondenza delle due discipline viene ora ad essere ovviato con la stipulazione di un'apposita convenzione tra la Comunità e la Danimarca, la quale estende a quest'ultima le disposizioni del regolamento n. 44/2001: si veda al riguardo la decisione del Consiglio, del 20 settembre 2005, relativa alla firma a nome della Comunità di tale accordo, *GUUE* L 299, 16 novembre 2005, p. 61. Il testo dell'accordo, firmato a Bruxelles il 19 ottobre 2005, è pubblicato *ivi*, p. 62 ss.

tomeno della Danimarca¹², oltreché dei territori d'oltremare di alcuni Stati membri, che non sono soggetti all'applicazione delle norme comunitarie¹³.

2. Venendo ora brevemente alla questione degli effetti che l'estensione del rinvio ricettizio operato dall'art. 57 della legge di riforma al futuro regolamento potrebbe essere suscettibile di spiegare dal punto di vista del nostro ordinamento sull'ambito di applicazione della disciplina da questo recata, deve rilevarsi che i termini della questione non appaiono mutare in misura troppo significativa rispetto a quanto si è riscontrato con riguardo alla convenzione. Infatti, quanto all'ambito soggettivo di applicazione, la proposta di regolamento mantiene, all'art. 2, lo stesso approccio *erga omnes* che caratterizza la convenzione, prevedendo che la legge designata dal futuro regolamento debba applicarsi anche qualora sia la legge di uno Stato terzo, cosicché non potrà configurarsi alcun effetto estensivo dell'ambito di applicazione della disciplina in esame sotto tale profilo¹⁴.

Quanto all'ambito materiale di applicazione, in relazione al quale la effettiva portata del rinvio operato dall'art. 57 della legge appariva maggiormente controversa in considerazione delle questioni che l'art. 1, par. 2, della convenzione esclude dal suo ambito di applicazione, i termini del dibattito possono dirsi mutare solo in relazione a quelle materie rispetto alle quali si registra una divergenza nell'ambito di applicazione tra la convenzione e il futuro regolamento. Tale discostamento riguarda, a quanto risulta dalla proposta, le questioni attinenti all'aspetto esterno della rappresentanza con riferimento alle persone fisiche, che formavano oggetto dell'esclusione di cui all'art. 1, par. 2, lett. f) della convenzione e che appaiono invece destinate ad essere ricomprese nell'ambito di applicazione del futuro regolamento¹⁵; i contratti di assicurazione relativi a rischi

¹² Si veda al riguardo la relazione esplicativa della proposta della Commissione, *loc. cit.*, p. 4, ove si sottolinea che l'adottando regolamento potrebbe non applicarsi anche nei riguardi dell'Irlanda e del Regno Unito, a meno che tali Stati membri, conformemente al protocollo allegato al Trattato di Amsterdam che li riguarda, non esprimano la propria intenzione di ritenersi vincolati dal regolamento (v. *supra*, nota 3).

¹³ In base all'art. 299 TCE.

¹⁴ Al riguardo, la relazione esplicativa della proposta di regolamento, *loc. cit.*, p. 5, si limita a sottolineare che, parendo ambigua la rubrica dell'art. 2 della Convenzione di Roma, la quale faceva riferimento al "carattere universale" della disciplina da essa recata, è apparso opportuno indicare come oggetto del corrispondente articolo della proposta la "applicazione della legge di un paese terzo".

¹⁵ Formando oggetto della specifica disciplina recata dall'art. 7 della proposta, il quale, come indicato dalla relazione esplicativa, *loc. cit.*, p. 8, riunisce in un'unica disposizione tutte le norme riguardanti i rapporti giuridici scaturenti da un contratto concluso da un intermediario, ivi inclusa la questione di stabilire se l'atto compiuto da un intermediario valga ad obbligare di fronte ai terzi la persona per conto della quale egli ha affermato di agire, che risultava esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzione di Roma ai sensi dell'art. 1, par. 2, lett. f). Rimangono invece esclusi dall'ambito di applicazione del futuro regolamento, ai sensi della nuova formulazione della norma in questione, i profili attinenti ai poteri degli organi delle società e persone giuridiche di impegnare i soggetti in questione, in quanto da considerarsi alla stregua di questioni interne al-

localizzati negli Stati membri, dato che la proposta di regolamento non prevede l'esclusione contemplata dall'art. 1, par. 3, della Convenzione di Roma¹⁶, e le questioni relative alla responsabilità precontrattuale, che, in spirito di coerenza con la soluzione – peraltro discutibile – accolta dalla Corte di giustizia in punto di giurisdizione¹⁷, vengono invece ad esserne escluse¹⁸.

l'organizzazione della società o persona giuridica. Dalla nuova disciplina è comunque suscettibile di derivare una compressione dell'ambito lasciato all'applicazione della disciplina autonoma di cui all'art. 60 delle legge di riforma, salve, come si vedrà più avanti, le ripercussioni del futuro regolamento sull'applicazione delle altre convenzioni internazionali nella materia. Per un quadro della disciplina internazionalprivatistica in materia di rappresentanza negoziale si vedano, per tutti, A. DAVI, *La Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione e alla rappresentanza e il diritto internazionale privato italiano*, in *RDI*, 1995, p. 597 ss.; F. TROMBETTA-PANIGADI, *Rappresentanza volontaria e diritto internazionale privato*, Padova, 2003; S. DE BELLIS, *L'intermediazione in diritto internazionale privato*, Bari, 2005.

¹⁶ Da notare, nondimeno, che la proposta di regolamento, all'art. 22, fa salva l'applicazione degli altri atti comunitari che recano regole di diritto internazionale privato nel campo delle obbligazioni contrattuali, nel cui elenco, riportato nell'allegato I alla proposta, risultano ricomprese le direttive 88/357/CEE, del 22 giugno 1988 (seconda direttiva relativa all'assicurazione "non-vita"), *GUCE* L 172, 4 luglio 1988, p. 1 ss., e 90/619/CEE, dell'8 novembre 1990 (seconda direttiva relativa all'assicurazione "vita"), *GUCE* L 330, 29 novembre 1990, p. 50 ss., e relative successive direttive di modificazione. In ordine alle disposizioni sulla legge applicabile recate da tali direttive, si vedano, tra gli altri, F. POCAR, *Conflitti di leggi e di giurisdizioni in materia di assicurazioni nella Comunità economica europea*, in *RDIPP*, 1987, p. 417 ss.; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Il contratto internazionale di assicurazione*, Padova, 1990; *Id.*, *La legge applicabile al contratto di assicurazione nell'attuazione delle direttive comunitarie*, in *RDIPP*, 1996, p. 19 ss.; P. CELLE, *Le nuove norme di diritto internazionale privato applicabili ai contratti di assicurazioni merci relativi a rischi localizzati nella CEE*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 165 ss.; *Id.*, *I contratti di assicurazione grandi rischi nel diritto internazionale privato*, Padova, 2000; F. SEATZU, *Insurance in private international law. A European perspective*, Oxford, Portland (Oregon), 2003, in particolare, per quanto attiene ai rapporti con la disciplina recata dalla Convenzione di Roma, p. 91 ss.

¹⁷ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 17 settembre 2002, causa C-334/00, *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. HWS (Tacconi)*, *Raccolta*, p. I-7357 ss. Al riguardo, tra i commenti apparsi, P. FRANZINA, *La responsabilità precontrattuale nello spazio giudiziario europeo*, in *RDI*, 2003, p. 714 ss.; P. BERTOLI, *Criteri di giurisdizione e legge applicabile in tema di responsabilità precontrattuale alla luce della sentenza Fonderie Meccaniche Tacconi*, in *RDIPP*, 2003, p. 109 ss. Da notare, peraltro, che l'orientamento restrittivo adottato dalla Corte di giustizia nel caso *Tacconi* è stato in parte temperato dalla successiva sentenza del 20 gennaio 2005, causa C-27/02, *Petra Engler c. Janus Versand GmbH (Engler)*, *Raccolta*, p. I-481 ss., in cui la Corte ha ritenuto applicabile la norma dell'art. 5, n. 1 della Convenzione di Bruxelles anche in relazione all'obbligazione sorgente da una mera promessa unilaterale, una volta che questa fosse accettata dalla controparte, trattandosi nella specie di una promessa di vincita di un premio da parte di una società di vendite per corrispondenza, la cui accettazione non era subordinata – diversamente da quanto avveniva nella fattispecie oggetto della precedente sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-96/00, *Rudolf Gabriel*, *Raccolta*, p. I-6367 ss. – all'invio di un ordine di beni.

¹⁸ La materia della responsabilità precontrattuale appare invece destinata ad essere ricompresa, coerentemente con la peraltro discutibile qualificazione extracontrattuale adottata dalla Corte di giustizia ai fini della giurisdizione nella sentenza *Tacconi*, nel futuro regolamento "Roma II", relativo alle legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali: si veda la relativa proposta originaria del 22 luglio 2003, COM (2003) 427 def., e la successiva proposta modificata, a seguito

L'esclusione della responsabilità precontrattuale dall'ambito di applicazione del futuro regolamento "Roma I" potrebbe effettivamente risolvere la questione se il richiamo "in ogni caso" operato dall'art. 57 della legge di riforma – posto che, come qui si sostiene, esso possa essere riferito al regolamento in luogo della convenzione esistente – operi un'estensione dell'ambito materiale di applicazione della disciplina richiamata a tutte le questioni che secondo l'ordinamento italiano sarebbero qualificabili in termini di "obbligazioni contrattuali", come appare potersi desumere dalla lettera della relazione esplicativa dell'iniziale disegno di legge di riforma¹⁹. In tale caso, infatti, la disciplina recata dal regolamento verrebbe resa applicabile per effetto del rinvio di cui all'art. 57 della legge anche alle questioni attinenti alla responsabilità precontrattuale, ammesso che, come è stato persuasivamente sostenuto, tali questioni siano da qualificarsi ai sensi del nostro ordinamento come aventi natura contrattuale²⁰.

degli emendamenti adottati dal Parlamento europeo nella seduta del 6 luglio 2005 – si veda il documento del Consiglio n. 10812/05 del 13 luglio 2005, fasc. interistituzionale 2003/0168 (COD) –, presentata dalla Commissione in data 21 febbraio 2006, COM (2006) 83 def., in prosieguo proposta "Roma II".

¹⁹ *Loc. cit.*, sub art. 2, nella parte in cui la relazione afferma: "[s]i ha dunque, sotto quest'ultimo profilo – con riferimento alla recezione materiale operata dalle norme che effettuano il detto rinvio 'in ogni caso' alle convenzioni internazionali –, una estensione dell'applicabilità di tali norme a tutta la materia contemplata da ciascuno dei citati articoli del disegno di legge". Si rimanda alla dottrina in precedenza citata a sostegno di questa interpretazione come pure della soluzione opposta che nega tale effetto estensivo sul piano oggettivo.

²⁰ Nel nostro ordinamento, notoriamente, la questione della qualificazione della responsabilità precontrattuale è controversa. Per una ricostruzione dei termini essenziali della problematica, nell'ottica internazionalprivatistica, incline ad ammetterne per ragioni sistematiche la qualificazione in termini contrattuali si veda A. DAVI, *La responsabilità extracontrattuale nel nuovo diritto internazionale privato italiano*, Torino, 1997, p. 91 ss. Da notare che la questione della ricomprensione o meno della responsabilità precontrattuale nell'ambito di applicazione della Convenzione di Roma non si presenta chiaramente delineata. Si vedano, per alcune opinioni favorevoli, alla luce soprattutto dell'esigenza di perseguire un'uniformità nella disciplina internazionalprivatistica della questione, A. L. MALATESTA, *La legge applicabile ai contratti di cooperazione tra imprese secondo la Convenzione di Roma*, in G. SACERDOTI, M. FRIGO (a cura di), *La Convenzione di Roma sul diritto applicabile ai contratti internazionali*, II ed., Milano, 1994, p. 169 ss., spec. p. 172 ss.; C. M. BIANCA, *Art. 1, I*, in C. M. BIANCA, A. GIARDINA (a cura di), *Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma, 19 giugno 1980) – Commentario*, in *Nuove leggi civili commentate*, 1995, p. 901 ss., spec. p. 903 s., ove l'autore rileva che, pur non contenendo la convenzione una disciplina riguardante in termini generali la responsabilità precontrattuale, nondimeno essa reca alcune disposizioni che appaiono indicative nel senso di una tendenziale ricomprensione di tale materia nell'ambito di applicazione della convenzione, come l'art. 8, par. 1, che prevede che l'invalidità del contratto sia valutata in base alla legge che sarebbe ad essa applicabile se il contratto fosse valido, o l'art. 10, par. 1, lett. e) – peraltro, come si vedrà più avanti, oggetto di riserva da parte dell'Italia –, che prevede che la legge applicabile al contratto regoli anche le conseguenze della sua nullità. La questione è discussa, sotto lo specifico profilo della coerenza tra l'approccio da adottare nella proposta "Roma I" in rapporto alla disciplina recata dal regolamento n. 44/2001, da M. PERTEGÁS, *The notion of contractual obligation in Brussels I and Rome I*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETSMA (eds.), *Enforcement of international contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I*, Antwerp/Oxford/New York, 2004, p. 175 ss., spec. p. 186 s., la quale ammette che la soluzione

In realtà, per quanto specificamente riguarda la responsabilità precontrattuale, il problema dell'individuazione della legge ad essa applicabile appare suscettibile di porsi unicamente nell'ipotesi in cui l'entrata in vigore del regolamento "Roma I" debba precedere quella del parallelo regolamento "Roma II", relativo alla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali – eventualità peraltro improbabile dato il più avanzato stato di elaborazione di quest'ultimo testo – nel quale, per una coerente, anche se nel merito discutibile, scelta del legislatore comunitario, la responsabilità precontrattuale è destinata ad essere ricompresa²¹. E ciò anche se con riguardo alla materia delle obbligazioni extracontrattuali la legge di riforma reca autonome disposizioni di conflitto, data, notoriamente, l'assenza di uno strumento convenzionale di portata corrispondente alla Convenzione di Roma per la materia extracontrattuale. Infatti, il futuro regolamento "Roma II" adotta, quanto al suo ambito di applicazione soggettivo, lo stesso approccio *erga omnes* che caratterizza la Convenzione di Roma e il futuro regolamento "Roma I", cosicché tutte le questioni rientranti nell'ambito di applicazione materiale del futuro regolamento saranno soggette ad esso, e le norme comuni di diritto internazionale privato troveranno applicazione unicamente con riguardo alle materie escluse²². In ultima analisi, per effetto della contestuale esclusione dall'ambito di applicazione del regolamento "Roma I" delle questioni attinenti alla responsabilità precontrattuale e della ricomprensione di tali questioni nell'ambito di applicazione del regolamento "Roma II", si opererà un trasferimento forzato, specie dal punto di vista di quegli Stati membri che apparivano maggiormente orientati verso una qualificazione di tali questioni in termini contrattuali, delle questioni attinenti alla responsabilità precontrattuale nell'ambito della responsabilità extracontrattuale. Agli Stati membri resta infatti precluso, per via del carattere *erga omnes* dei due regolamenti, di applicare una

adottata dalla Corte di giustizia nella sentenza relativa al caso *Tacconi*, sopra ricordata, per quanto apprezzabile come tentativo di apportare chiarezza su di una questione alquanto controversa, non deve tuttavia essere considerata alla stregua di un'esclusione categorica di tutte le obbligazioni di carattere precontrattuale dalla sfera delle obbligazioni contrattuali.

²¹ La relazione esplicativa dell'originaria proposta "Roma II", del 22 luglio 2003, cit., p. 8 s., precisa che, conformemente all'approccio adottato dalla Corte di giustizia con riguardo all'interpretazione dei criteri di competenza giurisdizionale speciali, di cui agli articoli 5, n. 1 e 5, n. 3 della Convenzione di Bruxelles ed ora del regolamento n. 44/2001, la materia della responsabilità extracontrattuale presenta carattere residuale rispetto alla responsabilità contrattuale, con la conseguenza che dovranno ritenersi rientrare nell'ambito di applicazione del futuro regolamento "Roma II" tutte quelle questioni di responsabilità che rimarranno escluse dal futuro regolamento "Roma I". Tale interpretazione appare confermata dalla proposta modificata, del 21 febbraio 2006, al quinto considerando, in cui si afferma che il campo d'applicazione nonché le disposizioni del futuro regolamento dovranno essere interpretati in maniera da risultare coerenti con il regolamento n. 44/2001, con la Convenzione di Roma del 1980 "e con lo strumento comunitario che la sostituirà".

²² Si veda in questo senso chiaramente l'art. 2 della proposta di regolamento, che in sede di proposta modificata, presentata il 21 febbraio 2006, cit., utilizza la nuova rubrica, corrispondente a quella adottata riguardo all'art. 2 della proposta "Roma I", "applicazione della legge di un paese terzo".

diversa disciplina di conflitto nei casi che presentino collegamenti con Stati terzi. Ciò, del resto, corrisponde a quanto avviene per effetto dell'inclusione nel futuro regolamento "Roma I" delle questioni attinenti alla rappresentanza negoziale, ovvero, anche se in misura minore – data la presenza di un'autonoma disciplina di conflitto²³ – ai contratti di assicurazione, che attualmente esulano dall'ambito di applicazione della Convenzione di Roma. Tali questioni, dal momento dell'entrata in vigore del regolamento, saranno infatti soggette alla disciplina recata da questo, la quale si applicherà in luogo delle autonome norme di conflitto degli Stati membri – salvo quanto si dirà con riguardo alle convenzioni internazionali cui questi siano parte – anche in relazione a fattispecie collegate con Stati terzi²⁴.

3. Lo stesso effetto di estensione dell'ambito oggettivo di applicazione della disciplina comunitaria e di conseguente riduzione dello spazio lasciato alle norme di conflitto proprie dei singoli sistemi nazionali di diritto internazionale privato appare derivare dal venir meno, insito nella natura stessa del regolamento in quanto obbligatorio in ogni sua parte e direttamente applicabile in ciascuno

²³ Si rimanda ai riferimenti in precedenza compiuti alla autonoma disciplina di conflitto in materia di contratti di assicurazione recata in particolare dalle c.d. seconde direttive sull'assicurazione "vita" e "non-vita", la cui applicazione è fatta salva ai sensi dell'art. 22 della proposta "Roma I".

²⁴ Tale conseguenza appare necessariamente insita nell'approccio *erga omnes* adottato dal legislatore comunitario, il quale trova giustificazione, come espressamente indicato nella relazione esplicativa dell'iniziale proposta di regolamento "Roma II", del 22 luglio 2003, cit., p. 10 s., nella necessità di garantire la parità di trattamento quanto alla legge applicabile tra situazioni puramente "intracomunitarie" ed "extracomunitarie", avuto riguardo al fatto che le une come le altre possono essere sottoposte ai giudici degli Stati membri della Comunità. Osserva in particolare la relazione che, ove si mantenessero norme di conflitto differenti all'interno degli Stati membri con riguardo a controversie che presentino collegamenti con Stati terzi, ciò sarebbe suscettibile di determinare un effetto distorsivo della concorrenza, incoraggiando tecniche di *forum shopping* che la stessa adozione di norme di conflitto comuni mira ad evitare. Oltre a ciò, la stessa distinzione tra controversie "intracomunitarie" ed "extracomunitarie" appare sempre più difficile da tracciare, cosicché il mantenimento di due regimi distinti, oltre a vanificare la finalità di uniformità nella disciplina internazionalprivatistica, si tradurrebbe in un inopportuno fattore di complicazione per gli operatori e gli interpreti. A questo riguardo si possono richiamare le considerazioni formulate in un parere del Servizio giuridico del Consiglio del 2 marzo 2004, doc. n. 7015/04, relativamente alla base giuridica della proposta di regolamento "Roma II", sopra richiamata, spec. p. 8 s., in cui si osserva che il requisito della rilevanza delle misure da adottare per il corretto funzionamento del mercato interno osterebbe unicamente ad un'applicazione del regolamento a fattispecie puramente esterne alla Comunità, non impedendo per il resto l'adozione di regole di conflitto che possano portare anche all'applicazione della legge di un Paese terzo. Tale impostazione trova consensi anche in dottrina: si vedano, tra gli altri, C. KOHLER, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 65 ss., spec. p. 91 ss.; K. KREUZER, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni extracontrattuali ("Roma II")*, ivi, p. 421 ss., spec. p. 426 s. Esamina specificamente la questione, in relazione al presupposto della rilevanza delle misure da adottare per il buon funzionamento del mercato interno, di cui all'art. 65 TCE, M. FALLON, *Approche systémique de l'applicabilité dans l'espace de Bruxelles I et de Rome I*, in J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETSMANS (eds.), *op. cit.*, p. 127 ss., spec. p. 131 ss.

degli Stati membri²⁵, della facoltà di escludere l'applicazione di alcune sue disposizioni²⁶. L'Italia si è notoriamente avvalsa di tale facoltà con riguardo all'art. 10, par. 1, lett. e), relativo all'applicazione della legge regolatrice del contratto alle conseguenze derivanti dalla nullità di questo, intendendo mantenere un'autonoma disciplina di conflitto con riguardo a tale questione, di cui era stata ritenuta da parte della dottrina la natura extracontrattuale²⁷.

A seguito dell'adozione del regolamento, le conseguenze della nullità del contratto saranno necessariamente sottoposte alla *lex contractus*, divenendo irrilevante l'eventuale differente qualificazione che esse possano ricevere nei singoli ordinamenti degli Stati membri²⁸.

4. La medesima tendenza verso un'estensione sempre maggiore dell'ambito di applicazione della disciplina uniforme di diritto internazionale privato adottata dalla Comunità può intravedersi nella nuova disciplina dei rapporti con le altre convenzioni internazionali che recano regole di conflitto in materia contrattuale, di cui all'art. 23 della proposta di regolamento. Tale norma si presenta sensibilmente più restrittiva dell'art. 21 della Convenzione di Roma, il quale, come è noto, fa salva l'applicazione delle altre convenzioni internazionali di cui uno o più Stati contraenti siano o divengano parti. Di tale apertura della disciplina recata dalla Convenzione di Roma nei riguardi delle altre convenzioni applicabili in materia era stato, tra l'altro, tenuto conto anche dal legislatore italiano, il quale, nel dichiarare "in ogni caso" applicabile la convenzione nell'art. 57 della legge di riforma, ha precisato che tale applicazione tendenzialmente generalizzata di questa non debba pregiudicare l'applicazione delle altre convenzioni internazionali, in quanto applicabili, evidentemente, *proprio vigore*. Nell'ipotesi in cui, come qui sostenuto, il richiamo operato dall'art. 57 della legge di riforma debba estendersi al futuro regolamento, la nuova disciplina da questo recata in materia di rapporti con altre convenzioni appare destinata inevitabilmente a restringere la portata concreta della previsione recata dall'ultima parte dell'art. 57 della nostra legge.

²⁵ Come chiaramente enunciato dall'art. 249 TCE.

²⁶ Si veda in questo senso chiaramente la relazione esplicativa della proposta di regolamento, del 15 dicembre 2005, cit., p. 4, la quale annovera espressamente tra gli adattamenti della disciplina derivanti dalla mutata natura dello strumento il venir meno della possibilità di apporre riserve (contemplata dall'art. 22 della convenzione), così come di adottare nuove norme di conflitto dopo apposita notifica (ai sensi dell'art. 23 della convenzione), ed infine il superamento della durata limitata della convenzione (stabilita dall'art. 30 di questa).

²⁷ Si vedano al riguardo R. BARATTA, *Art. 22*, in C. M. BIANCA, A. GIARDINA (a cura di), *op. cit.*, p. 901 ss.; Id., *Conseguenze internazionalprivatistiche delle riserve apposte dall'Italia alle convenzioni applicabili "in ogni caso" nella legge di riforma*, in F. SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali*, cit., p. 351 ss., spec. p. 358 ss.; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 11 s. e, per quanto attiene specificamente alla legge applicabile alle conseguenze della nullità del contratto, p. 189 s.

²⁸ Si possono richiamare in proposito le considerazioni già svolte in conclusione del par. 1 con riferimento alle conseguenze dell'approccio *erga omnes* adottato dal legislatore comunitario, ed all'inopportunità di mantenere un regime distinto per le fattispecie che presentino collegamenti con Stati terzi.

Infatti, deve innanzitutto essere sottolineato che la nuova norma, fin dalla sua stessa rubrica – che si riferisce ai “rapporti con convenzioni internazionali in vigore” – prende in considerazione unicamente le convenzioni internazionali già in vigore, o, comunque, già stipulate dagli Stati membri, dovendo ritenersi in linea di principio preclusa la possibilità per questi ultimi di concludere nuovi accordi nella materia disciplinata dal regolamento. Ciò in quanto l’adozione di questo determina l’insorgere di una competenza esclusiva della Comunità a concludere accordi nella materia oggetto del regolamento stesso, in base a quanto recentemente affermato dalla Corte di giustizia, sulla scorta della giurisprudenza *AETS*²⁹, nel parere 1/03 relativo alla conclusione di una nuova Convenzione di Lugano³⁰.

Inoltre, anche con riguardo alle convenzioni già in vigore o già stipulate autonomamente dagli Stati membri, il regime di piena apertura adottato dalla Convenzione di Roma viene ad essere sensibilmente ridimensionato. Infatti,

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia, 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio*, “Accordo europeo trasporti su strada”, *Raccolta*, p. 263 ss.

³⁰ Parere della Corte del 7 febbraio 2006, proc. 1/03, sulla competenza della Comunità a concludere la nuova Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (reperibile *on line* sul sito Internet: www.curia.eu.int). Nel senso che dal momento dell’adozione di un regolamento la competenza comunitaria a concludere accordi nella materia considerata presenti carattere esclusivo si può leggere anche il parere del Servizio giuridico del Consiglio del 2 marzo 2004, relativo alla proposta “Roma II”, spec. p. 9 s. Nondimeno, in un recente parere del 22 marzo 2006, doc. 7645/06, relativo ai rapporti tra la stessa proposta “Roma II” e le convenzioni internazionali esistenti, il Servizio giuridico del Consiglio si è espresso favorevolmente all’ipotesi della conclusione di accordi con Stati terzi da parte degli Stati membri, nella misura in cui ciò sia previsto dal legislatore comunitario e gli Stati membri agiscano in consultazione con le istituzioni della Comunità, purché tali accordi siano limitati a quanto è strettamente necessario al buon funzionamento della disciplina introdotta con il regolamento comunitario. Al riguardo, il Comitato sulle questioni di diritto civile ha proposto un nuovo par. 3 da aggiungere all’art. 25 della proposta “Roma II”, nel quale si prevede tale possibilità. La formulazione proposta, tuttavia, non è stata ritenuta compatibile dal Servizio giuridico del Consiglio con un corretto rapporto interistituzionale e non è stata quindi ricompresa dalla Commissione nella proposta modificata presentata il 21 febbraio 2006, cit. Da ultimo, in sede di discussione in seno al Comitato sulle questioni diritto civile, il 27-28 marzo 2006 è stata presentata da parte della delegazione tedesca una nuova formulazione della integrazione proposta, la quale assoggetterebbe comunque la conclusione di tali accordi all’approvazione preventiva della Commissione, la quale potrà rifiutarla se le regole di diritto internazionale privato contenute nel proposto accordo differiscano dalla disciplina risultante dal regolamento facendo insorgere il rischio di pregiudicare l’uniformità perseguita con l’adozione del regolamento. Si vedano, in generale, con riguardo alla problematica relativa alle competenze esterne della Comunità nelle materie rientranti nel Titolo IV TCE (articoli 61 ss.), S. BERTINI, *La politica europea in materia di immigrazione, asilo e libera circolazione delle persone. I rapporti con i paesi terzi*, in G. BONVICINI, G. L. TOSATO (a cura di), *Le relazioni internazionali dell’Unione europea dopo i trattati di Amsterdam e Nizza*, Torino, 2003, p. 183 ss., spec. p. 213 ss.; più specificamente A. BORRÁS, *Diritto internazionale privato comunitario e rapporti con Stati terzi*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato*, cit., p. 449 ss.; ID., *The frontiers and the institutional constitutional question*, in A. NUYTS, N. WATTÉ (eds.), *International civil litigation in Europe and relations with third States*, Bruxelles, 2005, p. 27 ss.

innanzitutto, il par. 1 della nuova norma limita la prevalenza alle convenzioni multilaterali che disciplinino, con riguardo a materie particolari, la legge applicabile in materia di obbligazioni contrattuali, di cui gli Stati membri siano parti. Gli Stati membri dovranno comunicare alla Commissione l'elenco di tali convenzioni, così come le eventuali denunce che abbiano luogo successivamente a tale comunicazione³¹. Tale previsione, se da una parte può apparire condivisibile in quanto persegue un opportuno fine di trasparenza, volto ad evitare il rischio, presente specialmente nelle relazioni commerciali internazionali di una qualche complessità, di potenziale applicazione "a sorpresa" di norme contenute in convenzioni relative a materie particolari scarsamente conosciute dagli operatori meno specializzati, dall'altra suscita il dubbio se la eventuale mancata inclusione in tale elenco di una Convenzione di cui uno Stato membro sia parte nella materia considerata debba determinare l'inapplicabilità nei riguardi di essa del regime di prevalenza previsto dalla norma³².

³¹ Il regolamento è invece destinato a prevalere, ai sensi del par. 3 della norma, sulle convenzioni bilaterali concluse tra Stati membri nella misura in cui contengano regole riguardanti materie disciplinate dal futuro regolamento. In questo, la proposta "Roma I" si differenzia dalla proposta modificata "Roma II", del 21 febbraio 2006, che estende la prevalenza del regolamento anche rispetto alle convenzioni bilaterali stipulate con Stati terzi, imponendo quindi agli Stati membri l'obbligo di eliminare le incompatibilità riscontrate, secondo quanto disposto dall'art. 307, par. 2, TCE. Si veda a questo riguardo il parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 marzo 2006, cit., p. 6. Per quanto concerne le convenzioni concluse tra Stati membri, il Servizio giuridico del Consiglio, ivi, p. 7, non appare escludere del tutto la possibilità di coesistenza di tali accordi con il regolamento. Da ultimo, il testo della proposta "Roma II" quale approvato dal Consiglio Giustizia e affari interni (GAI) il 22-28 aprile 2006 (doc. 8498/06 del 2 maggio 2006) reca all'art. 25 un nuovo par. 2, in cui si prevede che il futuro regolamento prevalga sulle convenzioni bilaterali o multilaterali tra Stati membri, nella misura in cui riguardino materie disciplinate esclusivamente dal regolamento.

³² La relazione esplicativa della proposta "Roma I", p. 9, indica come mero fine della previsione della pubblicazione delle convenzioni internazionali di cui gli Stati membri sono parti quello di migliorare la trasparenza del regime giuridico in vigore. La stessa indicazione si desume dal considerando n. 16 del preambolo della proposta, il quale è per di più formulato al condizionale, apparendo quindi attribuire una valenza meramente informativa alla pubblicazione nell'elenco allegato al regolamento, alla luce della quale non appare giustificato desumere conseguenze rilevanti dall'eventuale omessa menzione di una o più convenzioni nell'elenco in questione, come pure dall'eventuale omessa comunicazione dell'intervenuta denuncia di una convenzione inclusa nell'elenco da parte di uno o più Stati membri, potendosi al riguardo configurare al più un inadempimento da parte degli Stati membri interessati dell'obbligo di comunicazione imposto dal regolamento. Si può fare riferimento, con riguardo all'analoga questione posta dall'art. 25, par. 1, della proposta modificata di regolamento "Roma II", del 21 febbraio 2006, che fa salva l'applicazione delle convenzioni multilaterali relative a materie particolari di cui sia stata data notificazione alla Commissione, al parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 marzo 2006, cit., p. 4, ove si afferma che non appare potersi far discendere dall'eventuale mancata notificazione di una convenzione esistente la sua inapplicabilità, in quanto ciò comporterebbe violazione del principio *pacta sunt servanda* che trova affermazione anche nell'art. 307 TCE. Da notare che nel nuovo testo dell'art. 25 della proposta "Roma II", quale approvato dal Consiglio Giustizia e affari interni il 22-28 aprile 2006, cit., la previsione dell'obbligo di comunicazione alla Commissione appare venuta meno.

Quanto, poi, alla portata concreta della disciplina introdotta dalla norma, la prevalenza accordata alle altre convenzioni internazionali subisce una rilevante eccezione, sebbene con riguardo unicamente a due convenzioni di pur sensibile rilevanza, quali la Convenzione dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile ai contratti di vendita internazionale di beni mobili³³ e la successiva convenzione, sempre dell'Aja, del 1978 sulla legge applicabile ai contratti di intermediazione ed alla rappresentanza³⁴, nell'ipotesi in cui si sia in presenza di una situazione di conflitto meramente "intracomunitaria", vale a dire, nell'ipotesi in cui tutti gli elementi rilevanti ai fini dell'operatività della disciplina di conflitto prevista dal futuro regolamento siano situati in uno o più Stati membri. Tale previsione trova giustificazione, in base al considerando n. 16 del preambolo della proposta ed alla relazione esplicativa di questa, alla luce dell'esigenza di garantire una piena uniformità di disciplina, sul piano della legge applicabile, delle fattispecie che si presentino puramente interne alla Comunità, potendo tale obiettivo essere vanificato dalla eventuale sottoposizione di una data fattispecie a leggi diverse, a seconda che il Paese membro nel quale sia introdotta la domanda giudiziale sia parte o meno della data convenzione internazionale eventualmente applicabile. Questa motivazione, pur sorretta dall'apprezzabile esigenza di realizzare una piena uniformità di soluzioni sul piano della legge applicabile tra gli Stati membri della Comunità, si rivela tuttavia indicativa di una tendenza già manifestatasi in precedenti interventi della Comunità nell'ambito del diritto internazionale privato, nel senso di introdurre un trattamento differenziato tra situazioni puramente interne alla Comunità e situazioni presentanti collegamenti con Stati terzi. Tale tendenza non pare peraltro in linea con l'approccio *erga omnes* adottato nella proposta, per effetto del quale le leggi degli Stati membri e quelle degli Stati terzi vengono poste tendenzialmente su di uno stesso piano³⁵.

³³ Osserva al riguardo P. MANKOWSKI, *Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung*, in *IPRax*, 2006, p. 101 ss., a p. 113, che accanto a questa convenzione avrebbe potuto opportunamente essere menzionata anche la successiva Convenzione del 1986 relativa alla stessa materia, la quale, peraltro, non è mai entrata in vigore. Con riguardo ai problemi di coordinamento posti dalla disciplina della legge applicabile ai contratti di vendita internazionale, si vedano, per tutti, N. BOSCHIERO, *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990; A. LANCIOTTI, *Norme uniformi di conflitto e materiali nella disciplina convenzionale della compravendita*, Napoli, 1992.

³⁴ Si veda con riguardo alla disciplina di conflitto recata da tale convenzione, per tutti, A. DAVI, *La Convenzione dell'Aja*, cit.

³⁵ Si intende fare riferimento alla inclusione in strumenti comunitari di carattere settoriale di cd. clausole mercato interno, di cui un esempio particolare è offerto dalla direttiva 2000/31/CE, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione *GUCE* L 178, 17 luglio 2000, p. 1 ss. (direttiva sul commercio elettronico), il cui art. 3 impone agli Stati membri l'obbligo di garantire che i prestatori di servizi della società dell'informazione stabiliti nel proprio territorio rispettino le disposizioni nazionali vigenti nel proprio Stato, nell'ambito regolamentato dalla direttiva, e al tempo stesso, il divieto di limitare la libera circolazione dei servizi rientranti in tale ambito che provengano da un altro Stato membro. Ne deriva, sostanzialmente, un regime di libera circolazione, basato sul rispetto della disciplina dello Stato d'origine, del quale possono beneficiare esclusivamente gli operatori stabiliti negli Stati membri. Si vedano, al riguardo, M.

5. Un ultimo accenno merita la questione del regime di diritto intertemporale relativo alla successione del futuro regolamento comunitario alla Convenzione di Roma, specialmente nella prospettiva, che si è ritenuto di poter adottare, di un'estensione al futuro regolamento del richiamo operato dall'art. 57 della legge di riforma. A questo proposito, la regola recata dall'art. 17 della convenzione, secondo cui essa si applica ai contratti conclusi successivamente alla sua entrata in vigore³⁶, si presenta riprodotta dalla proposta di regolamento all'art. 24. La proposta, tuttavia, aggiunge una disposizione – ispirata ad una logica simile a quella propria della disciplina di diritto intertemporale recata dall'art. 66, par. 2, del regolamento n. 44/2001³⁷ – per cui la disciplina recata dal futuro regolamen-

FALLON, J. MEEUSEN, *Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé*, in *Rev. cr. DIP*, 2002, p. 435 ss., spec. p. 472 ss.; per un'analisi del fenomeno nelle sue linee generali, tra i contributi più recenti, K. KREUZER, *Zu Stand und Perspektiven des Europäischen Internationalen Privatrechts – Wie europäisch soll das Europäische Internationale Privatrecht sein?*, in *RebelsZ*, 2006, p. 1 ss., spec. p. 40 ss.; H. MUIR WATT, *Integration and diversity: the conflict of laws as a regulatory tool*, in F. CAFAGGI (ed.), *The institutional framework of European private law, Collected Courses of the Academy of European Law*, XV, Book 2, Oxford, 2006, p. 107 ss., spec. p. 110 ss.; T. BALLARINO, L. MARI, *Uniformità e riconoscimento. Vecchi problemi e nuove tendenze della cooperazione giudiziaria nella Comunità europea*, in *RDI*, 2006, p. 7 ss.; con specifico riguardo alla proposta di direttiva relativa alla libera circolazione dei servizi nel mercato interno, rispetto alla quale il Parlamento europeo ha adottato in prima lettura numerosi emendamenti che comportano un sensibile ridimensionamento della rilevanza attribuita al principio dello Stato d'origine; si veda al riguardo il documento del Consiglio del 1° marzo 2006, n. 6275/06, fasc. interistituzionale 2004/0001 (COD), O. DE SCHUTTER, S. FRANCO, *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie*, in *CDE*, 2005, p. 603 ss.

³⁶ Con riguardo all'ambito di applicazione *ratione temporis* della Convenzione di Roma si veda U. VILLANI, *op. cit.*, p. 61 ss., il quale osserva che la previsione di un autonomo criterio di diritto intertemporale da parte della convenzione non impedisce agli Stati contraenti di darvi applicazione anticipatamente, sia mediante recepimento nella legislazione nazionale, sia in via giurisprudenziale a titolo di *ratio scripta*. Tale questione si era notoriamente posta con riguardo agli effetti del rinvio “in ogni caso” operato dall'art. 57 della legge di riforma, per effetto del quale la convenzione avrebbe potuto applicarsi anche ai contratti conclusi anteriormente alla sua entrata in vigore: si veda in questo senso L. FORLATI PICCHIO, *op. cit.*, p. 122 ss., la quale osserva nondimeno che l'eventuale effetto estensivo dell'ambito di applicazione temporale della disciplina convenzionale richiamata non possa andare al di là di quanto previsto dall'art. 72 della legge, escludendosi, quindi, che la Convenzione di Roma possa trovare applicazione con riguardo alle obbligazioni contrattuali sorte prima della sua entrata in vigore e completamente esauritesi prima dell'entrata in vigore della legge italiana di riforma; sostiene invece che quanto all'ambito di applicazione temporale si debbano preservare i limiti fissati da ciascuna convenzione, conformemente al principio generale affermato dall'art. 2, 2° comma, della legge di riforma, A. GIARDINA, *op. cit.*, p. 13 ss., spec. p. 19 s.

³⁷ Tale disposizione prevede che le sentenze emanate anteriormente all'entrata in vigore del regolamento saranno riconosciute e rese esecutive in base al regolamento stesso, purché la domanda fosse stata proposta nello Stato membro d'origine posteriormente all'entrata in vigore in entrambi gli Stati membri della Convenzione di Bruxelles o della Convenzione di Lugano, ovvero il giudice *a quo* avesse fondato la propria competenza giurisdizionale sulla base di norme conformi a quelle recate dal regolamento ovvero da una convenzione in vigore tra gli Stati interessati al momento della proposizione della domanda. Chiaramente, nel caso del regolamento n. 44/2001, tale solu-

to troverà ugualmente applicazione in relazione ai contratti conclusi precedentemente alla sua entrata in vigore, quando le sue norme portino all'applicazione della stessa legge che sarebbe stata applicabile in base alle norme della convenzione.

Al riguardo, pur dovendo tale regola chiaramente applicarsi al fine di determinare l'applicabilità del regolamento *proprio vigore*, è discutibile se lo stesso effetto di applicazione anticipata della disciplina recata dal regolamento debba prodursi nelle ipotesi in cui esso si applichi per effetto del richiamo di cui all'art. 57 della legge italiana. Infatti, considerato che il richiamo in questione rimane pur sempre diretto alla Convenzione di Roma in quanto tale, potrebbe non sembrare ammissibile un'interpretazione volta a sostituire il regolamento alla convenzione prima ancora che questo ne prenda il posto, almeno dal punto di vista dell'ordinamento italiano e degli altri Stati membri soggetti alla sua applicazione. Ciò nondimeno, appare doversi ritenere che le stesse esigenze di uniformità di disciplina internazionalprivatistica che hanno ispirato la soluzione di dichiarare applicabile "in ogni caso" la convenzione, così come giustificano un'estensione del richiamo alla disciplina recata dal futuro regolamento, ugualmente possano giustificare una generalizzazione della soluzione da questo recata in punto di diritto intertemporale³⁸.

zione è ispirata all'ulteriore finalità del *favor recognitionis*, considerata l'ulteriore semplificazione apportata dal regolamento alla procedura volta all'emanazione della pronuncia di esecutività: si veda in tal senso S. M. CARBONE, *Il nuovo spazio giudiziario europeo. Dalla Convenzione di Bruxelles al regolamento CE n. 44/2001*, IV ed., Torino, 2002, p. 20; F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, II ed., Padova, 2003, p. 58 s.

³⁸ Quest'ultima interpretazione, che ci appare in definitiva più persuasiva, trova sostegno *mutatis mutandis* anche in quanto osservato da parte della dottrina nel senso che, sulla base anche delle indicazioni di ordine generale di cui all'art. 2, 2° comma, della legge di riforma, le convenzioni internazionali dovranno essere applicate rispettando i loro propri criteri di interpretazione e di applicazione. Si veda in questo senso, tra gli altri, con riferimento al profilo ora in esame, A. GIARDINA, *op. cit.*, p. 20; nel senso che lo stesso principio debba ispirare anche la soluzione delle altre questioni generali poste dall'applicazione del diritto richiamato dalla singola convenzione internazionale che formi oggetto di rinvio ricettizio ad opera del legislatore nazionale, A. DAVI, *Le questioni generali*, cit., p. 76 ss. Si veda in senso contrario, per cui nella misura in cui le convenzioni richiamate non si applichino per forza propria ma in virtù del rinvio ricettizio operato dal legislatore italiano, le questioni generali poste dall'applicazione delle regole di conflitto recate dalla data Convenzione debbano essere risolte secondo le norme della legge italiana, S. BARIATTI, *Le norme generali della legge n. 218 e le convenzioni internazionali applicabili "in ogni caso"*, in F. SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali*, cit., p. 369 ss. Nel senso che per quanto attiene all'ambito di applicazione temporale delle convenzioni richiamate sia inevitabile doversi rifare alle soluzioni indicate dalle convenzioni stesse, non ammettendosi alcun effetto estensivo al riguardo, si veda anche P. PICONE, *Le convenzioni internazionali*, cit., p. 402 ss.



Note e Commenti

Alessandra Mignolli

La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La sentenza sulla protezione dell’ambiente attraverso il diritto penale: i fatti. – 3. L’applicazione *cross-pillar* dei criteri di scelta della base giuridica degli atti. – 4. La Comunità europea e il diritto penale. – 5. Una nuova sentenza sui poteri impliciti? – 6. Osservazioni conclusive sulla portata del sindacato di legittimità della Corte di giustizia.

1. Con la sentenza che mi accingo a commentare¹ – che è stata definita “di importanza costituzionale”² – la Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi su un conflitto di competenze tra primo e terzo pilastro, dopo la celebre sentenza del 1998 sui visti di transito aeroportuali³. Già in quell’occasione, la Corte aveva fatto comprendere che la sua prima preoccupazione di fronte alla struttura dell’Unione quale era scaturita dal Trattato di Maastricht era quella di proteggere il territorio del diritto comunitario da possibili invasioni di competenza provenienti dai pilastri intergovernativi. La pronuncia oggetto di questa nota non fa che confermare tale orientamento della Corte e si potrebbe anzi dire che essa non si limita più a presidiare il territorio comunitario, ma effettua anche qualche sortita in attacco.

Quello che vorrei fin da ora evidenziare, e che sarà oggetto più ampiamente delle pagine che seguono, è proprio l’impressione che la Corte voglia con la sua giurisprudenza di portata costituzionale tornare ad assumere quel ruolo di punta nel processo di integrazione europea che essa aveva rivestito lungo tutto l’arco dei primi 20 anni di vita delle Comunità.

All’epoca essa, con alcune fondamentali sentenze che apparvero allora rivoluzionarie, riuscì nella difficile impresa di plasmare l’ordinamento giuridico comunitario. Non a caso, tale opera creatrice ebbe i suoi momenti più alti proprio in corrispondenza di una fase di crisi dell’integrazione, quando gli Stati membri,

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, p. I-7879.

² S. WHITE, *Harmonisation of Criminal Law under the First Pillar*, in *ELR*, 2006, p. 81.

³ Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-170/96, *Commissione c. Consiglio, Raccolta*, p. I-2763.

afflitti dalla congiuntura negativa dell'economia mondiale, ponevano in dubbio la stessa sopravvivenza delle Comunità⁴. Oggi, in una fase forse altrettanto delicata del processo di integrazione, quando il Trattato costituzionale è in bilico, bocciato dal voto negativo di due Paesi fondatori, quando l'Europa soffre a causa dei costi e delle disomogeneità portati dall'allargamento, la Corte di giustizia torna ad avvertire quella responsabilità e sviluppa una giurisprudenza che ha come filo conduttore quello di unificare l'ordinamento europeo, interpretandolo in modo quanto più possibile unitario. Tale approccio comporta l'applicazione agli atti del terzo pilastro dei criteri interpretativi consolidati nel pilastro comunitario e l'estensione della portata del diritto comunitario, fino a spostarne in avanti i confini, per dimostrare che non è facile tracciare confini netti tra settori e categorie di competenze, e forse neppure opportuno.

Se la sentenza del 1998 sui visti di transito aeroportuale era innovativa sotto il profilo della ricevibilità, in quanto in quel caso la Corte aveva fatto un uso che a qualcuno è parso spregiudicato del combinato disposto degli articoli L e M del Trattato di Maastricht per dichiararsi competente a conoscere di un ricorso per annullamento di un atto del terzo pilastro, la sentenza che qui commentiamo assume rilievo invece sotto il profilo del merito e dei principi che la Corte ha applicato nella definizione dei rapporti tra i pilastri dell'Unione. Infatti, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la Corte dispone ormai di sindacato giurisdizionale relativamente agli atti del terzo pilastro, alle condizioni ed entro i limiti stabiliti dall'art. 35 TUE⁵.

2. La sentenza del 13 settembre 2005, *Commissione c. Consiglio*, è stata pronunciata su un ricorso presentato dalla Commissione ai sensi dell'art. 35 TUE e avente ad oggetto l'annullamento della decisione quadro 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003⁶, relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale.

Occorre dare brevemente conto dei fatti all'origine del ricorso, in quanto utili a chiarire il contesto in cui è intervenuta la pronuncia della Corte. La Commissione si era da tempo espressa contro l'intenzione del Consiglio di adottare una decisione quadro in materia di reati ambientali e relative sanzioni penali. A giudizio della Commissione, infatti, la corretta base giuridica per perseguire l'obiettivo di rendere maggiormente effettiva la tutela dell'ambiente attraverso l'assoggettamento a sanzioni penali delle violazioni più gravi, avrebbe dovuto essere l'art. 175, par. 1 TCE, ai sensi del quale il Consiglio, agendo secondo la procedura di codecisione e sentiti il Comitato economico e sociale e

⁴ V. le considerazioni di G. L. TOSATO, *Dal mercato comune all'Unione economica e monetaria*, in G. L. TOSATO (a cura di), *L'unione economica e monetaria e l'euro. Aspetti giuridici e istituzionali*, Torino, 1999, p. 10 ss.; J. H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale LJ*, 1991, p. 403 ss.

⁵ Sulla portata della giurisdizione della Corte relativamente al terzo pilastro v. I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in *CI*, 2000, p. 477 ss.

⁶ *GUUE* L 29, 5 febbraio 2003, p. 1 ss.

il Comitato delle regioni, può intraprendere le azioni necessarie per realizzare gli obiettivi dell'art. 174 in tema di politica ambientale. Nel 2001 la Commissione aveva presentato una proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale, fondata per l'appunto sulla base giuridica dell'art. 175, par. 1⁷. Il Consiglio, nonostante anche il Parlamento europeo condividesse l'avviso della Commissione e suggerisse al più di adottare una decisione quadro quale strumento complementare per i soli aspetti più specificamente relativi alla cooperazione giudiziaria penale, preferì non adottare affatto la direttiva e adottare invece solo una decisione quadro indicando come base giuridica gli articoli 29, 31, par. 1, lett. e) e 34, par. 2, lett. b) TUE. Nella decisione quadro, come dichiarato nel 5° considerando, il Consiglio ha "ritenuto opportuno incorporare ...varie norme sostanziali contenute nella proposta di direttiva"⁸.

L'atto controverso, in particolare, definiva, agli articoli 2-7, una serie di comportamenti contro l'ambiente che gli Stati avrebbero dovuto prevedere come reati e perseguire penalmente nel proprio diritto interno – se posti in essere intenzionalmente o con negligenza – e in relazione ai quali essi erano tenuti a introdurre sanzioni penali "effettive, proporzionate e dissuasive", tra cui, "per lo meno nei casi più gravi, pene privative della libertà che possono comportare l'estradizione". I restanti articoli riguardavano la competenza giurisdizionale per territorio e la cooperazione giudiziaria, in particolare l'estradizione e l'azione penale in caso di mancata estradizione del cittadino.

Secondo la Commissione, sostenuta dal Parlamento, la decisione quadro, almeno nella parte che definisce i reati ambientali, ovvero gli articoli 1-7 della stessa, avrebbe dovuto rientrare nelle competenze comunitarie in materia ambientale, quali enunciate agli articoli 3, par. 1, lett. l) e 174-176 TCE. In sostanza, secondo la Commissione, il legislatore comunitario è competente, ove necessario, ad imporre agli Stati membri l'obbligo di imporre sanzioni penali per garantire l'efficacia del diritto comunitario e il raggiungimento degli scopi della Comunità; nel caso di specie, l'armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, in particolare degli elementi che costituiscono reati contro l'ambiente, costituirebbe uno strumento al servizio della politica comunitaria dell'ambiente.

Il Consiglio, sostenuto da ben 11 Stati membri intervenienti, a conferma della rilevanza del caso, affermava al contrario che la Comunità non dispone di alcuna competenza in materia di armonizzazione del diritto penale degli Stati membri. In particolare, secondo il Consiglio, non solo non esiste alcuna attribuzione espressa di competenza, ma, tenuto conto della notevole rilevanza del diritto penale per la sovranità degli Stati membri, non potrebbe ammettersi per tale competenza un'attribuzione implicita derivante dall'attribuzione di competenze sostanziali quali quelle di cui all'art. 175 TCE.

⁷ COM (2001) 139 def., *GUCE* C 180, 26 giugno 2001.

⁸ Anzi, secondo l'Avvocato generale Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (conclusioni del 26 maggio 2005, causa C-176/03) la decisione quadro costituisce in pratica una trascrizione della proposta di direttiva.

La questione posta all'attenzione della Corte era quella di tracciare i confini della competenza comunitaria in un'area grigia, costituita da misure, certamente comportanti l'armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri, ma aventi lo scopo di rendere effettive le norme comunitarie in materia di tutela dell'ambiente, realizzando così uno degli obiettivi della Comunità – obiettivo peraltro, quello di un elevato livello di tutela dell'ambiente come enunciato dall'art. 174 TCE – che permea di sé in modo trasversale tutte le politiche e tutte le attività della Comunità (e dell'Unione) in virtù del principio di integrazione di cui all'art. 6 TCE. Il problema era di stabilire se il legislatore comunitario disponesse del potere di imporre agli Stati membri l'uso dello strumento penale al fine di perseguire obiettivi comunitari e di rendere effettivo l'*enforcement* del diritto comunitario. Prima di svolgere qualche ulteriore considerazione su questo punto, è bene seguire il ragionamento della Corte.

La Corte si fonda in primo luogo sull'art. 47 TUE, corroborato dall'art. 29, comma 1 TUE, e ribadisce che essa “è tenuta a vigilare affinché gli atti che il Consiglio considera rientrare nel ... titolo VI non sconfinino nelle competenze che le disposizioni del Trattato CE attribuiscono alla Comunità” (punto 39).

Il secondo elemento dell'argomentazione è costituito dalla costante giurisprudenza della stessa Corte in materia di scelta della base giuridica di un atto, scelta che deve basarsi su “elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto” (punto 45). Ora, secondo l'analisi della Corte, l'obiettivo perseguito attraverso la decisione quadro è la protezione dell'ambiente. E la protezione dell'ambiente costituisce senz'altro uno degli obiettivi fondamentali della Comunità (articoli 3, par. 1, lett. l) e 6 TCE, dai quali la Corte ricava il “carattere trasversale e fondamentale di questo obiettivo”). Quanto al contenuto, la Corte non nega che l'atto controverso rechi una “parziale armonizzazione delle legislazioni penali degli Stati membri” (punto 47); “quest'ultima constatazione – prosegue la Corte – non può tuttavia impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente” (punto 48). Inoltre, la Corte rileva la ampia discrezionalità lasciata dalla decisione quadro agli Stati membri relativamente alla scelta delle sanzioni penali applicabili, purché queste siano effettive, proporzionate e dissuasive. Di conseguenza, gli articoli 1-7 della decisione quadro, in ragione tanto della loro finalità quanto del loro contenuto, hanno ad oggetto principale la protezione dell'ambiente e avrebbero potuto validamente essere adottati sul fondamento dell'art. 175 TCE. Questo, si ricorderà, era l'orientamento del Parlamento europeo, secondo il quale avrebbero dovuto essere adottati due atti tra loro complementari, uno comunitario per i profili sostanziali e uno, *ex* titolo VI TUE, per i soli profili di cooperazione giudiziaria penale e di procedura. La Corte va oltre tale prospettiva, aggiungendo che la decisio-

ne quadro, sconfinando nelle competenze che l'art. 175 TCE attribuisce alla Comunità, viola nel suo insieme, data la sua indivisibilità, l'art. 47 TUE e deve pertanto essere annullata integralmente⁹.

3. Come primo ordine di osservazioni ricavate dalla lettura di questa sentenza vorrei esprimere qualche considerazione sul metodo, sulla logica del ragionamento svolto dalla Corte. Quali che siano le intenzioni di più lungo respiro della Corte, è chiaro che essa si muove nel sistema dell'Unione europea con un approccio unitario, applicando la propria costante giurisprudenza sviluppata nel quadro del diritto comunitario su un piano trasversale, che abbraccia l'intero arco dei Trattati. Nella sentenza *Pupino* era il principio dell'interpretazione del diritto interno degli Stati membri in maniera conforme al diritto europeo, principio che a sua volta la Corte faceva derivare, in quella sentenza, dal più ampio principio dell'effetto utile¹⁰.

Nella pronuncia oggetto di questa nota, si tratta dei consolidati (in ambito comunitario) criteri interpretativi in tema di scelta della base giuridica. Secondo costante giurisprudenza della Corte, infatti, la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento delle istituzioni circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra cui figurano, in particolare, lo scopo e il contenuto dell'atto¹¹. Inoltre, qualora dall'esame dello scopo e del contenuto dell'atto controverso dovesse emergere che esso persegue una doppia finalità o che possiede una duplice componente e se una di queste è identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto deve essere basato su una sola base giuridica, vale a dire quella richiesta dalla finalità o componente principale o preponderante¹², in altre parole, dal suo "centro di gravità"¹³. Tale giurispru-

⁹ La Corte va oltre anche quanto suggerito dall'Avvocato generale, il quale nelle sue conclusioni proponeva solo un annullamento parziale della decisione quadro (punto 97).

¹⁰ Su questi aspetti v. le considerazioni di F. CHERUBINI, *L'obbligo di interpretazione conforme "sconfina" nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa *Rivista*, 2006, p. 157 ss.

¹¹ Sentenze della Corte di giustizia del 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. 1493; dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio (biossido di titanio)*, *Raccolta*, p. I-2867 e del 4 aprile 2000, causa C-269/97, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2257.

¹² Sentenze della Corte di giustizia del 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-939; del 23 febbraio 1999, causa C-42/97, *Parlamento c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-869; del 30 gennaio 2001, causa C-36/98, *Spagna c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-779 e del 19 settembre 2002, causa C-336/00, *Huber*, *Raccolta*, p. I-7699.

¹³ Non sono pochi i casi in cui la Corte ha esteso la portata delle competenze comunitarie utilizzando questo criterio: basti pensare al parere 1/78 del 4 ottobre 1979, *Raccolta*, p. 2871, relativo all'accordo sulla gomma naturale, in cui la Corte ha precisato che la politica commerciale comune perderebbe la sua efficacia se non potesse seguire gli sviluppi che si producono sul piano internazionale e ha affermato la competenza comunitaria a concludere sulla sola base giuridica dell'art. 113 un accordo che, accanto alle finalità commerciali, aveva importanti obiettivi di cooperazione allo sviluppo. V. anche, per un ragionamento analogo, la sentenza del 3 dicembre 1996, causa

denza muove dalla considerazione che un atto deve ricadere nella sfera della base giuridica che meglio descrive il suo oggetto e il suo scopo, senza tener conto di obiettivi e contenuti diversi, purché questi siano solo accessori alle finalità principali: insomma, intorno al centro di gravità possono orbitare altre misure e nascere altri obblighi, quello che conta è che tutti concorrano al perseguimento dell'obiettivo principale dell'atto. Nella sentenza in commento il problema è stabilire se strumenti giuridici di natura penale possano essere considerati satelliti accessori rispetto al principale obiettivo di una efficace ed effettiva tutela ambientale; e il problema assume maggiore rilievo in ragione delle materie coinvolte, in quanto l'armonizzazione del diritto penale è oggetto di una competenza situata al di fuori del quadro comunitario, nel titolo VI del TUE.

A questo proposito si può dire che la Corte, nell'applicare i descritti criteri di scelta della base giuridica degli atti in modo orizzontale, *cross-pillar*, manifesta senz'altro una "preferenza" per la scelta di una base giuridica comunitaria. Tale preferenza è ricavata dalla formulazione dell'art. 47 TUE, che è stato definito come una "clausola di subordinazione"¹⁴ del TUE rispetto ai Trattati comunitari e all'*acquis*. Se da tale "preferenza" debba evincersi anche una prevalenza del diritto comunitario rispetto al diritto dell'Unione europea nella visione della Corte, è discorso che si potrà chiarire solo alla luce della giurisprudenza a venire. Sotto il profilo istituzionale e normativo, la tematica relativa all'esistenza di una gerarchia tra pilastri è oggetto di discussioni in dottrina, e di analisi non univoche, data la sua complessità, che coinvolge anche la più ampia materia della struttura dell'Unione, tutti temi che esulano dalla portata delle presenti pagine¹⁵.

È stato osservato in dottrina che né la sentenza sui visti di transito aeroportuali, né quella sulla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale contengono una distinzione, ai fini della citata preferenza della Corte per le basi giuridiche comunitarie, fondata sulla natura delle competenze comunitarie in gioco; la dottrina di cui parliamo, in particolare, si chiede se tale preferenza si applichi solo alle competenze comunitarie esclusive, per le quali l'unica azione consentita è all'interno del quadro comunitario, ovvero anche alle competenze concorrenti, particolarmente nel caso che queste non siano state ancora esercitate dalla

C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6177, in cui la Corte giunse ad affermare che "la presenza, in un accordo di cooperazione allo sviluppo, di clausole riguardanti varie materie specifiche non può modificare la qualificazione dell'accordo, la quale va fatta in considerazione dello scopo essenziale di questo, non già in funzione di clausole particolari, purché tali clausole non comportino obblighi di una tale portata nelle materie specifiche considerate che detti obblighi costituiscono in realtà scopi distinti da quelli della cooperazione allo sviluppo" (punto 39 della sentenza).

¹⁴ R. MASTROIANNI, *Commento all'art. 47 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 167.

¹⁵ Per un'analisi del problema, soprattutto nei rapporti tra primo e secondo pilastro, v. R. A. WESSEL, *The European Union's Foreign and Security Policy. A Legal Institutional Perspective*, The Hague, Boston, London, 1999, in particolare p. 55 ss. e p. 295 ss.; v. anche K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2004, p. 667 ss.

Comunità¹⁶. Mi sembra che questo tipo di approccio risenta di una concezione che assimila l'azione all'interno dei pilastri intergovernativi all'azione degli Stati membri, applicando di conseguenza ai rapporti *cross-pillar* gli stessi criteri che valgono per i rapporti tra azioni degli Stati e azioni della Comunità. Ritengo che tale approccio rischi di rivelarsi fuorviante, in quanto, come è noto, il principale criterio regolante l'esercizio delle competenze comunitarie non esclusive è il principio di sussidiarietà, con la prescritta verifica delle condizioni richieste dall'art. 5, comma 2 TCE, ma in tutta evidenza un tale criterio risulta inapplicabile ai rapporti orizzontali tra pilastri, per i quali è preferibile individuare dei criteri e principi di carattere normativo e sistematico.

Mi sembra quindi corretto l'approccio della Corte che evita di introdurre una tale distinzione, limitandosi alla pura e semplice verifica dell'esistenza della competenza comunitaria attraverso la ricerca di una base giuridica pertinente nel Trattato CE; ove questa sia rinvenuta, l'azione della Comunità deve essere preferita a un'azione nel quadro del terzo, ma, ritengo, anche del secondo pilastro¹⁷. Infatti la descritta impostazione della Corte, fondata sull'interpretazione dell'art. 47 TUE, permette di attribuire al giudice comunitario una giurisdizione indiretta anche sugli atti PESC¹⁸, in quanto non è escluso che un conflitto di competenze analogo a quello oggetto della sentenza in commento possa coinvolgere atti PESC. Tale conclusione è stata confermata nell'ordinanza emessa nel caso *Segi*¹⁹, in cui il Tribunale di primo grado ha ribadito che “i giudici comunitari sono competenti ad effettuare l'esame del contenuto di un atto adottato nell'ambito del Trattato UE al fine di verificare se tale atto non pregiudichi le competenze della Comunità” (punto 41). Oggetto del ricorso per risarcimento dei danni era una posizione comune PESC recante doppia base giuridica, gli articoli 15 e 34 TUE.

E il problema del sindacato giurisdizionale su un atto PESC è stato sottoposto all'attenzione della Corte con il ricorso del 21 febbraio 2005, con il quale la Commissione ha chiesto alla Corte di annullare per incompetenza una decisione PESC del Consiglio – fondata su un'azione comune PESC di cui la Commissione chiede che si dichiari l'illegittimità e quindi l'inapplicabilità – relativa al contri-

¹⁶ M. G. GARBAGNATI KETVEL, *The Jurisdiction of the European Court of Justice in Respect of the Common Foreign and Security Policy*, in *ICLQ*, 2006, p. 77 ss.

¹⁷ In questo senso, come peraltro accennato nel testo, tale scelta rappresenta una salvaguardia dell'*acquis communautaire*, inteso come insieme non solo di atti adottati, ma anche di criteri interpretativi e di principi sviluppati nel contesto del Trattato CE; tale ampia concezione dell'*acquis* sarebbe compromessa da un'interpretazione della giurisprudenza della Corte alle sole competenze esclusive. V. WEATHERHILL, *Safeguarding the acquis communautaire*, in T. HEUKELS, N. BLOKKER, M. BRUS (eds.), *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, The Hague, 1998, p. 153.

¹⁸ In questo senso, attraverso l'art. 46, la Corte assume veramente la funzione e il ruolo di “custode del riparto di competenze tra i pilastri dell'Unione” (R. MASTROIANNI, *Commento all'art. 46 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), op. cit. p. 165).

¹⁹ Ordinanza del Tribunale di primo grado del 7 giugno 2004, causa T-338/02, *Segi ed altri c. Consiglio*, *Raccolta*, p. II-1647.

buto dell'Unione all'ECOWAS nel quadro della moratoria sulle armi leggere e di piccolo calibro per violazione dell'art. 47 TUE, in quanto l'art. 11 dell'Accordo di Cotonou contempla, tra l'altro, azioni contro la diffusione di armi leggere e di piccolo calibro²⁰.

Come si vede, la Corte acquista per questa via una giurisdizione globale sugli atti dell'Unione²¹, seppur circoscritta al solo profilo della scelta della base giuridica in rapporto alle basi giuridiche comunitarie e vorrei dire che una tale giurisdizione è tanto più preziosa quanto più il legislatore PESC, seguendo peraltro l'orientamento oggi prevalente nell'ambito delle Nazioni Unite, adotta atti che tendono ad investire la sfera giuridica dei privati²². Come si vedrà, è essenziale che la Corte sia per lo meno in grado di assicurare che atti di simile portata siano per quanto possibile adottati nel quadro comunitario, che offre più ampie garanzie sia procedurali che di tutela giurisdizionale.

4. Passando ora a esaminare la sentenza sotto il profilo sostanziale, occorre subito rilevare come quella sottoposta al giudizio della Corte fosse una questione di grande importanza relativamente all'assetto delle competenze della Comunità. Si trattava di stabilire se la competenza comunitaria si possa spingere fino a comprendere il potere di imporre agli Stati membri l'obbligo di sanzionare penalmente le violazioni gravi del diritto comunitario a tutela dell'ambiente.

Giurisprudenza e dottrina sono tendenzialmente concordi nell'escludere l'esistenza, nel diritto comunitario, di un potere generale, espresso o implicito, di armonizzare le legislazioni penali degli Stati membri e di comminare sanzioni penali. Ma, escluso un potere generale in tal senso, la concordia termina, in quanto rimane aperta la questione se la Comunità possa chiedere agli Stati di usare il diritto penale come strumento necessario al fine dell'*enforcement* del diritto comunitario²³. Tale potere strumentale potrebbe essere ricavato, anche in

²⁰ *Ricorso della Commissione delle Comunità europee contro il Consiglio dell'Unione europea*, proposto il 21 febbraio 2005, causa C-91/05, in *GUUE* C 115, 14 maggio 2005, p. 10.

²¹ N. NEUWAHL, *Foreign and Security Policy and the Implementation of the Requirement of "Consistency" under the Treaty on European Union*, in D. O'KEEFFE, P. M. TWOMEY (eds.), *Legal Issues of the Maastricht Treaty*, London, New York, 1994, p. 227 ss., a p. 245 ss., sostiene che la giurisdizione della Corte ai sensi degli articoli L e M (ora 46 e 47) del Trattato di Maastricht copre in ogni caso questioni relative alla compatibilità con il diritto comunitario di misure PESC adottate dal Consiglio, ivi compresa la scelta della base giuridica.

²² Per una discussione relativa alla legittimità di sanzioni di questo tipo e alla loro esecuzione nel sistema dell'Unione europea, v. la sentenza del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf e Al Basakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

²³ Il tema è di sicuro rilievo. In via molto generale si può dire che il problema si è posto con riguardo alla tutela (anche penale) degli interessi finanziari della Comunità, in particolare relativamente alla lotta contro le frodi. A tale proposito, esiste un duplice approccio, da un lato la tecnica cosiddetta dell'assimilazione, ovvero il principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti ad assimilare gli interessi della Comunità agli interessi nazionali e ad agire con gli stessi mezzi e adottando le medesime misure (e le medesime sanzioni) a tutela di entrambi. Tale principio è ora incorporato nell'art. 280, par. 2 TCE, ma la Corte ne fa un'applicazione ben più generalizzata:

assenza di disposizioni espresse, dall'art. 10 TCE, che fa obbligo agli Stati membri di adottare tutte le misure atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato, e dal generale potere del legislatore comunitario di regolare i comportamenti individuali²⁴. Non sembra di poter ricavare dalla precedente giurisprudenza della Corte una totale chiusura a questa possibilità. In primo luogo è certo che il diritto penale non costituisce un'oasi nazionale che escluda qualsiasi applicazione del diritto comunitario, come la stessa Corte ha a più riprese affermato, precisando in particolare che le legislazioni penali nazionali sono soggette all'applicazione dei principi del diritto comunitario, in primo luogo il divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità²⁵.

Pur astenendosi dal fare espresso riferimento alle sanzioni penali, spesso il legislatore comunitario ha previsto l'obbligo per gli Stati membri di predisporre sanzioni adeguate e dissuasive a tutela del rispetto del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali; tanto per restare in materia di politica ambientale – ma disposizioni simili sono rinvenibili anche in materia agricola, dei trasporti, societaria – si può citare a titolo di esempio l'art. 26, par. 5 del regolamento (CEE) n. 259/93²⁶ del Consiglio del 1° febbraio 1993 sulla supervisione e controllo della spedizione di rifiuti da, per e all'interno della Comunità, ai sensi del

v., da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2005, cause C-387/02, C-391/02, C-403/02, *Berlusconi e altri*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 65: “pur conservando la scelta delle sanzioni, gli Stati membri devono vegliare a che le violazioni del diritto comunitario siano punite, sotto il profilo sostanziale e procedurale, in forme analoghe a quelle previste per le violazioni del diritto interno simili per natura e per importanza e che, in ogni caso, conferiscano alla sanzione stessa un carattere effettivo, proporzionale e dissuasivo”. Una forma di assimilazione è anche quella prevista dall'art. 30 dello Statuto della Corte, secondo il quale “ogni Stato membro considera qualsiasi violazione dei giuramenti dei testimoni e dei periti alla stregua del corrispondente reato commesso davanti a un tribunale nazionale giudicante in materia civile. Su denuncia della Corte esso procede contro gli autori di tale reato davanti al giudice nazionale competente”. L'altro possibile approccio è quello dell'armonizzazione, prevista dal par. 4 dell'art. 280 TCE, la cui ultima frase esclude peraltro “l'applicazione del diritto penale nazionale o l'amministrazione della giustizia negli Stati membri” (v. anche l'art. 135 TCE in materia di cooperazione doganale). Esula dalla portata di questo contributo un'analisi delle citate disposizioni, quello che si può dire qui è che esse tendono non tanto ad escludere qualsiasi armonizzazione del diritto penale degli Stati membri, quanto piuttosto ad impedire che ciò venga fatto con atti direttamente applicabili (in questo senso v. M. WASMEIER, N. THWAITES, *The “Battle of the Pillars”: Does the European Community Have the Power to Approximate National Criminal Laws?*, in *ELR*, 2004, p. 613 ss., in particolare p. 625). D'altra parte, che gli Stati membri conservino la massima discrezionalità in ordine all'applicazione del diritto penale negli ordinamenti nazionali e alla definizione dei principi cardine dell'ordinamento penale è confermato dal tono categorico con cui la Corte ha affermato, al punto 68 della sentenza *Berlusconi e altri*, che “il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite fa parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri” e, di conseguenza, dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte è tenuta ad assicurare l'osservanza.

²⁴ V. M. WASMEIER, N. THWAITES, *op. cit.*, p. 620 ss.

²⁵ V., per tutte, le sentenze della Corte di giustizia del 2 febbraio 1989, causa 186/87, *Cowan*, *Raccolta*, p. 195, e del 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Pretura circondariale di Bolzano c. Bickel e Franz*, *Raccolta*, p. I-7637.

²⁶ GUCE L 30, 6 febbraio 1993, p. 1 ss.

quale gli Stati membri predisporranno adeguate sanzioni legali per proibire e punire il traffico illegale dei rifiuti²⁷. Sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive sono anche previste nell'art. 14 della direttiva 1999/13/CE del Consiglio dell'11 marzo 1999²⁸ sulla limitazione delle emissioni di composti organici volatili dovuti all'uso di solventi organici in talune attività ed installazioni; la lista di disposizioni di questo tipo è lunga, ma finora nessuna richiede espressamente l'adozione di sanzioni penali, lasciando invece tutto ampio margine di discrezionalità agli Stati membri²⁹. Resta da dire che, pendente il giudizio davanti alla Corte, il legislatore europeo è tornato ad affrontare un problema simile a quello oggetto del caso in esame e lo ha risolto in maniera diversa. In materia di inquinamento provocato da navi sono stati adottati due atti tra di loro complementari: la direttiva 2005/35 del Parlamento europeo e del Consiglio del 7 settembre 2005 relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per le infrazioni³⁰, la quale introduce all'art. 8 l'obbligo per gli Stati membri di prevedere sanzioni per le violazioni (di cui all'art. 4 della stessa direttiva). Tali sanzioni devono essere, secondo la formulazione consueta, "efficaci, proporzionate e dissuasive" e "possono comprendere sanzioni penali o amministrative". La disciplina è completata "da dettagliate regole sui reati e sulle sanzioni, nonché da altre disposizioni enunciate nella decisione quadro 2005/667/GAI del 12 luglio 2005³¹, intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi" (6° considerando della direttiva). La decisione quadro 2005/667, adottata su proposta della Commissione, rafforza la portata della direttiva introducendo l'obbligo per gli Stati membri di prevedere come reati nel loro diritto interno le infrazioni previste agli articoli 4 e 5 della direttiva 2005/35 e definendo al riguardo specifiche sanzioni penali. Il 5° considerando della decisione quadro sembra contraddire la sentenza in esame, quando dichiara che "la presente decisione quadro, basata sull'art. 34 del trattato sull'Unione europea, costituisce lo strumento adeguato per imporre agli Stati membri l'obbligo di prevedere sanzioni penali". La Commissione, in quel momento, ha preferito seguire una soluzione di compromesso, evitando lo scontro frontale con il Consiglio su una tematica che certamente è estremamente delicata per la sensibilità degli Stati membri. D'altra parte l'adozione degli atti da ultimo citati precede, sia pure di pochi giorni, l'emanazione della sentenza e la proposta era stata presentata molti mesi prima, quindi la Commissione non poteva ancora fare

²⁷ In casi di questo genere, la norma incriminatrice nazionale si compone di una parte, descrittiva della condotta, derivante da fonte comunitaria, e di un'altra parte, contenente la sanzione, derivante da fonte interna; v. per esempio l'art. 53 del decreto legislativo 22/97 che, nel sanzionare il traffico illecito di rifiuti rimanda, per la nozione relativa e quindi per la descrizione della condotta incriminata, direttamente all'art. 26 del regolamento 259/93, citato nel testo. V. C. CASONE, *Diritto penale e Unione europea*, in *DG*, 2002, n. 17, p. 82.

²⁸ *GUCE* L 85, 29 marzo 1999, p. 1 ss.

²⁹ V. ancora M. WASMEIER, N. THWAITES, *op. cit.*, p. 628 s.

³⁰ *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 11 ss.

³¹ *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, 164 ss.

sicuro affidamento su un caso il cui esito era dubbio³². Peraltro a seguito della sentenza la Commissione ha provveduto a presentare un ricorso per annullamento avverso la citata decisione quadro, per errata base giuridica³³.

Certamente l'orientamento manifestato dalla Corte con la sentenza in esame rimette in discussione il rapporto tra atti del primo e del terzo pilastro, tanto che la Commissione ha ritenuto opportuno emanare una comunicazione esplicativa relativa alle conseguenze della sentenza in esame sull'assetto delle competenze dell'Unione in materia penale e al futuro orientamento del suo diritto di iniziativa³⁴, perché probabilmente anche la disciplina dell'inquinamento da navi avrebbe potuto essere contenuta nella sola direttiva, senza necessità di un atto aggiuntivo basato sul titolo VI del TUE, in quanto alla luce della pronuncia della Corte il potere di comminare sanzioni anche di natura penale costituisce parte integrante del potere comunitario di intraprendere azioni efficaci a tutela dell'ambiente.

5. La sentenza in commento merita un ulteriore ordine di considerazioni, di nuovo di carattere costituzionale. L'impressione che si ricava dalla lettura di questa sentenza è che la Corte abbia voluto tornare ad ampliare la sfera delle competenze comunitarie, attraverso un ragionamento che richiama alla mente la cosiddetta *necessary and proper clause* della Costituzione degli Stati Uniti d'America, che attribuisce al Congresso il potere di “make all laws which shall be necessary and proper for carrying into execution the foregoing powers” (art. I, sec. 8), ovvero i poteri attribuiti espressamente al Congresso dalla Costituzione. Per tale via, la Corte Suprema degli Stati Uniti è riuscita ad estendere a dismisura i poteri del Congresso a discapito dei poteri degli Stati³⁵.

³² COM (2003)92 def. del 5 marzo 2003 (non pubblicata in GUUE) è la proposta di direttiva, integrata il successivo 2 maggio dalla proposta di decisione quadro (COM/2003/0227 def., anch'essa non pubblicata), presentata, secondo quanto sostenuto nella relazione esplicativa, allo scopo di rafforzare le misure di diritto penale in materia di inquinamento da navi, a pochi giorni di distanza dalla presentazione alla Corte (15 aprile 2003) del ricorso contro la decisione quadro 2003/80, oggetto del caso in commento. Peraltro, la proposta di direttiva prevedeva espressamente l'obbligo per gli Stati membri di prevedere come reati nel loro diritto interno le violazioni della direttiva e di introdurre sanzioni penali, incluse sanzioni privative della libertà, “in linea con quanto contenuto nella proposta di direttiva relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale”. A seguito delle note vicende di quella proposta, le disposizioni penali sono state scorporate dalla proposta di direttiva e sostituite nel testo definitivo dalla assai più sfumata formulazione dell'art. 8, citato nel testo.

³³ Ricorso presentato il 23 novembre 2005.

³⁴ V. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio in merito alle conseguenze della sentenza 13.9.2005 della Corte (C-176/03, Commissione c. Consiglio), COM(2005) 583 def., su cui v. il commento di F. COMTE, *Communication de la Commission ou Parlement européen et au Conseil sur les conséquences de l'arrêt de la Cour du 13-9-2005 relatif aux “sanctions pénales”*, in *RDUE*, 2006, p. 193 ss.

³⁵ V. già la celebre sentenza *McCullock v. Maryland*, 17 U.S. (4 Wheat.) 316 (1819), redatta dal Chief Justice Marshall, in cui la Corte affermava che la *necessary and proper clause* legittimava la legge del Congresso che istituiva la Banca centrale degli Stati Uniti, benché un tale potere non

La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di poteri impliciti è ben nota. È noto, tra l'altro, che essa deriva dall'attenzione della Corte verso la preservazione dell'effetto utile dei poteri espressamente attribuiti alle istituzioni al fine del perseguimento degli obiettivi attribuiti alle Comunità nei Trattati. Nel parere 1/76, la Corte ha detto che "la competenza ad assumere impegni internazionali può non soltanto essere attribuita espressamente dal Trattato, ma può altresì derivare implicitamente dalle sue disposizioni. La Corte ha concluso, in particolare, che ogniqualvolta il diritto comunitario abbia attribuito alle istituzioni della Comunità determinati poteri sul piano interno, onde realizzare un certo obiettivo, la Comunità è competente ad assumere gli impegni internazionali necessari per raggiungere tale obiettivo, anche in mancanza di espresse disposizioni al riguardo"³⁶.

Interpretazione teleologica dei poteri comunitari, questa, che ha indotto la Corte a riconoscere alla Comunità i poteri impliciti necessari all'esercizio dei poteri espressi e al raggiungimento degli obiettivi fissati dai Trattati³⁷. La sentenza in esame costituisce a mio avviso un nuovo esempio di interpretazione teleologica delle competenze comunitarie e di estensione, per tale via, della portata di dette competenze³⁸. La Corte chiaramente afferma che il semplice fatto che la legislazione penale non rientri nella competenza della Comunità non deve impedire al legislatore comunitario di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive costituisca una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, e purché esse siano necessarie a garantire la piena efficacia delle norme comunitarie in materia di tutela dell'ambiente. Attraverso questa giurisprudenza della Corte non viene introdotta una competenza generale autonoma in materia penale, operazione che sarebbe evidentemente impossibile in un ordinamento fondato sul principio dei poteri di attribuzione, ma un potere strumentale, accessorio alla competenza materiale esercitata (in questo caso quella ambientale) e necessario a garantire l'effetto utile della competenza espressa e il perseguimento del fine stabilito nel Trattato (in questo caso, un elevato livello di tutela ambientale). In tal modo, risulterebbero confinate al terzo pilastro esclusivamente quelle misure di armonizzazione del diritto penale degli Stati membri che non siano accessorie al perseguimento di un obiettivo comunitario (ovvero, sostanzialmente, i settori elencati all'art. 31, par. 1, lett. e)

fosse espressamente previsto dalla Costituzione. Combinata con la *commerce clause*, ovvero il potere di regolare il commercio interstatale e internazionale, ha permesso al Congresso di legiferare praticamente su tutto: da ultimo v. il discusso *Medical Marijuana case (Gonzales v. Reich)*, 125 S.Ct. 2195 (2005).

³⁶ Parere 1/76 del 26 aprile 1977, *Raccolta*, p. 741 ss. V. anche la sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, *Raccolta*, 1971, p. 263 e, più di recente, il parere 1/03 del 7 febbraio 2006, non ancora pubblicato in *Raccolta*, punto 115.

³⁷ Per un'analisi della portata della dottrina dei poteri impliciti nel sistema comunitario v. A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità Europee*, in *RDE*, 1981, p. 140 ss.

³⁸ J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 403 ss.

TUE: criminalità organizzata, terrorismo e traffico illecito di stupefacenti, ed altre ipotesi di criminalità transnazionale non espressamente previste³⁹).

La *ratio* della descritta impostazione della Corte mi sembra chiara: i giudici comunitari manifestano la preoccupazione che attraverso lo strumento dell'armonizzazione del diritto penale vengano perseguite finalità che il Trattato CE attribuisce alla Comunità e vengano aggirate per tale via le procedure previste dal TCE, in particolare la procedura di codecisione; di conseguenza la Corte procede a una "ridefinizione dei confini" tra Comunità e terzo pilastro, a tutto vantaggio della prima⁴⁰, estendendo la competenza comunitaria a quell'area grigia a quel territorio di frontiera che si trova a cavallo tra i due ambiti. Solo la prassi futura ci potrà dire quale potrà essere l'effettiva portata di questa pronuncia, e quale uso ne farà la Commissione, la quale dovrà necessariamente tenere conto del fatto che 11 Stati membri su 15 (all'epoca del procedimento) avevano contrastato tali conclusioni.

6. Mi preme soltanto aggiungere che a mio avviso questa pronuncia – e le disposizioni del Trattato UE su cui si fonda il ragionamento della Corte – rappresentano un'ulteriore manifestazione di quella *Kompetenz-Kompetenz* giudiziaria di cui la Corte dispone in relazione al Trattato CE, in altre parole del potere della Corte di definire, in modo giuridicamente vincolante e in qualità di arbitro ultimo, i confini dei poteri legislativi della Comunità⁴¹.

Questo potere si manifesta, come è noto, nei confronti sia delle istituzioni dell'Unione, sia degli Stati membri. Nel primo caso, esso si fonda, da un lato, sugli articoli 230 e 234 TCE, che conferiscono alla Corte il potere (esclusivo, conformemente alla giurisprudenza *Foto-Frost*⁴²) di annullare gli atti comunitari *ultra vires* e, dall'altro, sugli articoli 46 e 47 TUE, che conferiscono alla Corte il potere di annullare gli atti del secondo e terzo pilastro che rientrano nella sfera di competenza della Comunità, ovvero gli atti del secondo e terzo pilastro che siano *ultra vires* per violazione delle competenze comunitarie. Nel secondo caso, esso si fonda invece sul potere della Corte di sanzionare gli inadempimenti degli Stati, in particolare sotto il profilo dell'invasione delle competenze legislative della Comunità, attraverso gli articoli 226 e 227, che disciplinano la procedura d'infrazione. Di conseguenza, la Corte di giustizia risulta arbitro ultimo delle competenze comunitarie⁴³, sia nei confronti degli Stati membri, sia nei

³⁹ Ritengo infatti che la disposizione, nonostante l'infelice formulazione, non abbia carattere tassativo, ma puramente esemplificativo di ipotesi di grave criminalità transnazionale.

⁴⁰ N. WHITE, *op. cit.*, p. 81.

⁴¹ Al riguardo v. in particolare le osservazioni di J. H. H. WEILER, U. HALTERN, *L'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario: Alice nel paese degli specchi*, in *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, p. 391 ss. (originale: *The Autonomy of the Community Legal order: through the Looking Glass*, in *Harvard ILJ*, 1996, p. 411 ss.).

⁴² Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost*, *Raccolta*, p. 4199.

⁴³ Sul punto v. le osservazioni critiche di E. CANNIZZARO, *La Costituzione pluralista. A proposito della natura giuridica del Trattato costituzionale*, in *DUE*, 2005, p. 8 ss., il quale sostiene

confronti dei pilastri intergovernativi dell'Unione⁴⁴. L'unica falla in questa ricostruzione – che, si badi bene, è limitata al solo profilo che qui ci occupa, vale a dire quello del controllo della ripartizione di competenze tra Comunità da una parte e Stati membri e settori intergovernativi dell'Unione dall'altra (altrimenti le falle si farebbero molto più numerose) – è rappresentata dalla previsione dell'art. 68, par. 1 TCE, a norma della quale i giudici non di ultima istanza sono esclusi dal rinvio pregiudiziale per questioni relative al titolo IV del Trattato. In tale ambito solo i giudici di ultima istanza avranno l'obbligo di rinviare, mentre i giudici di grado inferiore si troveranno nell'assai problematica posizione di dover o applicare un atto comunitario in relazione al quale essi nutrono dubbi di illegittimità, ovvero di annullarlo essi stessi, rompendo così il monopolio della Corte di giustizia in materia di sindacato di validità del diritto comunitario derivato⁴⁵.

In relazione ai rapporti tra pilastri, in particolare, occorre che si estenda all'insieme dell'Unione (cioè relativamente all'art. 35 da un lato e agli articoli 46 e 47 TUE – attivati finora solo attraverso l'art. 230, ma probabilmente in futuro anche attraverso il rinvio pregiudiziale *ex art.* 234 – dall'altro), una giurisprudenza dello stesso tenore della *Foto-Frost*, la cui rilevanza nel sistema comunitario è stata ribadita dalla Corte in una recente sentenza⁴⁶, una giurispru-

che l'assetto descritto nel testo sarebbe operativo e accettato dagli Stati membri solo per i conflitti di competenza “di bassa intensità politica”, laddove gli Stati avrebbero posto invece una riserva di sovranità per i conflitti “di alta intensità politica”. Tale impostazione concorre a sostenere il carattere pluralista della struttura costituzionale europea, ma, come è stato osservato, rischia di compromettere l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione aprendo la strada a teorie quali quelle dell'autointerpretazione e della riattribuzione agli Stati membri del potere ultimo di definire l'ambito delle competenze che essi hanno delegato alle Comunità (v. in proposito le considerazioni estreme di T. SCHILLING, *The Autonomy of the Community Legal Order. An Analysis of Possible Foundations*, in *Harvard ILJ*, 1996, p. 389 ss.; e la risposta di J. H. H. WEILER, U. HALTERN, *op. cit.*)

⁴⁴ La Corte, viceversa, non dispone della *Kompetenz-Kompetenz* giudiziaria in relazione al complessivo sistema dell'Unione: infatti, al suo sindacato di legittimità, ivi compresa la verifica della competenza, sono sottoposti, oltre a tutti gli atti comunitari idonei a produrre effetti giuridici – attraverso la giurisprudenza sviluppata sulla base dell'art. 230 (ex 173) TCE, solo le decisioni quadro e le decisioni del terzo pilastro, ai sensi dell'art. 35, par. 6 TUE; in via pregiudiziale la Corte può pronunciarsi sulla validità oltre che delle decisioni quadro e delle decisioni, anche delle misure di applicazione delle convenzioni stabilite in base all'art. 34 TUE, ma occorre tenere presente che tale potere pregiudiziale della Corte è subordinato alla previa accettazione, con apposita dichiarazione, da parte degli Stati membri, a differenza del par. 6 dell'art. 35 TUE. Rimangono del tutto liberi da sindacato giurisdizionale di legittimità, agli atti PESC, anche le posizioni comuni *ex art.* 34, par. 2, lett. a) TUE, con un'incongruenza che già è stata rilevata dal Tribunale di primo grado (ordinanza *Segi*, punto 38), ma che difficilmente potrà essere sanata dalla Corte attraverso un'interpretazione analoga a quella applicata in ambito comunitario in materia di atti impugnabili, proprio per la formulazione tassativa dell'art. 35 TUE.

⁴⁵ V. sul punto le considerazioni di G. GATTINARA, *La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza IATA*, in questa *Rivista*, 2006, p. 343 ss.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 2006, C-344/04, *IATA e altri*, su cui v. G. GATTINARA, *op. cit.*

denza che fa del sindacato di legittimità una competenza esclusiva della Corte di giustizia europea. In altre parole, si dovrebbe affermare il principio secondo cui anche *ex art. 35*, dove il rinvio pregiudiziale è rimesso alla discrezionalità degli Stati membri, esiste in capo ai giudici nazionali un obbligo di rinvio ai fini del sindacato di legittimità relativo alle decisioni e alle decisioni quadro⁴⁷. Non mi sembra un'affermazione peregrina, ove si tenga conto del fatto che la convinzione che l'annullamento degli atti europei sia competenza esclusiva della Corte è ormai parte del patrimonio culturale dei giudici degli Stati membri⁴⁸; d'altra parte, è difficile concepire un sistema in cui al giudice nazionale sia rimesso il potere di dichiarare l'invalidità di un atto europeo, indipendentemente da una pronuncia del giudice comunitario. È chiaro che una simile situazione pregiudicherebbe in modo significativo l'unità e l'omogeneità dell'ordinamento europeo nel suo insieme⁴⁹. Anzi, si potrebbe giungere ad affermare che, anche nell'ipotesi di mancata accettazione della giurisdizione pregiudiziale *ex art. 35 TUE* da parte di uno Stato membro, il giudice nazionale di quello Stato sarebbe ugualmente tenuto a rivolgersi alla Corte di fronte a un dubbio attinente la validità di una decisione quadro o di una decisione, attivando, attraverso l'*art. 234 TCE*, la giurisdizione della Corte ai sensi del combinato disposto degli articoli 46 e 47 TUE⁵⁰.

Sotto un ulteriore profilo, e tenuto conto che, come si è detto, l'*art. 47 TUE* costituisce parte integrante del sistema giuridico di riferimento ed è quindi oggetto del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'*art. 234 TCE*, esso consente al giudice nazionale di sottoporre al vaglio della Corte di giustizia gli atti del secondo e del terzo pilastro altrimenti esclusi dal sindacato giurisdizionale. Infatti, relativamente a queste ultime categorie di atti, qualora il giudice nazionale sia sfiorato dal dubbio che l'atto in questione avrebbe potuto trovare una base giuridica valida nel TCE, sarebbe tenuto a sottoporre alla Corte la relativa questione pregiudiziale, ai sensi dell'*art. 234 TCE*. E l'eventualità che ciò si verifichi non è così remota, visto che, come si osservava in precedenza, la prassi internazionale più recente in tema di lotta al terrorismo va nella direzione di adottare misure sanzionatorie *ad personam*, miranti a incidere sempre più direttamente sulla sfera giuridica di privati, il più delle volte semplicemente indiziati di partecipare ad organizzazioni terroristiche: come ha rilevato il Tribunale di primo grado nella più volte citata ordinanza nel caso *Segi*, i privati "non hanno a disposizione

⁴⁷ Anche a prescindere dalla dichiarazione n. 10 al Trattato di Amsterdam, che consente agli Stati membri di prevedere per le giurisdizioni di ultima istanza un obbligo di rinvio.

⁴⁸ A parte qualche sporadico, sia pur importante, attacco alla *Kompetenz-Kompetenz* della Corte, quale quello del *Bundesverfassungsgericht* sferrato con il celebre *Maastricht Urteil*, sentenza del 12 ottobre 1993, 89 BVerfGE, 155.

⁴⁹ È quello che rischia di avvenire in relazione all'applicazione dell'*art. 68 TCE*, dove, come si è accennato in precedenza nel testo, i giudici non di ultima istanza sono esclusi dal meccanismo del rinvio pregiudiziale.

⁵⁰ Ed in fondo è quello che, *mutatis mutandis*, la Corte ha sostenuto nella sentenza sui visti di transito aeroportuale.

nessuna tutela giurisdizionale effettiva, né dinanzi ai giudici comunitari, né dinanzi ai giudici nazionali, contro l'iscrizione della Segi nell'elenco delle persone, dei gruppi o delle entità coinvolte in atti terroristici... Inoltre, ogni contestazione della legalità dell'iscrizione della Segi, in particolare in forza di un rinvio pregiudiziale di validità, è resa impossibile dalla scelta di una posizione comune e non, ad esempio, di una decisione ai sensi dell'art. 34 TUE. Tuttavia, l'assenza di tutela giurisdizionale non può costituire, di per sé, un titolo di competenza comunitaria autonomo in un sistema giuridico basato sul principio delle competenze di attribuzione" (punto 38). Tale ampia citazione mi pare importante per dare la misura della rilevanza dell'unica possibile via d'uscita in un caso di questo genere, il dubbio che l'atto in questione avrebbe potuto essere validamente adottato sul fondamento di una base giuridica comunitaria, la quale offre al privato un'assai più ampia tutela giurisdizionale.

Vorrei concludere facendo notare che il Trattato costituzionale rappresenta un passo avanti di tutto rilievo per la materia che ci occupa. L'art. III-376, che pure ribadisce l'esclusione degli atti PESC dalla giurisdizione della Corte, prevede che non solo la Corte è competente, come oggi, relativamente alla salvaguardia delle "altre" competenze dell'Unione, a norma dell'art. III-308 (che rappresenta un adattamento dell'attuale art. 47 TUE), ma è anche competente a pronunciarsi sui ricorsi individuali "riguardanti il controllo della legittimità delle decisioni europee che prevedono misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche adottate dal Consiglio in base al titolo V, capo II" (politica estera e di sicurezza comune). In tal modo, l'entrata in vigore del nuovo Trattato permetterebbe di eliminare dal sistema giuridico dell'Unione un'aberrazione quale quella sopra descritta.

Tutte le considerazioni svolte concorrono ad evidenziare l'importanza di pronunce, quali quella qui commentata, tendenti ad estendere quanto più possibile su base *cross-pillar* la portata di un *acquis* giurisprudenziale che costituisce il fondamento della Comunità di diritto di cui ha parlato la stessa Corte e a denunciare, quando questo non sia possibile, l'assenza o la debolezza di tale tutela⁵¹. Che un simile orientamento rappresenti anche una sorta di anticipazione di soluzioni accolte nel testo del Trattato costituzionale – quale l'unificazione dei Trattati e l'eliminazione della struttura a pilastri – è prematuro e azzardato dire.

⁵¹ Vale la pena di ricordare anche che, sempre in materia di diritto a un ricorso effettivo, già la Corte aveva lanciato un importante segnale, poi raccolto dalla Convenzione e dalla Conferenza intergovernativa, con la sentenza del 25 luglio 2002, causa C-50/00, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, Raccolta, I-6677, relativamente alla legittimazione dei privati ad impugnare atti a portata generale direttamente applicabili (v. al riguardo l'art. III-365, par. 4 del Trattato costituzionale).

La questione pregiudiziale di validità rispetto al diritto internazionale pattizio secondo la sentenza *IATA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La conferma della giurisprudenza *Foto-Frost* e le sue implicazioni. – 3. La riformulazione della condizione dell'effetto diretto per il giudizio di validità del diritto comunitario derivato alla luce del diritto internazionale pattizio. – 4. Verso una più chiara definizione del rapporto tra diritto internazionale e diritto comunitario.

1. Il 10 gennaio 2006, nel caso *The Queen, ex parte: International Air Transport Association, European Low Fares Airline Association c. Department for Transport* (di seguito “sentenza *IATA*”)¹, la Corte di giustizia si è pronunciata su un rinvio pregiudiziale proposto dalla High Court of Justice (England & Wales), Queen’s Bench Division (Administrative Court), in merito alla validità degli articoli 5, 6, e 7 del regolamento comunitario riguardante la tutela dei passeggeri nel trasporto aereo², alla luce di alcune norme della Convenzione di Montreal in materia di trasporto aereo internazionale conclusa dal Consiglio³.

Tale pronuncia si segnala per l’interpretazione dell’art. 234 TCE e per alcune valutazioni sulla possibilità di utilizzare le disposizioni di trattati vincolanti la Comunità come parametro di legittimità del diritto comunitario derivato.

Senza dunque analizzare il merito della sentenza⁴, nei paragrafi che seguono, ci si soffermerà anzitutto sulla conferma del principio stabilito dalla Corte di

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 10 gennaio 2006, causa C-344/04, non ancora pubblicata.

² Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 febbraio 2004, relativo a regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato, *GUUE* L 46, 17 febbraio 2004, p. 1 ss.

³ Decisione n. 2001/539 del Consiglio, del 5 aprile 2001, *GUCE* L 194, 18 luglio 2001, p. 38 ss.

⁴ Su cui v. V. DI COMITE, *La tutela dei passeggeri in caso di cancellazione o ritardi dei voli aerei nel diritto comunitario*, in *Sud in Europa*, 2006, n. 1, p. 10 (<http://www.sudineuropa.net>, reperibile *on line*).

giustizia in *Foto-Frost*⁵, secondo il quale i giudici nazionali non sono competenti a dichiarare l'invalidità degli atti delle istituzioni comunitarie (par. 2). Si analizzerà quindi la parte della pronuncia in epigrafe in cui la Corte non ha ritenuto necessario individuare l'effetto diretto della norma internazionale pattizia fatta valere dai ricorrenti dinanzi al giudice nazionale per svolgere il proprio sindacato di legittimità (par. 3). Infine, si individuerà il contributo della sentenza *IATA* al chiarimento della definizione dei rapporti tra diritto internazionale e diritto comunitario (par. 4).

2. La Corte di giustizia risponde anzitutto alla questione del giudice del rinvio volta a sapere se l'art. 234, comma 2, TCE debba essere interpretato nel senso che un giudice nazionale è tenuto a sollevare dinanzi alla Corte una questione pregiudiziale di validità "solo al di là di un certo grado di dubbio"⁶.

La Corte risponde alla questione ribadendo senza alcuna modifica la giurisprudenza *Foto-Frost*, appena ricordata, in virtù della quale il giudice comunitario è il solo competente a dichiarare l'invalidità di un atto comunitario, in quanto il rinvio pregiudiziale di validità deve garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali, soprattutto quando viene messa in dubbio la validità del diritto comunitario, poiché le divergenze fra i giudici nazionali su tale validità "potrebbero compromettere la stessa unità dell'ordinamento giuridico comunitario e ledere il principio fondamentale della certezza del diritto"⁷. In tal senso, ribadisce ancora la Corte, la sola esistenza di una contestazione di validità di un atto comunitario dinanzi al giudice nazionale non basta da sola a giustificare il rinvio alla Corte: i giudici di ultima istanza vi saranno obbligati in base all'art. 234, comma 3, TCE, mentre i giudici non di ultima istanza solo se ritengono fondati i motivi di invalidità sollevati dalle parti o d'ufficio. Per contro, ove tali motivi non sembrino fondati al giudice non di ultima istanza, questi li potrà disattendere concludendo per la validità dell'atto: così tale giudice non mette in discussione l'"esistenza" dell'atto comunitario⁸.

La Corte conferma quindi un principio che rimane parte integrante dell'*acquis* comunitario, nonostante il suo mancato inserimento nei Trattati istitutivi a seguito delle varie revisioni che si sono succedute sin dal 1987, anno della sentenza *Foto-Frost*⁹.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost c. Hauptzollamt Lübeck-Ost (Foto-Frost)*, Raccolta, p. 4199, punto 20.

⁶ Sentenza *IATA*, punto 22. Secondo l'Avvocato generale Geelhoed, il giudice del rinvio voleva sapere quali presupposti dovessero sussistere o quale "limite" andasse "superato" per dover deferire alla Corte una questione relativa alla validità di un atto comunitario in forza dell'art. 234, comma 2, TCE, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed dell'8 settembre 2005, causa C-344/04, *IATA*, non ancora pubblicate, punto 14.

⁷ Sentenza *IATA*, punto 27.

⁸ Sentenza *IATA*, punto 29.

⁹ G. BEBR, *Court of Justice: Judicial Protection and the Rule of Law*, in D. CURTIN, T. HEUKELS (eds.), *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of H. G. Schermers*, Dordrecht, 1994, p. 310 s.

Una codificazione di tale principio si potrebbe però individuare in alcune disposizioni del regolamento 1/03, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 TCE¹⁰. Gli articoli 20 e 21 di tale regolamento prevedono che il giudice nazionale richiesto di concedere l'autorizzazione all'esecuzione di una decisione della Commissione relativa ad accertamenti presso imprese, associazioni di imprese o altri locali possa valutare solo l'autenticità della decisione della Commissione e che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate, in relazione ad una serie di elementi. Tuttavia, a parte altre limitazioni, "il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia"¹¹.

Poiché tali disposizioni riproducono il contenuto dell'importante sentenza *Roquette*¹², in cui l'esclusione del giudizio di legittimità sulle decisioni della Commissione dalla delibazione del giudice nazionale è stata fatta derivare proprio dal principio affermato nella *Foto-Frost*¹³, si può ritenere che il regolamento 1/03 abbia confermato in via legislativa questo principio giurisprudenziale.

La Corte dunque ritiene ancora il giudice nazionale incompetente a sindacare la validità del diritto comunitario derivato, dimostrando di continuare a non condividere quella interpretazione dell'art. 234, comma 2, TCE secondo la quale il controllo di validità degli atti comunitari si sarebbe potuto realizzare tramite l'intervento dei giudici nazionali non di ultima istanza, le cui decisioni non avrebbero pregiudicato l'uniforme applicazione del diritto comunitario essendo impugnabili dinanzi al giudice di ultima istanza, a sua volta obbligato a sollevare la questione pregiudiziale in virtù del terzo comma dell'art. 234 TCE.

Secondo tale interpretazione, non seguita dalla Corte, la mancata previsione di un obbligo di rinvio per il giudice non di ultima istanza all'art. 234, comma 2, TCE non era necessariamente frutto di un errore degli autori del Trattato CE. Al contrario, essa sarebbe stata la conseguenza di una loro espressa scelta: "non si intendeva con ciò soltanto evitare un carico di lavoro eccessivo per la Corte, ma si voleva anche riconoscere ai giudici interni il ruolo di 'giudici comunitari' lasciando ad essi, quanto meno in prima battuta, il compito di interpretare gli atti comunitari e di apprezzarne la validità"¹⁴.

¹⁰ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato CE, *GUUE* L 1, 4 gennaio 2003, p. 1 ss.

¹¹ Articoli 20, par. 8 e 21, par. 3, terzo comma del regolamento 1/03, cit.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 22 ottobre 2002, causa C-94/00, *Roquette Frères SA*, *Raccolta*, p. I-9011.

¹³ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Mischo del 20 settembre 2001, causa C-94/00, *Roquette Frères SA*, cit., punto 54; L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo. Norme di competenza e sistema applicativo dalle origini alla Costituzione europea*, Milano, 2005, p. 432.

¹⁴ A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità di atti comunitari*, Milano, 1997, p. 158; nello stesso senso A. BARAV, *The European Court of Justice and the Use of Judicial Discretion*, in O. WIKUND (ed.), *Judicial Discretion in European Perspective*, Stockholm, 2003, p. 116 ss., in specie p. 139; conclusioni dell'Avvocato generale Mancini del 19 maggio 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, cit.

La conferma della giurisprudenza *Foto-Frost* rende anzitutto più difficile per i giudici nazionali esercitare il proprio ruolo di strumenti a garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva, un compito ad essi spettante in virtù del principio di leale cooperazione, come ricordato dalla Corte di giustizia nel caso *UPA*¹⁵. In tal senso, l'accentuare la natura di *public remedy* del rinvio pregiudiziale di validità ostacola la valorizzazione delle competenze dei giudici nazionali, e quindi la loro capacità di dare tutela a quei diritti derivanti per il singolo dal diritto comunitario¹⁶: essi rimangono principalmente strumenti necessari al controllo della Corte di giustizia sulla validità del diritto comunitario derivato. Come rilevato dall'Avvocato generale Jacobs nel caso *UPA*, "la competenza rigidamente limitata dei giudici nazionali nelle cause aventi ad oggetto la validità degli atti comunitari contrasta con l'importanza del ruolo che essi svolgono nelle cause riguardanti l'interpretazione, l'applicazione e l'esecuzione del diritto comunitario"¹⁷.

Da un altro punto di vista, l'aver ribadito la giurisprudenza *Foto-Frost* rafforza un recente orientamento giurisprudenziale, con cui la Corte di giustizia ha cercato di controbilanciare la tendenza alla crescente decentralizzazione nell'applicazione del diritto comunitario, tendenza accentuata soprattutto in relazione al diritto comunitario della concorrenza con il ricordato regolamento 1/03, il quale ha senz'altro potenziato il ruolo di organi di applicazione del diritto comunitario dei giudici nazionali e delle autorità nazionali *antitrust*.

Tale opera di riequilibrio condotta dalla Corte è risultata strumentale alla salvaguardia dell'uniforme applicazione del diritto comunitario e della certezza del diritto e si è manifestata in due pronunce. Con la prima, il caso *Syfait*¹⁸, la Corte ha escluso la possibilità di un'autorità nazionale *antitrust* di sollevare una questione pregiudiziale di validità, non essendo detta autorità una "giurisdizione nazionale" ai sensi dell'art. 234 TCE. Nella seconda pronuncia, il caso *ABNA*¹⁹, la Corte ha confermato l'estraneità delle autorità *antitrust* al meccanismo di cooperazione giudiziaria del rinvio pregiudiziale, escludendo il potere di tali

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 25 luglio 2002, causa C-50/00P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Consiglio, Raccolta*, p. I-6677, punti 41 e 42. Su tale aspetto cfr. M. CONDINANZI, *Il singolo e la "comunità di diritto" nel testo del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1545 ss., in specie p. 1547.

¹⁶ P. MANZINI, *Ricorso di annullamento: riforma e controriforma*, in *DUE*, 2002, p. 717 ss., in specie p. 727 s. Nello stesso senso J. A. USHER, *Direct and Individual Concern-an Effective Remedy or a Conventional Solution?*, in *ELR*, 2003, p. 575 ss., in specie p. 587 s.

¹⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 21 marzo 2002, causa C-50/00P, *UPA c. Consiglio*, cit., punto 41.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 2005, causa C-53/03, *Synetairisos Farmakopion Aitolias & Akarnaisos (Syfait) e a. c. GlaxoSmithKline plc e a.*, non ancora pubblicata. Per una critica v. A. P. KOMNINOS, *Article 234 EC and National Competition Authorities in the Era of Decentralisation*, in *ELR*, 2004, p. 106 ss.; H. TAGARAS, D. WAELBROECK, *Les autorités nationales de la concurrence et l'article 234 du traité: un étrange arrêt de la Cour de justice*, in *CDE*, 2005, p. 465 ss., in particolare p. 474 ss.; R. SMITS, *On Parallel Trade and Preliminary Issues - a Healthy Approach to Competition Law Enforcement?*, in *LIEI*, 2006, p. 61 ss., alle pp. 73-83.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *ABNA e altri*, non ancora pubblicata, punti 103 ss.

autorità di adottare provvedimenti provvisori negativi e positivi riguardanti atti nazionali di esecuzione di atti comunitari ritenuti invalidi, potere invece notoriamente riconosciuto ai giudici nazionali nell'attesa che la Corte si pronunci sulla questione pregiudiziale della validità degli atti comunitari²⁰.

L'aver confermato la giurisprudenza *Foto-Frost* è un ulteriore passo verso questo riequilibrio: non solo le giurisdizioni nazionali degli Stati membri rimangono la controparte esclusiva della Corte di giustizia nell'ambito del meccanismo di cooperazione del rinvio pregiudiziale²¹, ma all'interno del sistema di cooperazione tra giudice comunitario e giudice nazionale istituito dall'art. 234 TCE al primo rimane l'esclusiva competenza di dichiarare l'invalidità degli atti comunitari.

Dell'intero sistema di applicazione del diritto comunitario la Corte di giustizia continua dunque a rimanere il vertice.

A fronte della conferma della giurisprudenza *Foto-Frost*, occorre tuttavia chiedersi quali possano essere i temperamenti alla regola dell'esclusiva competenza del giudice comunitario a sindacare la validità degli atti comunitari, ossia gli spazi di valutazione autonoma che rimangano eventualmente nella disponibilità del giudice nazionale.

In primo luogo, nel recente caso *Schul*²², la Corte ha escluso che il giudice nazionale possa rifiutarsi di sollevare la questione pregiudiziale di validità qualora egli sia chiamato ad applicare le disposizioni di un atto comunitario analogo ad un altro atto già dichiarato invalido dalla Corte di giustizia.

La Corte non ha quindi seguito l'interpretazione suggerita dall'Avvocato generale²³, di estendere alla questione pregiudiziale di validità la soluzione elaborata dalla Corte di giustizia in *CILFIT* riguardo al rinvio pregiudiziale di interpretazione²⁴, in base alla quale il giudice di ultima istanza non è tenuto a sollevare una questione pregiudiziale di interpretazione ove la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga "con tale evidenza da non lasciar adito

²⁰ Sentenze della Corte di giustizia del 21 febbraio 1991, cause riunite C-143/88 e C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen AG e Zuckerfabrik Soest GmbH c. Hauptzollamt Itzehoe e Hauptzollamt Paderborn*, Raccolta, p. I-415; del 9 novembre 1995, causa C-465/93, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft mbH e a c. Bundesamt fuer Ernaehrung und Forstwirtschaft*, Raccolta, p. I-3761; del 17 luglio 1997, causa C-334/95, *Krüger GmbH & Co. KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Raccolta, p. I-4517.

²¹ Confermandosi nel ruolo di giudici "comunitari" nel senso di organi "decentrati" dell'applicazione di tale diritto: A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *RDI*, 1994, p. 922 ss., in specie p. 944.

²² Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2005, C-461/03, *Gaston Schul Douane expediteur BV c. Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit (Schul)*, non ancora pubblicata, punto 18.

²³ Conclusioni dell'Avvocato generale Jarabo Colomer, del 30 giugno 2005, causa C-461/03, *Schul*, cit., punti 66 ss.

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT c. Ministero della Sanità (CILFIT)*, Raccolta, p. 3415, recentemente ribadita in sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2005, causa C-495/03, *Intermodal Transports BV c. Staatssecretaris van Financiën*, non ancora pubblicata, punto 33.

ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata”²⁵. Su tale punto, la Corte si è espressamente pronunciata nel caso *Schul* affermando che “l’interpretazione accolta nella citata sentenza *Cilfit* e a., relativa a questioni di interpretazione *non può essere estesa a questioni relative alla validità* di atti comunitari”²⁶.

Se la giurisprudenza *CILFIT* fosse stata applicata al rinvio pregiudiziale di validità, il giudice nazionale sarebbe stato esonerato dal proporre il rinvio ai sensi dell’art. 234 TCE, qualora l’invalidità dell’atto comunitario fosse stata manifesta, ossia tale da non lasciare spazio ad alcun ragionevole dubbio²⁷, compreso il caso di inesistenza dell’atto²⁸.

Ci si può allora chiedere se possano essere estese al rinvio pregiudiziale di validità le altre due eccezioni individuate dalla sentenza *CILFIT* all’obbligo di rinvio da parte del giudice nazionale, ossia la materiale identità della questione ad un’altra sollevata in una fattispecie analoga, già decisa dalla Corte in via pregiudiziale, e la presenza di una giurisprudenza costante della Corte di giustizia che, indipendentemente dalla natura del procedimento da cui sia stata prodotta, risolva il “punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere”²⁹.

Quanto all’eccezione della questione materialmente identica ad un’altra già risolta, nel rinvio pregiudiziale di validità essa corrisponde al caso in cui la Corte abbia già dichiarato invalido l’atto comunitario sulla cui validità il giudice nazionale nutre dubbi. Tuttavia, in tale ipotesi, il giudice nazionale che si trovi confrontato con l’applicazione dell’atto già dichiarato invalido dalla Corte sarà sì esonerato dal riproporre la questione pregiudiziale, ma in virtù degli effetti della prima pronuncia di invalidità della Corte, secondo quanto già da questa affermato nel caso *ICC*, per cui “la sentenza della Corte che accerti, in forza dell’art. 177 del Trattato [ora 234] del Trattato, l’invalidità di un atto di un’istituzione, in particolare di un regolamento del Consiglio o della Commissione, sebbene abbia come diretto destinatario solo il giudice che si è rivolto alla Corte,

²⁵ Sentenza *CILFIT*, punto 16.

²⁶ Sentenza *Schul*, punto 19 (corsivo aggiunto).

²⁷ J.-F. COUZINET, *Le renvoi en appréciation de validité devant la Cour de justice des Communautés européennes*, in *RTDE*, 1976, p. 660 ss.; A. BARONE, *Questione pregiudiziale di validità di un regolamento comunitario e poteri cautelari del giudice nazionale*, in *Foro it.*, 1992, IV, col. 7. Sul ruolo del giudice nazionale secondo la sentenza *CILFIT* v., tra l’altro, le conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs del 10 luglio 1997, causa C-338/95, *Wiener*, *Raccolta*, p. I-6495 e dell’Avvocato generale Tizzano del 21 febbraio 2002, causa C-99/00, *Lyckeskog*, *Raccolta*, 2002, p. I-4839. Cfr. il punto 85 delle conclusioni dell’Avvocato generale Jarabo Colomer in *Schul*, cit.: “Non vi sono neanche motivi per escludere a priori la tesi, prospettata prima che fossero pronunciate le sentenze *CILFIT* e *Foto-Frost*, dell’esistenza di atti manifestamente illegittimi che, per tale loro caratteristica, sarebbero considerati nulli o inapplicabili dal giudice nazionale senza il pertinente rinvio”.

²⁸ A. ADINOLFI, *op. cit.*, pp. 202-206.

²⁹ Sentenza *CILFIT*, rispettivamente punti 13 e 14; per la prima eccezione v. già sentenza della Corte di giustizia del 27 marzo 1963, cause riunite 28-30/62, *Da Costa en Schaake NV e a.*, *Raccolta*, 1963, p. 649.

costituisce per qualsiasi altro giudice un motivo sufficiente per considerare tale atto non valido ai fini di una decisione ch'esso debba emettere"³⁰. Quanto all'eccezione della giurisprudenza costante risolutiva dello stesso punto di diritto, l'applicazione di tale eccezione al rinvio pregiudiziale di validità significherebbe ritenere invalido un atto per gli stessi vizi di invalidità di un atto comunitario analogo; ciò non sarebbe possibile, poiché, nel giudizio di validità del diritto comunitario derivato, per aversi identico punto di diritto occorrerebbe trovarsi di fronte al medesimo atto comunitario³¹.

La pronuncia della Corte nel caso *Schul* conferma tale conclusione, stante la radicalità con cui viene esclusa l'applicazione analogica della giurisprudenza *CILFIT* al rinvio pregiudiziale di validità³², nonché il fatto che, come osserva la Corte, "anche in casi a prima vista analoghi, non è da escludersi che un esame approfondito riveli che una disposizione, la cui validità è in discussione, non può essere assimilata ad una disposizione già dichiarata invalida, in particolare, in ragione di una differenza del contesto giuridico o, se del caso, di merito"³³.

Pertanto, in *Schul* la Corte esclude qualsiasi temperamento all'obbligo del giudice del rinvio di sollevare la questione pregiudiziale di validità dinanzi alla Corte di giustizia, al di fuori del caso dei provvedimenti di natura cautelare³⁴: qualora il giudice nazionale nutra un dubbio sulla validità di un atto comunitario, egli dovrà quindi sollevare in ogni caso la questione pregiudiziale.

Per contro, la sentenza in epigrafe lascia intatta la discrezionalità del giudice nazionale nell'esaminare la pertinenza della questione pregiudiziale, ossia la sua rilevanza per la decisione della controversia principale³⁵, nonché l'esame della validità dell'atto comunitario contestato. Tale esame porta il giudice nazionale all'obbligo di sollevare la questione pregiudiziale, anche d'ufficio, solo se i dubbi sulla validità vengono ritenuti fondati³⁶.

Nello specifico settore dell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE vanno poi ricordati i poteri del giudice nazionale di valutare l'autenticità della decisione con cui la Commissione decida l'esecuzione di appositi accertamenti ai sensi degli articoli 20 e 21 del regolamento 1/03, nonché il carattere non arbitrario né sproporzionato delle misure coercitive contenute in tale decisione.

Ciò detto sulla individuazione degli spazi di autonomia lasciati al giudice nazionale, occorre ora chiedersi se la giurisprudenza *Foto-Frost* rimanga confinata alla disciplina dell'art. 234 TCE, oppure se si debba estendere anche ai due

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 13 maggio 1981, causa 66/80, *Spa International Chemical Corporation (ICC) c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Raccolta, p. 1191, punto 13.

³¹ Così su entrambi i punti A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 196 ss.

³² Sentenza *Schul*, cfr. i punti 16 e 19.

³³ Sentenza *Schul*, punto 20.

³⁴ Sentenza *Schul*, punto 18; v. anche sentenza *Foto-Frost*, punto 19.

³⁵ Sentenza *IATA*, punto 25; in tal senso G. L. TOSATO, *I regolamenti delle Comunità europee*, Milano, 1965, p. 255; A. ADINOLFI, *op. cit.*, pp. 168 e 169.

³⁶ Sentenza *IATA*, punti 28 e 29.

rinvii pregiudiziali introdotti, dopo il 1987, nei Trattati CE ed UE: il rinvio pregiudiziale previsto all'art. 68 TCE e quello indicato all'art. 35 TUE³⁷.

Quanto all'art. 68 TCE, si potrebbe ritenere opportuno in linea di principio applicare la giurisprudenza *Foto-Frost*, stante la necessità di garantire una certezza nel giudizio sulla legittimità del diritto comunitario derivato in un settore, come quello regolato al titolo IV del Trattato CE, idoneo a incidere sulle libertà individuali. Del resto, se così non fosse, si farebbe dipendere il potere del giudice nazionale di ritenere invalido un atto comunitario dall'adozione di tale atto in base a una disposizione del titolo IV TCE³⁸.

L'estensione della giurisprudenza *Foto-Frost* al rinvio di cui all'art. 68 TCE potrebbe portare a due soluzioni. Secondo una prima soluzione, la Corte potrebbe considerare ricevibili i rinvii proposti da giudici nazionali non di ultima istanza, nonostante la lettera dell'art. 68, par. 1 TCE, il quale sancisce un obbligo di rinvio solo per i giudici di ultima istanza senza menzionare i giudici non di ultima istanza. Secondo un'altra soluzione, i giudici non di ultima istanza non potrebbero sollevare la questione pregiudiziale, ma sarebbero comunque obbligati a ritenere gli atti comunitari validi.

Tuttavia, poiché la Corte ha già avuto modo di affermare che il rinvio proposto in base all'art. 68 II, par. 1 TCE dai giudici non di ultima istanza è irricevibile³⁹, la seconda alternativa non sarebbe in alcun modo compatibile con il principio della tutela giurisdizionale effettiva⁴⁰, poiché il giudice non di ultima istanza sarebbe costretto ad applicare un atto comunitario invalido, per ragioni sulle quali non potrebbe neanche chiedere l'intervento della Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale. Le parti sarebbero quindi costrette ad arrivare fino all'ultimo grado di giudizio per poter chiedere al giudice nazionale di ultima istanza di sollevare la questione pregiudiziale di validità, sopportando tutti i costi conseguenti⁴¹.

L'ulteriore effetto della impossibilità di adire la Corte di giustizia con un rinvio pregiudiziale di validità sarebbe evidentemente l'impossibilità per i giudici non di ultima istanza di adottare provvedimenti provvisori positivi o nega-

³⁷ Sul problema del rapporto di queste due procedure con l'art. 234 TCE v. A. ALBORS LLORENS, *Changes in the Jurisdiction of the European Court of Justice under the Treaty of Amsterdam*, in *CML Rev.*, 1998, p. 1273 ss., p. 1279.

³⁸ G. STROZZI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2005, p. 356; A. ADINOLFI, *New Modalities for the Preliminary References Procedure: the Amsterdam Treaty and the Conventions Among Member States*, in *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1997, VIII, Book 1, p. 57 ss., p. 79 s.

³⁹ Ordinanze della Corte di giustizia del 10 giugno 2004, causa C-555/03, *Warbecq*, *Raccolta*, p. I-6041, punto 15; del 18 marzo 2004, causa C-45/03, *Dem'Yanenko*, non pubblicata; del 22 gennaio 2002, causa C-24/02, *Marseille Fret SA c. Seatrano Shipping Company Ltd*, *Raccolta*, p. I-3383, punto 14.

⁴⁰ A. ADINOLFI, *Commento all'art. 68 TCE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 317.

⁴¹ P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2005, p. 436; i costi per giungere all'ultimo grado di giudizio potrebbero essere particolarmente onerosi per i soggetti richiedenti asilo: J. MONAR, *Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation*, in *ELR*, 1998, p. 320 ss., p. 330.

tivi riguardanti gli atti nazionali di esecuzione di un atto comunitario sulla cui validità il giudice nazionale nutra “gravi dubbi” ai sensi della giurisprudenza comunitaria⁴². In virtù di tale giurisprudenza, per adottare simili provvedimenti provvisori, il giudice nazionale deve proporre alla Corte di giustizia una questione pregiudiziale di validità di tale atto ai sensi dell’art. 234 CE, ove non l’abbia già fatto⁴³.

Si potrebbe quindi ritenere non applicabile, per tali ragioni, la giurisprudenza *Foto-Frost* ai rinvii di cui all’art. 68 TCE⁴⁴. Il giudice non di ultima istanza rimarrebbe naturalmente libero di adottare tutti i provvedimenti provvisori che ritenga opportuni secondo il proprio diritto nazionale.

Quanto ai giudici di ultima istanza, l’obbligo di rinvio per questi sussiste sempre in base all’art. 68, par. 1, TCE, nonostante la formulazione non cristallina di tale disposizione⁴⁵.

In ogni caso, qualora sia stato proposto un ricorso di annullamento contro l’atto comunitario che il giudice nazionale non di ultima istanza ritiene invalido, un modo per tale giudice di conciliare le esigenze della uniforme applicazione del diritto comunitario, soddisfatte dal principio *Foto-Frost*, e della tutela giurisdizionale effettiva, che invece l’applicazione di tale principio potrebbe comprimere, potrebbe essere l’applicazione della soluzione individuata dalla Corte nel caso *Masterfoods*⁴⁶: il giudice nazionale potrebbe decidere la sospensione del procedimento dinanzi a sé nell’attesa della decisione del ricorso di annullamento da parte del giudice comunitario.

Quanto all’art. 35 TUE, l’estensione disposta con la sentenza *Pupino* del regime di cui all’art. 234 CE al rinvio pregiudiziale previsto nel titolo VI del Trattato UE sembrerebbe far concludere nel senso di ritenere applicabile al rinvio pregiudiziale di validità degli atti adottati dal Consiglio in base a tale titolo il principio della competenza esclusiva della Corte a constatarne l’invalidità⁴⁷.

⁴² P. GIRERD, *L’article 68 CE: un renvoi préjudiciel d’interprétation et d’application incertaines*, in *RTDE*, 1999, p. 239 ss., p. 246.

⁴³ Sentenze della Corte di giustizia, *Zuckerfabrik*, punto 23; *Atlanta*, punti 32 ss.; *Krüger*, punto 44.

⁴⁴ L. DANIELE, *Commento all’art. 68 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati della Comunità europea e dell’Unione europea*, Milano, 2004, p. 462 s.; A. ARNULL, *Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes après l’entrée en vigueur du traité d’Amsterdam*, in J.-C. CLERGERIE (sous la direction de), *Le pouvoir judiciaire communautaire, actes du colloque du 16 octobre 1998*, Limoges, 1999, p. 53 ss., p. 60.

⁴⁵ R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Il trattato di Amsterdam*, Milano, 1999, p. 227 ss., p. 245 s.; B. NASCIMBENE, *Community Courts in the Area of Judicial Cooperation*, in *ICLQ*, 2005, p. 489 ss., p. 490 s.

⁴⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods Ltd c. HB Ice Cream Ltd*, Raccolta, p. I-11369; cfr. L. DANIELE, *Commento all’art. 234 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1108.

⁴⁷ Sentenza della Corte del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Procedimento penale a carico di Maria Pupino*, non ancora pubblicata, su cui v. F. CHERUBINI, *L’obbligo dell’interpretazione conforme “sconfina” nel terzo pilastro: note a margine della sentenza Pupino*, in questa Rivista,

Peraltro, tale affermazione difficilmente potrebbe superare il fatto che la competenza pregiudiziale non deriva direttamente dal Trattato UE, ma da decisioni degli Stati membri⁴⁸. Infatti, gli Stati membri ai sensi dell'art. 35 par. 2 TUE hanno anzitutto il potere di accettare o non la competenza pregiudiziale della Corte in tale materia. Inoltre, in virtù della Dichiarazione n. 10 allegata al Trattato di Amsterdam, essi possono decidere di trasformare la facoltà di rinvio prevista all'art. 35 in obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza. Ciò renderebbe particolarmente difficile la garanzia di aspetti come l'uniforme applicazione delle norme e degli atti, al centro delle valutazioni della Corte in *Foto-Frost*.

E tuttavia, anche se si ritenesse applicabile il principio *Foto-Frost* solo ai rapporti tra giurisdizione comunitaria e giurisdizioni nazionali per le quali gli Stati membri avessero eventualmente fatto la scelta di rendere il rinvio obbligatorio, così come nei rapporti con le giurisdizioni nazionali non di ultima istanza per le quali l'art. 35, par. 3, TUE prevede una semplice facoltà di rinvio ma la Dichiarazione n. 10 non consente agli Stati di trasformarla in obbligo, non sarebbero soddisfatte le esigenze sottese al principio *Foto-Frost*, ossia, tra l'altro, l'uniforme applicazione e la certezza del diritto: le soluzioni della Corte di giustizia varrebbero solo fra gli Stati che avessero accettato la sua competenza pregiudiziale. La disciplina frammentaria del rinvio pregiudiziale nell'ambito del terzo pilastro non riuscirebbe infatti a garantire l'uniforme applicazione delle norme sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, particolarmente necessaria in tale settore.

Tale frammentarietà potrebbe poi aumentare se gli Stati membri si avvalsero della c.d. "passerella comunitaria" di cui all'art. 42 TUE, spostando la disciplina di alcuni settori dalla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale al titolo IV TCE, dal momento che la competenza pregiudiziale della Corte di cui all'art. 68 TCE è senz'altro meno estesa dell'eventuale competenza "piena" che gli Stati membri potrebbero riconoscere a tutti i propri giudici, prevedendo non solo la facoltà per i giudici non di ultima istanza ma anche l'obbligo di rinvio per i giudici di ultima istanza⁴⁹.

Un rimedio a questo difficile funzionamento del rinvio pregiudiziale potrebbe essere forse rappresentato da un potenziamento del ricorso diretto alla Corte, attraverso una maggiore attenzione da parte della Commissione alla possibilità

2006, p. 157 ss. L'estensione dei principi interpretativi, in particolare del principio dell'interpretazione conforme, è stata disposta dalla Corte in virtù del medesimo carattere vincolante della decisione quadro di cui all'art. 34 TUE e della direttiva contemplata all'art. 249 TCE: cfr. punti da 33 a 36.

⁴⁸ G. L. TOSATO, *Atti giuridici vincolanti e competenze della Corte comunitaria nell'ambito del "terzo pilastro"*, in IAI - ISPI (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale*, Bologna, 2000, p. 331 ss., p. 338 s.

⁴⁹ I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia e il terzo pilastro dell'Unione europea*, in CI, 2000, p. 477 ss., p. 487; v. in generale su tali aspetti C. CURTI GIALDINO, *Schengen et le troisième pilier: le contrôle juridictionnel organisé par le traité d'Amsterdam*, in RMUE, 1998, p. 89 ss., p. 115.

di chiedere l'annullamento delle decisioni quadro e delle decisioni in virtù dell'art. 35, par. 6, TUE, disposizione solo recentemente applicata⁵⁰.

L'eventuale entrata in vigore del "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" eliminerà buona parte di questi problemi, poiché l'art. III-369 prevede una disciplina unitaria per il rinvio pregiudiziale, senza più distinzioni a seconda delle materie oggetto del giudizio della Corte, mentre l'unico elemento della passata normativa che rimane presente è indicato nell'art. III-377, in materia di competenza pregiudiziale relativa appunto alle norme sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Tale disposizione prevede due sole deroghe alla competenza pregiudiziale della Corte: l'esame della validità o della proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione di una legge di uno Stato membro e l'esercizio delle responsabilità incombenti agli Stati membri per il mantenimento dell'ordine pubblico e la salvaguardia della sicurezza interna, eccezioni corrispondenti a quanto attualmente previsto agli articoli 68, par. 2, TCE e 35, par. 5, TUE⁵¹.

Infine, sulla base della conferma dell'obbligo anche per il giudice non di ultima istanza di sollevare la questione pregiudiziale di validità dinanzi alla Corte di giustizia, ci si deve chiedere quale rimedio abbiano a disposizione le parti in causa nel procedimento principale per ottenere la sanzione della eventuale violazione di tale obbligo di rinvio.

Ove sia il giudice non di ultima istanza a rendersi inadempiente, il rimedio a disposizione delle parti sarà evidentemente l'impugnazione. Ove invece il rifiuto di sollevare la questione pregiudiziale provenga dal giudice di ultima istanza, non rimarrebbe al ricorrente altro che fare ricorso al principio della responsabilità extracontrattuale dello Stato membro per violazione del diritto comunitario, dovuta al comportamento dei propri organi giudiziari, principio ribadito dalla Corte con espresso riferimento anche alla violazione dell'obbligo di rinvio da parte del giudice di ultima istanza in *Köbler*, in *Commissione c. Italia* e, da ultimo, in *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*⁵².

⁵⁰ V. sul punto il commento di A. MIGNOLLI, *La Corte di giustizia torna a presidiare i confini del diritto comunitario. Osservazioni in calce alla sentenza C-176/03*, in questa *Rivista*, 2006, p. 327 ss. Detta relazione di complementarietà tra rinvio pregiudiziale di validità e ricorso di annullamento nel terzo pilastro finirebbe per ricalcare quella esistente tra i medesimi rimedi nel pilastro comunitario: cfr. per tale aspetto nel pilastro comunitario le conclusioni dell'Avvocato generale Jarabo Colomer del 28 aprile 2005, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Giuseppe Atzeni e a. c. Regione autonoma della Sardegna*, non ancora pubblicate, ai punti 84 ss.

⁵¹ L'attenzione per la materia dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella disciplina del rinvio pregiudiziale contenuta nel "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" è poi testimoniata dall'ultimo comma dell'art. III-369, in virtù del quale "[q]uando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile".

⁵² Sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler. Austria*, *Raccolta*, p. I-10239, punto 55; del 9 dicembre 2003, causa C-129/00, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. I-14637; del 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo SpA c. Repubblica Italiana*, non ancora pubblicata, punto 43: la violazione dell'obbligo di rinvio è idonea a costituire un caso di violazione manifesta del diritto comunitario. Sul punto v. U. VILLANI,

Né avrebbe alcuna utilità il ricorso all'interpretazione conforme, principio applicato dalla Corte di giustizia anche nei rapporti tra diritto comunitario originario e diritto comunitario derivato⁵³. Infatti, la necessità di un intervento della Corte di giustizia per dichiarare l'invalidità di un atto comunitario presuppone l'impossibilità di eliminare in via interpretativa il conflitto tra norma primaria e norma secondaria.

Ugualmente infruttuoso sarebbe ricorrere all'amministrazione nazionale, ove evidentemente la natura della controversia lo consentisse, per invocare la disapplicazione dell'atto comunitario ritenuto invalido⁵⁴. Come ricordato dalla Corte nel caso *CIF*⁵⁵, tale potere di disapplicazione dell'amministrazione sussiste solo quando si debba tenere conto di una situazione di incompatibilità tra norma nazionale e norma comunitaria, non in presenza di una pretesa invalidità dello stesso atto comunitario⁵⁶.

Tuttavia, con specifico riguardo all'esame da parte della Corte di giustizia della questione pregiudiziale di validità di atti comunitari alla luce del diritto internazionale pattizio, tale severità nel sancire la competenza esclusiva della Corte è temperata dalla maggiore facilità con cui i trattati internazionali potrebbero in futuro fungere da parametro di legittimità del diritto comunitario derivato. A tale aspetto conviene ora dedicarsi.

Il risarcimento dei danni da inosservanza di obblighi comunitari da parte degli Stati, in *Iustitia*, 2003, p. 241 ss. Come esempi della violazione del diritto comunitario da parte di un organo giurisdizionale supremo v. i casi indicati dall'Avvocato generale Léger, conclusioni dell'11 ottobre 2005, causa C-173/03, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, non ancora pubblicate, il quale oltre al caso del mancato adempimento dell'obbligo di rinvio da parte del giudice di ultima istanza ai sensi dell'art. 234, comma 3, TCE, ricorda le seguenti fattispecie ai punti da 61 a 64: interpretazione non conforme del diritto nazionale rispetto alle esigenze del diritto comunitario adottata in manifesta inosservanza della giurisprudenza della Corte in materia; applicazione di una normativa nazionale ritenuta conforme al diritto comunitario nonostante sia irriducibilmente contraria ad esso; errata interpretazione di una norma di diritto comunitario applicabile. Cfr. per un possibile caso consistente nel palese misconoscimento della nota giurisprudenza della Corte comunitaria relativa all'effetto diretto degli articoli 12, 43 e 56 TCE, la decisione *Federfarma* della V sez. del Consiglio di Stato dell'8 agosto 2005: A. BARONE, *A proposito della sentenza Federfarma fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali: il Consiglio di Stato smarrisce la retta via?*, in *DUE*, 2006, p. 201 ss., p. 206 s. e la postilla di A. TIZZANO, *A volte ritornano...*, ivi, p. 208 s.

⁵³ Sentenze della Corte di giustizia del 21 marzo 1991, causa C-314/89, *Siegfried Rauh c. Hauptzollamt Nürnberg Fürth*, *Raccolta*, p. I-1647; del 24 giugno 1993, causa C-90/92, *Dr Tretter GmbH & Co. c. Hauptzollamt Stuttgart-Ost*, *Raccolta*, p. I-3569, punti 9 e 11.

⁵⁴ Possibilità confermata dalla Corte comunitaria nel caso di incompatibilità tra una norma nazionale e una norma comunitaria nella sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne e Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, *Raccolta* p. I-837, su cui sia consentito il rinvio a G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne e Heitz*, in *DCSI*, 2004, p. 489 ss., in particolare p. 496.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, *Raccolta*, p. I-8055.

⁵⁶ V. la comunicazione dell'Autorità *antitrust* italiana sulla sentenza *CIF*, citata in L. F. PACE, *op. cit.*, p. 471 s., nota 883.

3. Ai punti successivi della sentenza in esame, la Corte di giustizia esamina la questione pregiudiziale di validità riguardante la compatibilità degli articoli 5, 6 e 7 del regolamento 261/2004 con le disposizioni sopra ricordate della Convenzione di Montreal.

Prima di svolgere tale controllo, la Corte ricorda anzitutto il contenuto dell'art. 300 par. 7 TCE, ai sensi del quale “[g]li accordi conclusi alle condizioni indicate nel presente articolo sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri”, da cui la Corte deduce la prevalenza di tali accordi sul diritto comunitario derivato, come confermato dalla propria costante giurisprudenza⁵⁷.

In secondo luogo, la Corte ricorda che la Convenzione invocata è stata firmata dalla Comunità ed è stata poi approvata con decisione del Consiglio, entrando conseguentemente in vigore “per la Comunità” e divenendo quindi parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario⁵⁸.

Dopo queste considerazioni preliminari, la Corte valuta la compatibilità dell'art. 6 del regolamento 261/2004 con gli articoli 19, 22 e 29 della Convenzione di Montreal. A tale proposito, la Corte si limita a osservare che le disposizioni convenzionali invocate sono comprese “tra le norme con riferimento alle quali la Corte controlla la legittimità degli atti comunitari, poiché, da un lato, ciò non è escluso né dalla natura né dalla struttura di tale Convenzione e, dall'altro, le disposizioni di questi tre articoli appaiono, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise”⁵⁹.

In tale affermazione si coglie un senso di continuità rispetto al passato, quanto all'interpretazione delle norme di diritto internazionale pattizio svolta dalla Corte allo scopo di precisarne gli effetti nell'ordinamento comunitario, ed un segno di novità, quanto alla riformulazione in maniera meno restrittiva delle caratteristiche che dette norme debbono avere per poter essere invocate come parametro di legalità degli atti comunitari.

In relazione al primo aspetto, il paragrafo appena citato conferma i due stadi dell'interpretazione della norma convenzionale, ossia l'esame della natura e della struttura della norma e la ricerca nella lettera di questa di un contenuto incondizionato e sufficientemente preciso. Si tratta di un approccio costantemen-

⁵⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-3989, punto 52; del 1° aprile 2004, causa C-286/02, *Bellio F.lli S.r.l. c. Prefettura di Treviso*, *Raccolta*, p. I-3465, punto 33; *IATA*, punto 35.

⁵⁸ Sentenza *IATA*, punto 36. Scarsamente perspicua è l'osservazione fatta allo stesso punto per cui il provvedimento di rinvio sarebbe giunto alla Corte di giustizia dopo l'entrata in vigore della Convenzione (v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, punto 32): se è vero che la legalità di un atto comunitario deve essere valutata nel momento in cui detto atto viene adottato, la successiva entrata in vigore di una norma gerarchicamente superiore può nondimeno fare divenire questo atto invalido: così F. MARIATTE, *Commentaire sur l'arrêt IATA*, in *Europe*, mars 2006, p. 11. Dunque la questione della validità dell'atto comunitario in causa alla luce della Convenzione di Montreal si sarebbe posta ugualmente se il provvedimento di rinvio fosse giunto alla Corte prima dell'entrata in vigore della Convenzione.

⁵⁹ Sentenza *IATA*, punto 39.

te seguito dalla Corte nei casi in cui si è posta la necessità di precisare per l'ordinamento giuridico comunitario la portata di disposizioni di trattati internazionali vincolanti la Comunità⁶⁰. In tale costante orientamento interpretativo, da un lato, la Corte si riferisce alla natura, all'oggetto e allo scopo delle disposizioni pattizie e dei trattati in cui esse sono contenute, dall'altro, essa ricerca in tali disposizioni un contenuto incondizionato e sufficientemente preciso.

Tali considerazioni dimostrano l'attenzione della Corte di giustizia per i criteri interpretativi codificati dalle Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati tra Stati del 23 maggio 1969 e sul diritto dei trattati tra Stati ed organizzazioni internazionali o tra organizzazioni internazionali del 21 marzo 1986. In particolare, la menzione della "natura" e della "struttura della Convenzione" corrisponde evidentemente al criterio dell'oggetto, della natura e dello scopo di cui all'art. 31 par. 1 della Convenzione di Vienna, il cui rilievo viene confermato ai punti successivi della sentenza.

Quanto al secondo aspetto, relativo alle caratteristiche che la norma pattizia deve avere per essere utilizzata come parametro di legalità del diritto comunitario derivato, al punto da ultimo citato della sentenza *IATA*, la Corte distingue l'effetto diretto della norma internazionale dalla sua utilizzazione come parametro di legalità degli atti comunitari, secondo un orientamento ampiamente diffuso in dottrina⁶¹. Tale conclusione colpisce per il segno di novità rispetto al passato, rappresentato dai due paragrafi del celebre caso *International Fruit Company*.

⁶⁰ G. GAJA, *Trends in Judicial Activism and Judicial Self – Restraint Relating to Community Agreements*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, London, Boston, 2002, p. 117 ss., p. 132.

⁶¹ J. GROUX, P. MANIN, *Les Communautés européennes dans l'ordre juridique international*, Bruxelles, Luxembourg, 1984, p. 122; J. BOULOUIS, *Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général*, in *RCADI*, 1992, 235, p. 9 ss., alla p. 77. La questione è stata esaminata dalla dottrina soprattutto con riguardo al problema dell'applicazione del GATT nell'ordinamento comunitario: già M. WAELBROECK, *Traité internationaux et juridictions internes dans les pays du Marché commun*, Bruxelles, 1969, p. 171; ID., *Effect of GATT Within the Legal Order of the EEC*, in *JWT Law*, 1974, p. 614 ss., alla p. 616. Nello stesso senso della distinzione dell'effetto diretto strettamente inteso rispetto all'utilizzazione della norma come parametro di validità "dans le cadre d'un contentieux dit objectif dont le but est de faire écarter una disposition interne contraire", D. LUFF, *Considérations sur l'effet des règles de l'OMC dans les ordres juridiques belge et communautaire*, in *The Belgian Reports at the Congress of Brisbane of the International Academy of Comparative Law*, Bruxelles, 2002, p. 671 ss., p. 684; sempre con riferimento alle norme OMC v. J.-P. PUISOCHET, *L'Organizzazione mondiale del commercio e il diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in F. FRANCONI, F. LENZERINI, M. MONTINI (a cura di), *Organizzazione mondiale del commercio e diritto della Comunità europea nella prospettiva della risoluzione delle controversie*, Milano, 2005, p. 117 ss., p. 121 s.; più in generale, sulla critica alla necessità che la norma pattizia abbia effetto diretto per essere considerata come parametro del diritto comunitario secondario v. P. J. G. KAPTEYN, P. VERLOREN VAN THEMAAT, *Introduction to the Law of the European Communities. From Maastricht to Amsterdam. Edited and Further Revisited by L. W. Gormley*, London, The Hague, Boston, 1998, alla p. 343.

In tale caso, in un rinvio pregiudiziale di validità, dunque in una situazione dal punto di vista processuale esattamente identica a quella oggetto del caso IATA, la Corte aveva affermato che “[a]ffinché la validità di un atto comunitario possa risultare inficiata da una sua incompatibilità con una norma di diritto internazionale, occorre in primo luogo che questa norma sia vincolante per la Comunità. Qualora tale motivo di invalidità sia addotto dinanzi al giudice nazionale, è inoltre necessario che la stessa norma sia suscettibile di attribuire ai soggetti dell’ordinamento comunitario il diritto di farla valere in giudizio”⁶².

Com’è noto, la necessità di questa seconda condizione fu molto criticata in dottrina⁶³, soprattutto per la grande discrezionalità lasciata al giudice comunitario, il quale, subordinando alla individuazione dell’effetto diretto della norma pattizia invocata la sua utilizzazione come parametro di legittimità del diritto comunitario, rischiava di porre nel nulla il rango dei trattati internazionali vincolanti la Comunità, superiore a quello del diritto comunitario derivato in ragione, tra l’altro, dell’art. 300, par. 7, TCE. Il valore dei trattati vincolanti la Comunità rischiava così di ridursi a quello attribuito alle norme pattizie negli ordinamenti in cui i giudici nazionali seguono il criterio della *lex posterior*, consentendo a una norma interna successiva e contrastante con la norma pattizia di prevalere su questa⁶⁴.

Inoltre, unito alla esclusiva competenza del giudice comunitario a dichiarare invalido il diritto comunitario derivato, affermata come ricordato a partire dal caso *Foto-Frost*, detto orientamento riduceva notevolmente la portata delle norme internazionali pattizie negli ordinamenti degli Stati membri.

In base a quanto affermato dalla Corte nella sentenza IATA, affinché una disposizione di un trattato vincolante la Comunità possa essere utilizzata come parametro di legittimità del diritto comunitario derivato non sembrerebbe più necessario accertare la sussistenza dell’effetto diretto. Come ricordato dalla Corte, poiché tale disposizione convenzionale costituisce parte integrante dell’ordinamento giuridico comunitario prevalendo su norme interne contrastanti,

⁶² Sentenza della Corte di giustizia del 12 dicembre 1971, cause riunite da 21 a 24/72, *International Fruit Company N.V. e a. c. Produktschap voor groenten en fruit*, Raccolta, p. 1219, punti 7 e 8; la soluzione interpretativa ostile ad un’applicazione giudiziaria del GATT era stata già presagita da un’autorevole dottrina: P. REUTER, *Rapports des trois traités avec les autres engagements internationaux souscrits par les États membres*, in W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (sous la direction de), *Les Nouvelles. Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, 1969, p. 89 e ss., p. 92. Per una disamina completa della questione con riferimento agli accordi OMC, P. MENGOZZI, *Private International Law and the WTO Law*, in RCADI, 2001, p. 249 ss.

⁶³ V. ex multis A. GIARDINA, *La Corte europea e i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in RDIPP, 1973, p. 582 ss.; G. SACERDOTI, *Application of G.A.T.T. by Domestic Courts: European and Italian Case Law*, in IYIL, 1976, p. 224 ss., p. 245; R. KOVAR, *Les accords liant les Communautés européennes et l’ordre juridique communautaire: à propos d’une jurisprudence récente de la Cour de justice*, in RMC, 1974, p. 345 ss., p. 359; R. ADAM, *Le relazioni esterne*, in E. PENNACCHINI, R. MONACO, L. FERRARI BRAVO, *Manuale di diritto comunitario*, I, Torino, 1983, p. 467 ss., pp. 447 e 449.

⁶⁴ E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in RDI, 1993, p. 351 ss.

sarebbe sufficiente rilevare nella disposizione convenzionale l'esistenza di un obbligo preciso e incondizionato a carico della Comunità.

Per contro, non occorrerebbe rilevare *anche* la nascita nella sfera giuridica del privato di una situazione giuridica soggettiva, venutasi a creare come una "contropartita" dell'obbligo internazionale rimasto inadempito dalla Comunità⁶⁵.

E tuttavia, la maggiore apertura contenuta nella sentenza *IATA* all'utilizzazione di norme convenzionali come parametro di legalità del diritto comunitario derivato è preceduta da alcuni importanti segni di cambiamento contenuti nella giurisprudenza recente sui rapporti tra diritto internazionale e diritto comunitario.

In relazione al diritto internazionale generale, la Corte ha spesso applicato norme internazionali consuetudinarie senza subordinarne l'utilizzazione come parametro di legalità all'accertamento del loro effetto diretto. Il valore vincolante di queste norme internazionali e il loro rango superiore al diritto comunitario derivato consacrati nella giurisprudenza comunitaria sembrerebbero togliere rilevanza alla questione del loro effetto diretto⁶⁶.

Le norme internazionali generali integrano dunque il parametro di legalità del diritto comunitario derivato, nonostante alcune recenti affermazioni del Tribunale di primo grado sul principio *pacta sunt servanda* fatte nei casi *FIAMM* e altri⁶⁷, e nel caso *Chiquita Brands International*⁶⁸, affermazioni interpretabili, ma non certo giustificabili, alla luce del diverso problema degli effetti delle norme dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) nell'ordinamento comunitario.

Pertanto, nel caso *Racke* la Corte aveva rilevato la non necessità dell'effetto diretto della norma internazionale consuetudinaria invocata⁶⁹, ossia il principio relativo alla clausola *rebus sic stantibus*, allo scopo di determinare la incompatibilità di un regolamento comunitario con una disposizione di un accordo.

⁶⁵ Secondo il termine impiegato dalla Corte di giustizia in relazione all'efficacia diretta di norme del Trattato CE nella sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte*, Raccolta, p. 3.

⁶⁶ A. GIANELLI, *Unione europea e diritto internazionale consuetudinario*, Torino, 2004, p. 180 ss.

⁶⁷ Sentenze del Tribunale di primo grado del 14 dicembre 2005, causa T-69/00, *FIAMM c. Consiglio e Commissione*, punti 104 e 110; causa T-135/01, *Giorgio Fedon e Figli SpA c. Consiglio e Commissione*, punti 102 e 103; causa T-383/00, *Beamglow Ltd c. Parlamento europeo, Consiglio e Commissione*, punto 127, sentenze non ancora pubblicate.

⁶⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 febbraio 2005, causa T-19/01, *Chiquita Brands International c. Consiglio e Commissione (Chiquita Brands International)*, non ancora pubblicata, punti 246 ss.

⁶⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1998, causa C-162/96, *A. Racke GmbH & Co. c. Hauptzollamt Mainz*, Raccolta, p. I-3655, cfr. R. MASTROIANNI, *La rilevanza delle norme consuetudinarie sulla sospensione dei trattati nell'ordinamento comunitario: la sentenza Racke*, in *RDI*, 1999, p. 86 ss., a p. 94 s.

Recentemente, in *Friuli Venezia Giulia*⁷⁰, la Corte ha ugualmente evitato ogni ricerca dell'effetto diretto della norma internazionale consuetudinaria invocata in un rinvio pregiudiziale in cui una regione italiana chiedeva di valutare la compatibilità di alcune norme comunitarie adottate in esecuzione di norme convenzionali con le norme internazionali generali sull'errore come causa di invalidità di un accordo, codificate nella ricordata convenzione di Vienna del 1969⁷¹.

Ugualmente degne di nota sono le pronunce del Tribunale di primo grado nei casi *Ali Yusuf e Kadi*⁷², in cui le norme imperative di diritto internazionale sono state utilizzate come parametro di legalità di regolamenti comunitari adottati per attuare posizioni comuni, a loro volta decise per dare esecuzione a risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite istitutive di sanzioni internazionali⁷³. Peraltro, tale riferimento allo *jus cogens* è stato considerato come necessario a fronte del rischio, ravvisato dal Tribunale di primo grado, di mettere gli Stati membri nell'impossibilità di adempiere i propri obblighi derivanti dall'appartenenza alle Nazioni Unite. Tale sarebbe infatti stata la conseguenza, secondo il Tribunale, di valutare la legittimità dei regolamenti comunitari attuativi delle sanzioni ONU, poiché il loro eventuale annullamento avrebbe portato alla impossibilità di eseguire queste sanzioni⁷⁴. È appena il caso di ricordare che, com'è stato efficacemente osservato⁷⁵, in altre occasioni⁷⁶, il giudice comunitario ha esercitato un controllo giurisdizionale più esteso e approfondito sui regolamenti comunitari adottati in attuazione di posizioni comuni applicative di sanzioni ONU.

In nessuno dei casi appena ricordati il giudice comunitario ha fatto riferimento alla necessità di rilevare l'effetto diretto della norma di diritto internazionale generale invocata come parametro di legalità.

Quanto al diritto internazionale pattizio, già nel caso *Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio*⁷⁷, la Corte aveva accettato di valutare la legali-

⁷⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 2005, causa C-347/03, *Friuli Venezia Giulia c. Ministero delle politiche agricole e forestali (Tocai)*, non ancora pubblicata.

⁷¹ Sentenza *Tocai*, punti 99 ss., 101 e 102.

⁷² Sentenze del Tribunale del 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Ali Yusuf e a. c. Consiglio e Commissione (Ali Yusuf)*, e causa T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione (Kadi)*; non ancora pubblicate.

⁷³ Sentenza *Ali Yusuf*, punti 277 a 282.

⁷⁴ Sentenza *Ali Yusuf*, punti 272 a 276.

⁷⁵ P. ECKHOUT, *Does Europe's Constitution Stop at the Water's Edge? Law and Policy in the EU's External Relations*, Fifth Walter van Gerven Lecture, Leuven Centre for a Common Law of Europe, Ius Commune Research School, Groningen, 2005, (<http://www.lawkuleuven.be/cclle>, reperibile *on line*), p. 7 ss., p. 27: "The CFI's coronation of the Security Council as the world's supreme legislature constitutes a dangerous development".

⁷⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus Hava Yollari c. Minister for Transport, Energy and Communications e.a. (Bosphorus)*, *Raccolta*, p. I-3953; del 27 febbraio 1997, causa C-177/95, *Ebony Maritime SA e Loten Navigation Co. Ltd c. Prefetto della Provincia di Brindisi e altri*, *Raccolta*, p. I-1111.

⁷⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2001, *Regno dei Paesi Bassi c. Parlamento europeo e Consiglio*, causa C-377/98, in *Raccolta*, p. I-7079. Ai punti 54 e 55 la Corte osserva:

tà della direttiva comunitaria sulla biotecnologia⁷⁸, alla luce di una disposizione della Convenzione sulla diversità biologica⁷⁹, escludendo qualsiasi ricerca dell'effetto diretto di quest'ultima. Tuttavia, com'è stato messo in evidenza⁸⁰, il rilievo interno delle disposizioni convenzionali invocate venne fatto dipendere più da una delle disposizioni principali della direttiva contestata, secondo cui il suo contenuto non avrebbe dovuto portare gli Stati membri a violare propri obblighi convenzionali, che non da un autonomo valore riconosciuto a queste disposizioni pattizie.

Inoltre, la Corte differenziò espressamente la generale questione dell'efficacia di norme internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario dall'applicazione di norme convenzionali fondate sul principio della "reciproca convenienza"⁸¹, come le norme OMC, la cui natura, oggetto e scopo impedisce loro, secondo la Corte, di essere invocate dinanzi al giudice comunitario⁸².

Quanto agli accordi OMC, com'è noto, nel caso *Portogallo c. Consiglio*⁸³ la Corte ribadì che, nonostante i profondi cambiamenti verificatisi a seguito della trasformazione dell'accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT) nell'OMC, le disposizioni di quest'ultimo non potevano essere fatte valere dinanzi al giudice comunitario neanche per contestare la legalità del diritto comunitario derivato, come era stato detto dalla Corte nel caso *International Fruit Company*, sebbene il giudice comunitario avesse già riconosciuto alla Commissione il potere di far valere l'osservanza del GATT nei confronti degli Stati membri nell'ambito di una procedura per inadempimento⁸⁴, e sebbene non fossero mancate in

"Anche ipotizzando che, come sostiene il Consiglio, questo accordo contenga disposizioni *non direttamente applicabili*, nel senso che esse non creerebbero diritti che i privati possano far valere direttamente in giudizio, questa circostanza non costituirebbe un ostacolo al controllo da parte del giudice dell'osservanza degli obblighi incombenti alla Comunità in qualità di parte aderente al detto accordo. Inoltre, e comunque, il motivo di ricorso dev'essere interpretato come una censura non tanto di una violazione diretta da parte della Comunità dei suoi obblighi internazionali, quanto piuttosto dell'*obbligo che sarebbe imposto agli Stati membri, dalla direttiva, di violare i loro specifici obblighi di diritto internazionale*, quando invece la direttiva, in base al suo stesso dettato, non dovrebbe incidere sui detti obblighi" (corsivi aggiunti).

⁷⁸ Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, *GUCE* L 213, 30 luglio 1998, p. 13 ss.

⁷⁹ Approvata a nome della Comunità con decisione 93/626/CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1993, *GUCE* L 309, 13 dicembre 1993, p. 1 ss.

⁸⁰ J. KOKOTT, T. DIEHN, *Note on Case C-377/98*, in *AJIL*, 2002, p. 950 ss., p. 955.

⁸¹ Sentenza *Paesi Bassi*, punto 53.

⁸² Sul punto sia consentito il rinvio a G. GATTINARA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per violazione delle norme OMC*, in *DUE*, 2005, p. 111 ss.

⁸³ Sentenza della Corte di giustizia del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8395. Su cui *ex multis* v. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 556 ss.; P. MENGOZZI, *La Cour de justice et l'applicabilité des règles de l'OMC à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil*, in *RDUE*, 2000, p. 509 ss.; E. CANNIZZARO, *Accordi confliggenti nel diritto comunitario?*, in *RDI*, 2000, p. 154 ss.; P. EECKHOUT, *Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union – Some Further Reflections*, in *JIEL*, 2002, p. 91 ss.

⁸⁴ Sentenza *Commissione c. Germania*, causa C-61/94, cit.

passato sporadiche eccezioni all'orientamento interpretativo seguito nella sentenza da ultimo citata⁸⁵. Le due uniche eccezioni oggi ammesse dalla Corte all'impossibilità di utilizzare il diritto dell'OMC come parametro di legittimità sono il caso in cui sia impugnato un atto comunitario adottato sulla base di una disposizione comunitaria facente rinvio a una norma del GATT/OMC (fattispecie *Fediol*)⁸⁶, oppure il caso in cui con l'atto impugnato l'istituzione comunitaria interessata abbia inteso eseguire un obbligo particolare assunto nell'ambito dell'OMC (fattispecie *Nakajima*)⁸⁷, come recentemente ribadito dal Tribunale di primo grado in *Italia c. Commissione*⁸⁸. In tale ultimo caso, come ricorda il Tribunale, perché si ricada nella fattispecie *Nakajima* si presuppone che l'atto comunitario impugnato garantisca specificamente “la trasposizione nel diritto comunitario di prescrizioni derivanti dagli accordi dell'OMC [...]”. A tale proposito, è necessario esaminare “caso per caso, da una parte, le caratteristiche specifiche di tale atto [comunitario] e, dall'altra, quelle delle pertinenti disposizioni degli accordi OMC invocate”⁸⁹.

Inoltre, detta regola della non invocabilità del diritto OMC dinanzi al giudice comunitario è stata estesa anche ai ricorsi presentati dagli Stati membri⁹⁰, nonostante il ruolo essenziale svolto da questi nell'ordinamento dell'Unione europea, e nonostante la contraria opinione della dottrina⁹¹, soprattutto di quegli autori generalmente contrari al riconoscimento dell'effetto diretto del diritto OMC

⁸⁵ V. ad esempio sentenza della Corte del 19 dicembre 1975, causa 38/75, *Nederlandse Spoorwegen*, *Raccolta*, p. 1439, punto 13; sul punto v. J. LOTARSKI, *Les accords externes dans la jurisprudence communautaire*, thèse, Toulouse, 2001, p. 296; G. BEBR, *Agreements Concluded by the Community and their Possible Direct Effect: from International Fruit to Kupferberg*, in *CML Rev.*, 1983, p. 35 ss., p. 45 ss.

⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 22 giugno 1989, causa 70/87, *Fediol c. Commissione*, in *Raccolta*, p. 1781.

⁸⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 7 maggio 1991, causa C-69/89, *Nakajima All Precision c. Consiglio*, in *Raccolta*, p. I-2069.

⁸⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 15 marzo 2006, causa T-226/04, *Italia c. Commissione*, non ancora pubblicata, emessa a seguito della nuova ripartizione di competenze tra Corte di giustizia e Tribunale di primo grado risultante dal testo dell'art. 51 del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia modificato nel 2004 in relazione alla competenza del giudice comunitario sui ricorsi presentati dagli Stati membri.

⁸⁹ Sentenza del Tribunale *Italia c. Commissione*, cit., punto 102; nello stesso senso sentenza del Tribunale di primo grado *Chiquita Brands International*, cit., punto 125. Sull'approccio dualistico che tale interpretazione della fattispecie *Nakajima* comporta, sia consentito il rinvio a G. GATTINARA, *European Banana Importers and WTO Dispute Settlement Decisions: Is the Door Closed?*, in *EL Reporter*, 3/2005, p. 101 ss., p. 104.

⁹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Germania c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-4973.

⁹¹ M. J. HAHN, G. SCHUSTER, *Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté: l'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne*, in *RGDIP*, 1995, p. 367 e ss.; v. il contributo di M. BRONCKERS in P. J. KUIJPER, M. BRONCKERS, *WTO Law in the European Court of Justice*, in *CML Rev.*, 2005, p. 1313 e ss.

nell'ordinamento comunitario⁹². Sono poi state ricomprese in questa regola generale di non invocabilità anche alcune disposizioni del diritto OMC in cui possono individuarsi diritti dei privati, come quelle contenute in alcuni articoli dell'accordo generale sugli scambi di servizi (GATS) o dell'accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (TRIPS)⁹³, entrambi conclusi nell'ambito dell'OMC.

Per contro, nella sentenza *IATA*, si afferma la possibilità di utilizzare le disposizioni convenzionali invocate come parametro di legittimità del diritto comunitario derivato, senza però richiederne l'effetto diretto, nel senso di un diritto attribuito al privato come contropartita di un obbligo convenzionale⁹⁴. La Corte dimostra in tal modo che l'effetto diretto non è la sola forma di rilevanza interna del diritto internazionale nell'ordinamento comunitario⁹⁵.

Una simile conclusione è senza dubbio stata facilitata dal riferimento alla Convenzione di Montreal contenuto nel regolamento comunitario sulla responsabilità del vettore aereo in caso di incidenti, ricordato espressamente dalla Corte di giustizia e dall'Avvocato generale⁹⁶. Tuttavia, la Corte distingue in tal modo l'effetto diretto della norma convenzionale dalla sua utilizzazione come parametro di legittimità, distinzione chiara e netta alla dottrina internazionalpublicistica quanto alla definizione dei rapporti tra diritto internazionale e diritto nazionale⁹⁷.

⁹² C.-D. EHLERMANN, *On the Direct Effect of the WTO Agreements*, in T. EINHORN (ed.), *Spontaneous Order, Organization and the Law. Roads to a European Society. Liber Amicorum Ernst-Joachim Mestmäcker*, Baden-Baden, 2003, p. 413 ss., p. 417; A. VON BOGDANDY, T. MAKATSCH, *Collision, Co-existence or Co-operation? Prospects for the Relationship Between WTO Law and European Union Law*, in G. DE BÚRCA, J. SCOTT (eds.), *The EU and the WTO. Legal and Constitutional Issues*, Oxford, 2001, p. 131 ss., p. 146.

⁹³ Cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 565 s. In alcuni ordinamenti, come quello britannico, per la parte del TRIPS ricadente nella competenza nazionale i giudici affermano la necessità di fare salva anche in questo caso la reciprocità nell'applicazione delle norme OMC, evitando il loro effetto diretto: W. COOK, *Judicial Review of the EPO and the Direct Effect of TRIPS in the European Community*, in *European Intellectual Property Review*, 1997, p. 367 ss., p. 372. Per contro, in Germania e in Irlanda i giudici nazionali riconoscono effetto diretto al TRIPS: X. ZHANG, *Direct Effect of the WTO Agreements: National Survey*, in *International Trade Law and Regulation*, 2003, p. 35 ss., p. 39.

⁹⁴ D. PETROVIC, *L'effet direct des accords internationaux de la Communauté européenne: à la recherche d'un concept*, Genève, 1999, p. 184.

⁹⁵ Come si sarebbe potuto ritenere in precedenza: J. KLABBERS, *International Law in Community Law: the Law and Policy of Direct Effect*, in *YEL*, 2001-2002, p. 263 ss.

⁹⁶ Regolamento (CE) n. 2027/1997 del Consiglio, del 9 ottobre 1997, *GUCE* L 285, 17 ottobre 1997, p. 1; sentenza *IATA*, cit., punto 8; conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, in *IATA* cit., punto 38.

⁹⁷ Che effetto diretto e utilizzazione della norma internazionale pattizia siano due cose distinte emerge con evidenza nell'ordinamento italiano, nel quale, sulla possibilità di utilizzare una norma pattizia come parametro di legittimità costituzionale, è stato osservato che "utilizzata come parametro cui rapportare una disposizione interna, la norma pattizia assume un rilievo *indiretto*, la valutazione del giudice essendo incentrata sui limiti entro i quali il precetto, la cui legittimità o validità è contestata, potrà risultare applicabile alla controversia oggetto di giudizio; per converso,

Il giudice comunitario ritiene necessario che la norma crei un obbligo sufficientemente preciso e incondizionato e quindi che il parametro di legittimità del diritto comunitario derivato non sia rappresentato da mere norme programmatiche o enunciazioni di principio.

Detta esigenza esprime non solo un bisogno di certezza del diritto, ma anche l'inevitabile equilibrio che il giudice deve trovare, proprio nella definizione del parametro di legalità, tra apertura del proprio ordinamento al rispetto della legalità internazionale e salvaguardia dei valori fondamentali di questo ordinamento⁹⁸.

La sentenza IATA conferma dunque la necessità per il giudice comunitario di stabilire un simile parametro, contribuendo a chiarire i rapporti tra diritto internazionale e diritto comunitario.

4. Sembra, dunque, che la sentenza IATA sostituisca alla condizione dell'effetto diretto della norma pattizia, ritenuta in *International Fruit Company* necessaria per poter utilizzare le disposizioni di un trattato vincolante la Comunità come parametro di legalità di atti comunitari, la condizione meno restrittiva del contenuto incondizionato e sufficientemente preciso di tale norma. Ove detto orientamento fosse in seguito confermato, almeno per le disposizioni convenzionali diverse dagli accordi OMC, vi sarebbe certamente una maggiore apertura dell'ordinamento comunitario all'applicazione degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità e al rispetto della prevalenza di tali accordi sul diritto comunitario derivato, prevalenza derivante anche dall'art. 300, par. 7, CE⁹⁹.

Inoltre, i significativi paragrafi della sentenza IATA relativi alla Convenzione di Montreal, considerata come parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario con prevalenza sul diritto comunitario derivato, confermano che tale prevalenza non è in alcun modo subordinata all'effetto diretto¹⁰⁰.

la norma pattizia *self-executing* si caratterizza per la sua idoneità ad essere invocata per disciplinare direttamente la fattispecie cui il giudice è confrontato". Così S. AMADEO, *I trattati internazionali dinanzi alla Corte costituzionale*, Milano, 1999, p. 37; nello stesso senso già G. GAJA, *Le strane vicende del Patto sui diritti civili e politici dinanzi alla Corte costituzionale*, in *RDI*, 1992, p. 716 ss., p. 717.

⁹⁸ P. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile al diritto internazionale*, in U. LEANZA (a cura di), *Costituzione dello Stato e norme internazionali*, Milano, 1988, p. 97 ss., alla p. 131; M. WAELBROECK, *Le juge belge devant le droit international et communautaire*, in *RBDI*, 1965, p. 348 ss., p. 356.

⁹⁹ Il primato degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità non deriverebbe solo dall'art. 300, par. 7, TCE, ma sarebbe anche una conseguenza del più ampio principio di legalità, a sua volta consacrato negli articoli 220 e 230 TCE; cfr. A. DAVI, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, alla nota 80. Secondo alcuni autori, l'art. 300, par. 7 TCE sancirebbe il primato sul diritto comunitario derivato anche del diritto internazionale generale e degli atti di organi istituiti da trattati internazionali: C. TIMMERMANS, *The EU and Public International Law*, in *EFA Rev.*, 1999, p. 181 ss., p. 190; B. MARTENCZUK, *Decisions Established by International Agreements and the Community Legal Order*, in V. KRONENBERGER (ed), *The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, The Hague, 2001, p. 141 ss., p. 158.

¹⁰⁰ Sentenza IATA, punti 35 e 36.

Pertanto, contrariamente a quanto è stato pur autorevolmente sostenuto¹⁰¹, il primato degli accordi internazionali vincolanti la Comunità sugli atti comunitari non è un corollario dell'effetto diretto. Tale primato non è subordinato all'effetto diretto, posto che l'art. 300, par. 7, TCE lo stabilisce senza questa condizione¹⁰².

Esso è dunque un valore autonomo, suscettibile di essere salvaguardato mediante diverse modalità di intervento del giudice comunitario¹⁰³: l'effetto diretto o l'utilizzazione del diritto internazionale pattizio come parametro di legalità del diritto comunitario derivato non sono che due forme con cui raggiungere il risultato del rispetto dell'accordo internazionale vincolante la Comunità. Altri mezzi sono il principio dell'interpretazione del diritto comunitario derivato in maniera conforme al diritto internazionale¹⁰⁴, nonché la possibilità di far valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per violazione degli accordi internazionali da essa conclusi.

E tuttavia, vanno individuati i controlimiti a tale primato degli accordi internazionali nell'ordinamento comunitario. A tale proposito, secondo un'impostazione ampiamente condivisa in dottrina, gli accordi internazionali vincolanti la Comunità sarebbero a loro volta soggetti al rispetto del Trattato CE¹⁰⁵. In particolare, è stato da parte di più autori ricordato come il rispetto del diritto internazionale da parte della Comunità non possa portare alla violazione del principio di autonomia del diritto comunitario, su cui la Corte di giustizia ha avuto modo di soffermarsi recentemente in *Commissione c. Irlanda*, relativo al noto caso c. d. *MOX Plant*¹⁰⁶.

¹⁰¹ J. H. J. BOURGEOIS, *Effects of International Agreements in European Community Law: Are the Dice Cast?*, in *The Art of Governance. Festschrift zu Ehren von Eric Stein*, Baden-Baden, 1984, p. 112 ss., pp. 132 e 134.

¹⁰² E. STEIN, *External Relations of the European Community: Structure and Process*, in *Collected Courses of the European Law Academy*, Book 1, Florence, 1991, alle pp. 167 e 168; C. KADDOUS, *Le droit des relations extérieures dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, 1998, p. 268; P. PESCATORE, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen*, in R. BERNHARDT e a. (hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für H. Mosler*, 1983, p. 661 ss., p. 684.

¹⁰³ Con riferimento all'analogo valore dei trattati internazionali nell'ordinamento interno v. P. DE VISSCHER, *La constitution belge et le droit international*, in *RBDI*, 1986, p. 5 ss., p. 31.

¹⁰⁴ Anche rispetto al diritto internazionale generale, cfr. A. GIANELLI, *op. cit.*, p. 189 ss., la quale ricorda come la prevalenza del diritto internazionale generale dovrebbe potersi affermare a stretto rigore anche rispetto al diritto comunitario originario: p. 179.

¹⁰⁵ R. UERPMAAN, *Völkerrechtliche Nebenverfassungen*, in A. VON BOGDANDY (hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Frankfurt am Main, 2003, p. 339 ss., alla p. 344; v. in generale alla luce del sistema di fonti previsto nel "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa" P. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *DUE*, 2005, p. 253 ss. e gli autori ivi citati.

¹⁰⁶ Sentenza del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda*, non ancora pubblicata, punto 123.

In tale pronuncia, la Corte ha ricordato la propria giurisprudenza in cui aveva ribadito che di tale autonomia è appunto il giudice comunitario a essere il garante¹⁰⁷, poiché detto giudice tutela in maniera esclusiva rispetto al giudice nazionale il sistema delle competenze definito dai Trattati¹⁰⁸, in base proprio a quanto era stato ribadito nel caso *Foto-Frost*, analizzato in precedenza¹⁰⁹.

Il principio dell'autonomia dell'ordinamento comunitario può essere salvaguardato mediante la sottoposizione degli stessi accordi internazionali al rispetto dei Trattati istitutivi, in due diversi modi: prima della conclusione dell'accordo, mediante l'esercizio della competenza consultiva di cui all'art. 300, par. 6, TCE¹¹⁰, dopo la conclusione dell'accordo, mediante un controllo di legittimità dell'atto comunitario di conclusione dell'accordo¹¹¹. A tale proposito, la funzione dell'atto comunitario di conclusione riveste una particolare importanza. Infatti, nella procedura di adozione di tale atto sono possibili sia un confronto tra le posizioni degli Stati membri rappresentati in seno al Consiglio sia un dialogo tra questo e le altre istituzioni del *treaty making power* comunitario, allo scopo di evitare delle contestazioni dinanzi al giudice comunitario successive alla conclusione dell'accordo e con le quali potrebbe eventualmente essere fatta valere la responsabilità internazionale della Comunità.

¹⁰⁷ Pareri della Corte 1/91 del 14 dicembre 1991, *Raccolta*, p. I-6079, punto 35; 1/00 del 18 aprile 2002, *Raccolta*, p. I-3493, punti 11 e 12.

¹⁰⁸ J. H. H. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale LJ*, 1991, p. 2413 ss., p. 2414.

¹⁰⁹ Il fatto che, diversamente dalla espressa richiesta di chiarimenti oggetto del rinvio pregiudiziale, la Corte di giustizia abbia dato una risposta sull'incompetenza del giudice nazionale a constatare l'invalidità di *qualsiasi* norma di diritto comunitario derivato confermerebbe come in *Foto-Frost* la Corte di giustizia abbia voluto affermare l'autonomia e il carattere proprio dell'ordinamento comunitario: G. BEBR, *The Reinforcement of the Constitutional Review of Community Acts under Article 177 EEC Treaty (Cases 314/85 and 133 to 136/85)*, in *CML Rev.*, 1988, p. 667 ss., p. 678.

¹¹⁰ Su cui sia consentito il rinvio a G. GATTINARA, *La compétence consultative de la Cour de justice après les avis 1/00 et 2/00*, in *RDUE*, 2003, p. 687 ss.

¹¹¹ Per dei casi recenti, v. sentenze della Corte del 10 gennaio 2006, causa C-94/03, *Commissione c. Consiglio*, non ancora pubblicata; del 30 maggio 2006, cause riunite C-317/04 e C-318/04, *Parlamento europeo c. Consiglio e Commissione*, non ancora pubblicata.

Daniele Gallo

Nuovi sviluppi in tema di rapporti tra Corte EFTA e Corte CE: la sentenza *Pedidel A/S and Sosial-og helsedirektoratet*

SOMMARIO: 1. La rilevanza della giurisprudenza comunitaria e l'autonomia della Corte CE nella giurisprudenza della Corte EFTA alla luce della sentenza *Pedidel*. – 2. I fatti della causa e l'iter procedurale. – 3. La rilevanza della giurisprudenza comunitaria, con riferimento alla nozione di misura di effetto equivalente e all'applicazione del principio di proporzionalità. – 4. L'autonomia della Corte EFTA rispetto all'ordinamento e alla giurisprudenza comunitaria. – 5. Il divieto generale di pubblicità delle bevande alcoliche quale 'nuova' *sedes materiae* per l'interpretazione del principio di precauzione a livello europeo nel quadro del rapporto dialogico tra le due Corti. – 6. Il collegamento tra merce e servizio, l'incidenza di fattori metagiuridici e la divergenza di scopo tra Accordo SEE e Trattato CE nel quadro del rapporto dialettico tra le due Corti. – 7. La sentenza quale modello di "cross-fertilization" tra le due giurisprudenze.

1. La sentenza *Pedidel*, emessa dalla Corte EFTA il 25 febbraio 2005¹, riveste particolare interesse al fine di mostrare gli sviluppi più recenti occorsi nei rapporti tra questa Corte e la Corte CE, con riguardo specifico, da un parte, alla rilevanza della giurisprudenza comunitaria nella giurisprudenza della Corte EFTA e, dall'altra, all'autonomia che caratterizza quest'ultima nella sua relazione con la Corte CE.

La rilevanza non si esaurisce nella formulazione di frequenti rinvii alla giurisprudenza comunitaria, presenti in questa come in tutte le altre sentenze emesse fino ad oggi dalla Corte EFTA. Essa si esprime anche e soprattutto nel costante recepimento del ragionamento svolto dai giudici comunitari da parte della Corte EFTA, la quale, ponendo sullo stesso piano la propria giurisprudenza e quella comunitaria, attribuisce ad entrambe la medesima efficacia in termini di precedente².

¹ Causa E-4/04, *Pedidel A/S and Sosial-og helsedirektoratet*, Report of the EFTA Court, p. 4.

² A proposito della rilevanza della giurisprudenza comunitaria nella giurisprudenza EFTA si vedano V. KRONENBERGER, *Does the EFTA Court Interpret the EEA Agreement as If It Were the EC Treaty? Some Questions Raised by the Restamark Judgement*, in *ICLQ*, 1996, p. 198 ss.; J. FORMAN, *The EEA Agreement Five Years On: Dynamic Homogeneity in Practice and its Implementation by the Two EEA Courts*, in *CML Rev.*, 1999, p. 751 ss.; F. G. JACOBS, *Judicial Dialogue*

Le basi della relazione giuridica tra le due Corti sono, infatti, da individuare nel sistema di tutela giurisdizionale “a due pilastri”³ istituito dall’Accordo sullo Spazio economico europeo (Accordo SEE)⁴ e, in particolare, dall’obiettivo di

and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice, in *Texas ILJ*, 2003, p. 547 ss.; T. INGADOTTIR, *The EEA Agreement And Homogeneous Jurisprudence: The Two Pillar Role Given to the EFTA Court and the Court of Justice of the European Communities*, in *Global Community YILJ*, 2002, I p. 193 ss.; A. DEL VECCHIO, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione. I tribunali internazionali tra globalizzazione e frammentazione*, Milano, 2003, pp. 60-64; C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue*, in *Fordham ILJ*, 2005, p. 353 ss.; ID., *Ten Years of the EFTA Court*, in C. BAUDENBACHER, P. TRESSSELT, T. ÖRLYGSSON (eds.), *The EFTA Court – Ten Years On*, Oxford, 2005, p. 1 ss.; ID., *The EFTA Court Ten Years On*, *ivi*, p. 13 ss.; V. SKOURIS, *The ECJ and the EFTA Court under the EEA Agreement: A Paradigm for International Cooperation between Judicial Institutions*, *ivi*, p. 123 ss.

³ Tra i primi autori a definire lo Spazio economico europeo quale “two-pillars system”, con riguardo anche e soprattutto ai collegamenti istituzionali e all’“osmosi” giurisprudenziale tra Corte EFTA e Corte CE, si vedano S. NORBERG, *Guest Editorial*, in *CML Rev.*, 1994, p. 1147 ss.; ID., *The EFTA Court: One of the Two Main Components of the EEA Judicial Mechanisms*, in J. STUYCK, A. LOOJESTIJN-CLEARIE (eds.), *The European Economic Area EC-EFTA. Institutional Aspects and Financial Services*, Deventer, Boston, 1994, p. 9 ss.; C. BAUDENBACHER, *Between Homogeneity and Independence: the Legal Position of the EFTA Court in the European Economic Area*, in *Columbia JEL*, 1997, p. 169 ss. Sulla questione si veda altresì H. P. GRAVER, *The EFTA Court and the Court of Justice of the EC: Legal Homogeneity at Stake?*, in P.-C. MÜLLER-GRAFF, E. SELVIG (eds.), *EEA-EU Relations*, Berlin, 1999, p. 31 ss. Per un’analisi dell’assetto istituzionale della Corte EFTA si vedano P. CHRISTIANSEN, *The EFTA Court*, in *ELR*, 1997, p. 539 ss.; L. FUMAGALLI, *Spazio economico europeo e garanzie giurisdizionali: la Corte EFTA (1° gennaio 1994-30 giugno 1995)*, in *DUE*, 1997, p. 487 ss.; C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court Ten Years On*, *cit.*

⁴ Come hanno affermato il Tribunale di primo grado nella sentenza del 22 gennaio 1997, causa T-115/94, *Opel Austria GmbH c. Consiglio*, *Raccolta*, p. II-39, punto 11 e la Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza del 15 giugno 1999, causa C-321/97, *Andersson and Wåkerås-Andersson c. Svezia*, *Raccolta*, p. I-3551, punto 26, l’Accordo SEE fa parte integrante dell’ordinamento comunitario ai sensi degli articoli 234 (attuale 307) e 238 (attuale 310) TCE. L’Accordo è stato sottoscritto ad Oporto il 2 maggio 1992 dai Paesi della Comunità europea e da quelli dell’EFTA (Austria, Finlandia, Islanda, Liechtenstein, Norvegia, Svezia e Svizzera al momento della firma; attualmente Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera, di cui solo i primi tre sono anche parti dell’Accordo SEE). Per quanto riguarda i primi, la firma e la ratifica hanno fatto seguito ai due pareri numeri 1/91, del 14 dicembre 1991, e 1/92, del 10 aprile 1992, emessi dalla Corte di giustizia comunitaria ai sensi dell’art. 228, par. 2 (attuale 300) TCE. Si ricorda che solamente con il secondo parere è stata dichiarata da parte dei giudici comunitari la compatibilità con il Trattato CE delle disposizioni dell’Accordo SEE. Su tali pareri si vedano J. BOULOUIS, *Les avis de la Cour de justice des Communautés sur la compatibilité avec le Traité CEE du projet d’accord créant l’Espace économique européen*, in *RTDE*, 1992, p. 457 ss.; B. BRANDTNER, *The ‘Drama’ of the EEA Comments on Opinions 1/91 and 1/92*, in *EJIL*, 1992, p. 300 ss.; M. L. TUFANO, *La Corte di giustizia e lo Spazio economico europeo*, in *DCSI*, 1994, p. 759 ss. Sulla Convenzione EFTA, con particolare riguardo alla costituzione e alla struttura istituzionale dell’Associazione di libero scambio da essa istituita, si vedano, tra gli altri, G. PORRO, *L’integrazione giuridica nell’Associazione europea di libero scambio*, Milano, 1983; P. G. NELL, *EFTA in the 1990s: The Search for a New Identity*, in *JCMS*, 1990, p. 327 ss.; U. DRAETTA, M. FUMAGALLI MERAVIGLIA (a cura di), *Il diritto delle organizzazioni internazionali. Parte speciale*, Milano, 2001, pp. 287-291. Sulle diverse istanze, positive e “integrazioniste” dei Paesi della Comunità europea, fondate su un “positive commitment” e sull’accettazione del principio per cui “economic and po-

“omogeneità giuridica” prefigurato ai paragrafi 4 e 15 del Preambolo, all’art. 3 dell’*ESA/Court Agreement*⁵ e agli articoli 1, 6, 105, 106, 107 e 111 dell’Accordo SEE⁶. A tale proposito, il diritto SEE distingue tra sentenze della Corte CE pronunciate prima o dopo la data della firma dell’Accordo SEE del 2 maggio 1992. Per quanto riguarda la giurisprudenza precedente a tale data, l’art. 6 dispone che le norme dell’Accordo, nella misura in cui siano sostanzialmente identiche alle

litical integration had to go hand in hand” rispetto a quelle, negative e “isolazioniste” degli Stati EFTA, divenuti parti dell’Organizzazione “more by their rejection of the positive and estensive mode of collaboration than by a common vision or any deep-rooted commonality of purpose or interest”, si veda H. WALLACE, *The European Community and EFTA: one family or two?*, in *The World Today*, 1988, p. 177 ss. In generale, sull’Accordo SEE si vedano A. LANG, *L’Accordo sullo Spazio economico europeo e la compatibilità con il diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 582 ss.; M.C. KRAFFT, *Le système institutionnel de l’EEE. Aspects généraux*, in *EJIL*, 1992, p. 285 ss.; S. NORBERG, *The Agreement on A European Economic Area*, in *CML Rev.*, 1992, p. 1171 ss.; H. BULL, *The EEA Agreement and Norwegian Law*, in *EBLR*, 1994, p. 291 ss.; M. CREMONA, *The “Dynamic and Homogeneous” EEA: Byzantine Structures and Variable Geometry*, in *ELR*, 1994, p. 508 ss.; K. RIECHENBERG, *The Merger of Trading Blocks and the Creation of the European Economic Area: Legal and Judicial Issues*, in *Tulane JICL*, 1995, p. 63 ss.; T. BRUHA, *Is the EEA an Internal Market?*, in P.-C. MÜLLER-GRAFF, E. SELVIG (eds.), *op. cit.*, p. 97 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità dello Stato EFTA nei confronti dei privati per la violazione del diritto dello Spazio economico europeo: una giurisprudenza recente*, in *DUE*, 2000, p. 317 ss.; L. SICO, *Spazio economico europeo*, in *EdD*, 1999, III, aggiornamento, p. 1016 ss. Tra i commentari analitici dell’Accordo SEE si vedano O. JACOT-GUILLAMORD (sous la direction de), *Accord EEE. Commentaires et réflexions*, Zürich, 1992; W. ZELLER (Hrsg.), *Der Europäische Wirtschaftsraum-EWR: Charakteristiken des EG-EFTA-Vertrages*, Zürich, 1992; S. NORBERG, K. HÖKBORG, H. JOHANSSON, D. ELIASSON, L. DEDICHEN, *EEA Law-A Commentary on the EEA Agreement*, Stockholm, 1993.

⁵ L’*ESA/Court Agreement*, sottoscritto ai sensi dell’art. 108 dell’Accordo SEE contestualmente alla firma di quest’ultimo, è l’accordo istitutivo dell’Autorità di vigilanza e della Corte EFTA.

⁶ L’Accordo SEE persegue lo scopo di costituire una “dynamic and homogeneous area” per mezzo dell’estensione di norme comunitarie ad un più ampio contesto regionale. Al fine di evitare contrasti con l’ordinamento comunitario, l’Accordo richiede che l’interpretazione e l’applicazione uniforme del diritto da esso derivante da parte della Corte EFTA, del Comitato misto SEE e dell’Autorità di vigilanza SEE venga posta in essere nel pieno rispetto del diritto comunitario e dell’interpretazione che di questo ne dà la Corte CE. Traendo spunto da quanto affermato nel parere n. 1/91, punto 14, dalla Corte di giustizia comunitaria, parte della dottrina, nel rilevare che l’omogeneità potrebbe essere messa in discussione dal tipo di interpretazione posta in essere dalla Corte EFTA nell’esame dell’Accordo SEE, ha ravvisato la necessità di garantire un’equivalenza sostanziale – non solo formale – tra diritto comunitario e diritto dell’Accordo SEE. Sul punto si veda M. CREMONA, *op. cit.*, p. 523 s. Sul numero crescente di atti comunitari, sia di diritto derivato sia di carattere non vincolante, adottati dagli Stati EFTA, sulla base dei Protocolli annessi all’Accordo SEE, si veda W. HUMMER, *Der EWR und seine Auswirkungen auf Österreich*, in *EZW*, 1992, p. 368; vedi altresì V. KRONENBERGER, *op. cit.*, p. 198. In generale, sul rapporto tra il diritto comunitario e l’Accordo SEE si vedano A. EVANS, *The Law of the European Community including the EEA Agreement*, Stockholm, 1994; R. C. GLADSTONE, *The EEA Umbrella: Incorporating Aspects of the EC Legal Order*, in *LIEI*, 1994, p. 1 ss.; L. GORMLEY, *The European Economic Area and the Europe Agreements*, in J. STUYCK, A. LOOIJESTIJN-CLEARIE (eds.), *op. cit.*, p. 1 ss.; H. TICHY, L. DEDICHEN, *Securing a Smooth Shift between the Two EEA Pillars: Prolonged Competence of EFTA Institutions with respect to Former EFTA States after their Accession to the European Union*, in *CML Rev.*, 1995, p. 131 ss.; P.-C. MÜLLER-GRAFF, *The Treaty of Amsterdam: Content and Implications for EEA-EU Relations*, in P.-C. MÜLLER-GRAFF, E. SELVIG (eds.), *op. cit.*, 1999.

corrispondenti norme dei trattati comunitari e degli atti adottati in loro applicazione, *devono essere interpretate in conformità* alle pertinenti sentenze della Corte CE⁷. Per quanto concerne, invece, la giurisprudenza comunitaria successiva al 2 maggio 1992, ed estranea quindi all'*acquis communautaire* recepito dalla Corte EFTA, l'art. 3, par. 2 dell'*ESA/Court Agreement* stabilisce che la Corte EFTA, nell'interpretazione e nell'applicazione del suo stesso accordo istitutivo e dell'Accordo SEE, *debba tenere nella dovuta considerazione* i principi formulati nelle sentenze pronunciate dalla Corte CE dopo la data della firma dell'Accordo SEE attinenti all'interpretazione di quell'Accordo e/o delle disposizioni dei Trattati comunitari. Ora, la norma, nell'utilizzare un'espressione meno incisiva con riguardo alla giurisprudenza successiva alla firma dell'Accordo SEE rispetto a quella adottata in relazione alla giurisprudenza precedente a tale data, sembra attribuire un minore grado di vincolatività alla prima rispetto alla seconda, prevedendo, appunto, non già un obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto l'obbligo di tenere in considerazione quest'ultima nell'interpretazione del diritto SEE. Se ciò è vero sotto un profilo esclusivamente formale, dal punto di vista dell'applicazione materiale del diritto SEE da parte dei giudici EFTA, risulta che tali giudici, fino ad oggi, hanno attribuito alle sentenze rese dopo il 2 maggio 1992 la medesima rilevanza riconosciuta a quelle rese in epoca precedente a tale data⁸. Tale atteggiamento, del resto, è confermato anche nella sentenza in esame ove, ad esempio, la Corte EFTA, come si vedrà, richiama indifferentemente la sentenza *Dassonville* del 1974 e la sentenza *De Agostini* del 1997.

Da quanto esposto emerge che, a differenza della giurisprudenza di altri tribunali internazionali istituiti nell'ambito di sistemi di integrazione economica regionale⁹, in cui vengono formulati rinvii alla giurisprudenza comunitaria in

⁷ Questa disposizione è ripresa e integrata dall'art. 3, par. 1 dell'*ESA/Court Agreement*, il quale estende la rilevanza della giurisprudenza della Corte di giustizia precedente alla data della firma dell'Accordo anche alle disposizioni contenute nei Protocolli da 1 a 4 (*Protocol 1 on horizontal adaptations; Protocol 2 on products excluded from the scope of the agreement in accordance with article 8(3)(a); Protocol 3 concerning products referred to in article 8(3)(b); Protocol 4 on rules of origin*) e negli Allegati I e II dello stesso *ESA/Court Agreement* (*Annex I list provided for in Article 24, second paragraph; Annex II list provided for in Article 25, second paragraph*) che riproducono nella sostanza la normativa comunitaria. Su tale problematica si veda L. FUMAGALLI, *Spazio economico europeo e garanzie giurisdizionali*, cit., p. 499 s.

⁸ Sul punto si vedano, tra gli altri, C. BAUDENBACHER, *Between Homogeneity and Independence*, cit, pp. 204-213; P. CHRISTIANSEN, *op. cit.*, p. 546 s.; L. FUMAGALLI, *Spazio economico europeo e garanzie giurisdizionali*, cit., p. 500.

⁹ Sulle problematiche di maggiore interesse concernenti l'influenza della giurisprudenza comunitaria sulla giurisprudenza delle diverse Corti regionali si veda per tutti A. DEL VECCHIO, *op. cit.*, pp. 52-72, in specie pp. 52-55. Sulla "fioritura" degli accordi di integrazione economica regionale quale ragione – sufficiente ma non necessaria – di diffusione delle Corti internazionali si veda C. P. R. ROMANO, *The Proliferation of International Judicial Bodies: The Pieces of the Puzzle*, in *New York UJILP*, 1999, pp. 728-748. Per un'analisi accurata del fenomeno della "giurisdizionalizzazione", indagata nel quadro del "regionalismo economico", sia a livello internazionale che europeo, si veda L. BURGORGUE-LARSEN, *Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit*

ragione di simili competenze *ratione materiae* e sulla base di una scelta discrezionale dei diversi giudici investiti della causa, la relazione esistente tra Corte EFTA e Corte CE, proprio perché “istituzionalizzata” a livello normativo dallo stesso Accordo SEE, è naturalmente predisposta a produrre un rapporto di interdipendenza tra i due fenomeni di *mirror jurisdiction* e *mirror legislation*¹⁰, rendendo così del tutto originale la dinamica con cui si sviluppa l’interconnessione tra le due Corti europee¹¹. Infatti, la configurazione della propria giurisprudenza,

international, in Société Française pour le Droit International, *La juridictionnalisation du droit international – colloque de Lille*, Paris, 2003, p. 203 ss.

¹⁰ Con la duplice nozione di *mirror legislation* e *mirror jurisdiction* si indica sia la corrispondenza tra normative di diverse organizzazioni internazionali, a livello di Accordo istitutivo e/o di normativa secondaria, sia il rinvio operato dalla giurisprudenza di un tribunale internazionale a quella di un diverso organo giurisdizionale internazionale. Limitandoci alle interconnessioni esistenti tra tribunali, tale tendenza, oramai radicata in seno alla comunità internazionale, ha origine nel fenomeno di proliferazione di tribunali internazionali e di una progressiva “giurisdizionalizzazione” del diritto internazionale contemporaneo. È stato messo in evidenza in dottrina da A. DEL VECCHIO, op. cit., in specie pp. 27-30 come tale fenomeno si sviluppi grazie all’incontro dei due processi di globalizzazione e frammentazione che attraversano la comunità internazionale. Sulla “giurisdizionalizzazione” e in generale sul fenomeno della moltiplicazione dei tribunali internazionali, con particolare riferimento agli effetti da esso prodotti sul diritto internazionale, sulla comunità internazionale e sulla stessa concezione di sovranità statale si vedano, nella letteratura più recente, A.-M. SLAUGHTER, *Judicial Globalization*, in *Virginia JIL*, 2000, p. 1103 ss.; T. BUERGENTHAL, *Proliferation of International Courts and Tribunals; Is it Good or Bad?*, in *Leiden JIL*, 2001, p. 267 ss.; A. G. LÓPEZ MARTÍN, *Judicialización y Sectorialización*, in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2001, p. 145 ss.; M. COUSTON, *La multiplication des juridictions internationales. Sens et dynamiques*, in *JDI*, 2002, p. 7 ss.; H. FUJITA, *Chevauchements juridictionnels et tribunaux internationaux*, in *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, The Hague, 2002, p. 575 ss.; J. E. ALVAREZ, *The New Dispute Settlers: (Half) Truths and Consequences*, in *Texas ILJ*, 2003, p. 405 ss.; C. BAUDENBACHER, *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles?*, *ivi*, p. 505 ss.; S. KARAGIANNIS, *La multiplication des juridictions internationales. Un système anarchique?*, in Société Française pour le Droit International, op. cit., p. 7 ss.; C. BAUDENBACHER, *Judicialization: Can the European Model Be Exported to Other Parts of the World?*, in *Texas ILJ*, 2004, p. 381 ss.; A. DEL VECCHIO, *Nuovi profili della giurisdizione internazionale*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, 2, p. 971 ss.; F. ORREGO VICUÑA, *International Dispute Settlement in an Evolving Global Society. Constitutionalization, Accessibility, Privatization*, Cambridge, 2004.

¹¹ Sul ruolo della giurisdizione nel quadro del diritto del commercio internazionale, indagato alla luce del fenomeno di progressiva giurisdizionalizzazione, vedasi E. U. PETERSMANN, *Lessons from Dispute Settlement in International Economic Law*, in J. DAHLITZ (ed.), *Peaceful Resolution of Major International Disputes*, New York, 1999, p. 275 ss.; con particolare riguardo alla Corte EFTA, si veda C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court-an Example of Judicialisation of International Economic Law*, in *ELR*, 2003, p. 880 ss. Gli aspetti positivi derivanti dal fenomeno della moltiplicazione di nuovi tribunali sono messi in evidenza da J. I. CHARNEY, *Is International Law Threatened by Multiple International Tribunals?*, in *RCADI*, 271, 1998, p. 137, secondo cui “the multiplicity of forums generally benefits international law”; da M. BEDJAOUI, *La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens*, in Société Française pour le Droit International, op. cit., p. 533, per il quale “les avantages de la multiplication des juridictions internationales l’emport(ent) de fort loin sur ses inconvénients”; da I. BROWNLIE, S. PRAKASH SINHA, *Blaine Sloan Lecture: The Peaceful Settlement of International in Disputes Practice*, in *Peace International Law Review*, 1995, p. 275 s., citati in A. DEL VECCHIO, *Giurisdizione internazionale*

effettuata sulla base di quella comunitaria, così come previsto dall'Accordo SEE¹², ha consentito alla Corte EFTA di riconoscere, sin dalla prima pronuncia pregiudiziale del 16 dicembre 1994¹³, efficacia diretta alle norme dell'Accordo, in conformità ad un principio-cardine del diritto comunitario. Tale riconoscimento, formulato attraverso un tipo di interpretazione dinamica, teleologica e funzionale¹⁴, le ha così permesso di affermare, in un primo tempo, la responsabilità dello Stato EFTA per violazione del diritto SEE¹⁵. Successivamente, la Corte EFTA ha riconosciuto, nel caso di conflitto con norme nazionali, la prevalenza delle norme dell'Accordo SEE, già recepite negli ordinamenti degli Stati

e globalizzazione, cit., p. 211, nota 52, secondo i quali “Generally, multiplicity is fine, it is the biggest set of options, it reflects the complexities of the world”. In dottrina, tra quanti si sono concentrati non solo sui contrasti ma anche sulle reciproche influenze delle giurisprudenze dei diversi tribunali internazionali si veda A. DEL VECCHIO, *Giurisdizione internazionale e globalizzazione*, cit., in specie pp. 223-229 e, con riguardo alla Corte EFTA, pp. 60-64. Sul connesso – ma diverso – fenomeno dei conflitti di giurisdizioni si vedano, *inter alia*, V. LOWE, *Overlapping Jurisdiction in International Tribunals*, in *Australian YIL*, 1999, p. 191 ss.; P. VIGNI, *The Overlapping of Dispute Settlement Regimes: An Emerging Issue of International Law*, in *IYIL*, 2001, p. 139 ss.; R. WOLFRUM, *Konkurrierende Zuständigkeiten internationaler Streitentscheidungsinstanzen: Notwendigkeit für Lösungsmöglichkeiten und deren Grenzen*, in *Liber Amicorum*, op. cit., p. 651 ss.; Y. SHANY, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford-New York, 2003. Sui timori espressi da parte della dottrina circa l'incremento di contrasti di giurisprudenza e di giudicato e di incoerenze di carattere “sistemico” tali da mettere in crisi lo sviluppo organico del diritto internazionale si vedano R. JENNINGS, *The Proliferation of Adjudicatory Bodies. Dangers and Possible Answers*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES (ed.), *Implications of the Proliferation of International Adjudicatory Bodies for Dispute Resolution. ASIL Bulletin n. 9*, 1995, p. 2 ss.; B. KINGSBURY, *Foreword: Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?*, in *New York UJILP*, 1998-1999, p. 679 ss.

¹² Le peculiarità intrinseche della Corte EFTA sia sul piano istituzionale che normativo rispetto agli altri tribunali internazionali rendono pressoché impossibile trovare, nel panorama delle giurisdizioni internazionali, l'attribuzione, da parte di un tribunale, della medesima rilevanza giuridica alla propria giurisprudenza e a quella di un altro organo giurisdizionale.

¹³ Causa E-1/94, *Ravintoloitsijain Liiton Kustannus Oy Restamark*, Report of the EFTA Court, p. 15, in specie par. 77.

¹⁴ Così C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court-an example of judicialisation*, cit., p. 887. Sull'analisi della giurisprudenza EFTA maggiormente rilevante ai fini dell'adattamento costante e progressivo dell'ordinamento SEE al diritto comunitario, con riguardo soprattutto alla cosiddetta “effect issue”, si vedano L. SEVON, *The EEA Judicial System and the Supreme Courts of the EFTA States*, in *EJIL*, 1992, p. 329 ss.; W. VAN GERVEN, *The Genesis of EEA Law and the Principle of Primacy and Direct Effect*, in J. STUYCK, A. LOOJESTIJN-CLEARIE (eds.), op. cit., p. 33 ss.; M. EYJÓLFSSON, *Case E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir v. the Government of Iceland. Advisory Opinion of the EFTA Court of 10 December 1998*, Report of the EFTA Court, 1997, in *CML Rev.*, 2000, p. 187 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità dello Stato EFTA*, cit.; H. P. GRAVER, *The Effects of EFTA Court Jurisprudence on the Legal Orders of the EFTA States*, in C. BAUDENBACHER, P. TRESSELT, T. ÖRLYGSSON (eds.), op. cit., p. 79 ss.; S. M. STEFÁNSSON, *State Liability in Community Law and EEA Law*, *ivi*, p. 145 ss.

¹⁵ Nella sentenza del 10 dicembre 1998, causa E-9/97, *Erla María Sveinbjörnsdóttir v. Iceland*, Report of the EFTA Court, p. 95, paragrafi 44-69.

EFTA e purché siano precise e non condizionate ad alcun provvedimento formale dell'autorità nazionale¹⁶.

In merito all'autonomia della Corte EFTA rispetto alla Corte CE, la sentenza *Pedichel* è di grande interesse per comprendere un ulteriore elemento di originalità che distingue tale Corte dagli altri organi giurisdizionali regionali. Mentre il rapporto tra questi e la Corte CE si caratterizza per la costante, pervasiva ed unilaterale penetrazione della giurisprudenza comunitaria nella loro giurisprudenza, la relazione tra Corte EFTA e Corte CE non segue un andamento per così dire unidirezionale, tale per cui mentre la prima recepisce la giurisprudenza della Corte CE, quest'ultima rimane impermeabile all'influsso della giurisprudenza della Corte EFTA. Infatti, da un'originaria posizione ancillare rispetto alla Corte comunitaria, la Corte EFTA ha iniziato a porsi nei confronti di quest'ultima in termini dialogici¹⁷, non più quindi semplicemente passivi o recettivi e, in quelle pronunce in cui sono emerse divergenze interpretative tra i due tribunali, perfino dialettici¹⁸.

¹⁶ Nella sentenza del 22 febbraio 2002, causa E-1/01, *Hörður Einarsson v. Iceland*, *Report of the EFTA Court*, p. 1, paragrafi 47-53.

¹⁷ Per quanto riguarda il dialogo, si fa riferimento a diverse sentenze della Corte EFTA che hanno esercitato una notevole influenza sulla Corte CE la quale, assumendo un atteggiamento in qualche modo reattivo, si è servita più o meno ampiamente delle tesi sostenute dai giudici EFTA, citando espressamente la loro giurisprudenza. A tale proposito, F. G. JACOBS, *op. cit.*, p. 552 rileva che “the EFTA Court has regularly cited decisions of the ECJ, and more recently the ECJ has cited the case law of the EFTA Court”. Per un'approfondita analisi della giurisprudenza comunitaria e delle conclusioni degli avvocati generali contenenti rinvii alla giurisprudenza della Corte EFTA si veda C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court: An Actor*, cit., pp. 366-386 e *Id.*, *The EFTA Court Ten Years On*, cit., pp. 35-50. L'autore ricorda che circa un quarto del totale delle sentenze emanate dalla Corte EFTA ha suscitato una reazione da parte dei giudici della Corte di giustizia e degli avvocati generali per un verso e, per l'altro, del Tribunale di primo grado – oltre che di alcune Corti nazionali, soprattutto inglesi, di Paesi membri dell'Unione europea. Vedi C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court: An Actor*, cit., p. 390. Stupisce pertanto che sia proprio un membro della Corte di giustizia ad affermare che essa non abbia svolto fino ad oggi “aucune citation [...] de la Cour AELE [...] même s'il arrive que les parties fassent état des arrêts de cette Cour”. Vedi J.-P. PUISOCHET, *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence? Le point de vue d'un membre de la Cour de justice*, in O. DELAS, R. CÔTÉ, F. CRÉPEAU, P. LEUPRECHT (sous la direction de), *Les juridictions internationales: complémentarité ou concurrence?*, Bruxelles, 2005, p. 56.

¹⁸ Per quanto concerne l'evoluzione in senso dialettico del rapporto dialogico instaurato tra i due tribunali europei, si fa riferimento ad una serie di casi in cui la Corte EFTA, esaminando alcune materie “nuove” rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria, è intervenuta come “conceptual pioneer for Community Courts” (così si esprime C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court: An Actor*, cit., p. 366) e/o “giver of ideas” (*Id.*, *The EFTA Court Ten Years On*, cit., p. 35), sviluppando, quindi, un proprio ragionamento che le ha consentito di pervenire a conclusioni rispondenti a principi e criteri guida diversi da quelli adottati, in un secondo momento, da parte dei giudici comunitari nell'esame di fattispecie simili, in quanto tale suscettibile di produrre *consapevolmente* divergenze in merito all'interpretazione del diritto SEE o del diritto comunitario. Ciò, sebbene la Corte di giustizia non abbia instaurato un vero e proprio dibattito con la Corte EFTA su tali questioni, preferendo criticare in via solo indiretta quest'ultima (cfr. la sentenza del 16 luglio 1998, causa C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG c. Hartlauer Handelsgesellschaft mbH.*, *Raccolta*, p. I-4799, in relazione alla sentenza del 3 dicembre 1997, causa E-

Così facendo, i giudici EFTA hanno utilizzato nella maniera più efficace i “margin di manovra” previsti dalla normativa SEE, la quale, pur affermando una sorta di “dipendenza istituzionale” della giurisprudenza EFTA dalla quella comunitaria, enuncia il fondamentale principio per cui l’interpretazione e l’applicazione del diritto SEE e del diritto comunitario deve avvenire “in full deference to the *independence of courts*”¹⁹.

Tale caratteristica pone quindi la Corte EFTA in un rapporto non solo di recepimento ma anche di autonomia rispetto al sistema comunitario²⁰. Ed è proprio il binomio “omogeneità/autonomia”²¹, la cui manifestazione più evidente è nel rapporto bilaterale e di influenza reciproca tra le due Corti europee, a costituire l’aspetto più interessante del sistema di tutela giurisdizionale EFTA²².

La sentenza *Pedicel*, quindi, ha carattere paradigmatico perché, oltre a recepire la giurisprudenza comunitaria, presenta un forte carattere di autonomia – nella duplice natura di dialogo e di dialettica – nei confronti della giurisprudenza della Corte CE.

2/97, *Mag Instrument Inc. v. California Trading Company Norway*, Report of the EFTA Court, p. 127, riguardante la materia delle importazioni parallele) o evitando di pronunciarsi espressamente sul ragionamento da essa svolto (cfr. la sentenza del 23 ottobre 1997, causa C-189/95, *Allmänna Åklagaren c. Harry Franzén*, Raccolta, p. I-5909, in relazione alla sentenza del 27 giugno 1997, causa E-6/96, *Tore Wilhelmsen AS v. Oslo kommune*, Report of the EFTA Court, p. 53, concernente i monopoli nazionali con carattere commerciale). Sulla giurisprudenza della Corte EFTA concernente materie non ancora trattate dalla Corte di giustizia comunitaria si veda in particolare C. BAUDENBACHER, *Homogenität-Parallelität-Going First-Betrachtungen zur Rechtsstellung des EFTA-Gerichtshofs am Beispiel der Rechtsprechung zur Betriebsübergangsrichtlinie*, in U. HÜBNER, W. F. EBKE (hrsg.), *Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag*, Heidelberg, 1999, p. 55 ss.

¹⁹ È quanto prevedono il “considerando” 15 del Preambolo e l’art. 106 dell’Accordo SEE (corsivo aggiunto).

²⁰ B. ACHOUR, *Rapport final*, in B. ACHOUR, S. LAGHMANI (sous la direction de), *Justice et juridictions internationales*, Paris, 2000, p. 332 definisce i rapporti tra tribunali internazionali in questi termini: “...rapports dialectiques entre l’autonomie et la dépendance”.

²¹ Questa è l’espressione utilizzata da A. TOLEDANO LAREDO, *Principes et objectifs de l’Accord EEE. Éléments de réflexion*, in O. JACOT-GUILLAMORD (sous la direction de), *op. cit.*, p. 565.

²² Del resto, è sintomatico che gli Stati membri dell’Unione europea decidano di partecipare, attraverso i diversi strumenti procedurali messi a loro disposizione dall’Accordo, in numerose controversie dinanzi alla Corte EFTA: un così grande interesse non si spiegherebbe se alla base non vi fosse la convinzione di potere influenzare i giudici EFTA nella formulazione di sentenze suscettibili di incidere a loro volta sugli orientamenti della Corte di giustizia comunitaria impegnata nell’interpretazione del diritto comunitario nonché del diritto SEE. Sul punto si veda C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court Ten Years On*, cit., p. 35.

2. La sentenza *PediceL*²³ trae origine dal ricorso pregiudiziale²⁴ proposto con decisione del 7 luglio 2004 dal Consiglio del Mercato norvegese (*Markedsrådet*), ai sensi dell'art. 34 dell'Accordo SEE.

Il Consiglio chiese alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione delle norme dell'Accordo disciplinanti la libera circolazione dei beni e dei servizi per la risoluzione di una controversia sorta tra la società *PediceL A/S* ed il Direttorato norvegese per la salute e gli affari sociali. Tale controversia ha per oggetto l'imposizione di una sanzione amministrativa nei confronti della *PediceL* per viola-

²³ Per un breve commento alla sentenza si veda J. GLÖCKNER, *Die Keck-Doktrin ist tot – es lebe die Keck-Doktrin! PediceL AS v. Sosial- og helsedirektoratet, EFTA-GH vom 25. Februar 2005, E-4/04*, in *EL Reporter*, 2005, n. 4, p. 144 ss., in specie pp. 146-148.

²⁴ La Corte EFTA esercita competenze sia contenziose che interpretative (articoli 31-41 dell'*ESA/Court Agreement*). Per quanto concerne le seconde, essa si pronuncia su richiesta dei giudici degli Stati EFTA, sulla scorta di quanto prevede l'art. 34 dell'*ESA/Court Agreement*. Sebbene tale norma risulti essere “modellata” sull'art. 234 TCE, si differenzia dalla “classica” competenza pregiudiziale comunitaria sotto tre profili: la pronuncia della Corte EFTA è definita come parere consultivo (*advisory opinion*) dallo stesso *ESA/Court Agreement*, all'art. 34; non è introdotta alcuna distinzione tra i giudici di ultima istanza, che sarebbero obbligati a rivolgersi alla Corte EFTA, e gli altri organi giurisdizionali, sui quali non graverebbe tale obbligo, ma il rinvio è sempre facoltativo e, in alcuni casi, suscettibile di essere limitato ai soli giudici di ultima istanza; infine, oggetto della richiesta di interpretazione può essere solamente l'Accordo SEE e non il complesso del diritto SEE. Nonostante tali divergenze, dalle quali sembrerebbe doversi ritenere il minore grado di vincolatività delle pronunce ex art. 34 dell'Accordo SEE rispetto a quelle emanate dalla Corte comunitaria ai sensi dell'art. 234 TCE, l'atteggiamento dei giudici EFTA rispetto alla stessa definizione di tali pronunce è apparso ambiguo sin dall'inizio di attività della Corte. Questa ha infatti utilizzato il termine “*judgment*” nelle prime pronunce rese ex art. 34, per poi servirsi esclusivamente del termine “*advisory opinion*” dal caso del 19 dicembre 1996, causa E-2/96, *Jørn Ulstein and Per Otto Røiseng v. Asbjørn Møller, Report of the EFTA Court*, p. 65, fino al caso del 14 luglio 2000, causa E-2/00, *Allied Colloids and others v. the Government of Norway, Report of the EFTA Court*, p. 35, in cui la Corte ha ripreso a definire tale tipo di pareri come vere e proprie sentenze, servendosi del termine “*judgment*”. Per un esame delle differenze tra le due Corti europee, in materia di obbligo e/o facoltà in capo ai giudici nazionali di rinvio interpretativo e di limitazioni *ratione materiae* circa la normativa da interpretare, si veda L. FUMAGALLI, *Spazio economico europeo e garanzie giurisdizionali*, cit., pp. 488-491. Nonostante l'esistenza di differenze tra le due Corti europee, sembra da accogliere la posizione sostenuta da quella parte della dottrina, oramai dominante, secondo la quale vi sarebbe una sostanziale equivalenza – *de facto* – con la competenza pregiudiziale comunitaria, anche con riguardo al tema dell'efficacia giuridica. Sul punto si vedano, tra gli altri, J. FORMAN, *op. cit.*, p. 769 s.; M. EYJÓLFSSON, *op. cit.*, in specie p. 192. Del resto, è bene ricordare che fino ad oggi le *advisory opinions* emanate dalla Corte EFTA sono state sempre rispettate dai giudici nazionali, costituendo così un “essential means of vertical cooperation”, come affermato da C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court Ten Years On*, cit., p. 34. Recentemente, lo stesso Presidente del Tribunale amministrativo del Liechtenstein ha riconosciuto di aver articolato la sua giurisprudenza attraverso un recepimento costante delle *advisory opinions* della Corte EFTA. Vedi A. BATLINER, *Die Anwendung des EWR-Rechts durch liechtensteinische Gerichte-Erfahrungen eines Richters*, in *Liechtensteinische Juristenzeitung*, 2004, p. 139 ss. Sulla procedura dinanzi alla Corte EFTA, esaminata alla luce delle differenze con la Corte di giustizia comunitaria, si veda R. PLENDER (ed.), *European Court Procedure*, London, 2000, in specie pp. 2003-2008. Per le ragioni descritte, si è deciso di utilizzare indifferentemente i termini “sentenza” e “pronuncia pregiudiziale” per citare le pronunce rese ai sensi dell'art. 34 dell'Accordo SEE, come quella in commento.

zione del divieto di pubblicità sulle sostanze alcoliche stabilito dalla Sezione 9-2 della Legge norvegese sulla vendita dei prodotti alcolici del 2 giugno 1989. Motivo della sanzione è la pubblicazione da parte di Pedicel della rivista “Vinforum”, specializzata nel settore enologico e rivolta “ad intenditori ed amanti del vino”²⁵, il cui numero del dicembre 2003 conteneva inserzioni pubblicitarie di diverse “etichette” di vino²⁶.

Pedicel non contesta né l’applicazione della Sezione 9-2 del regolamento n. 1292 dell’11 dicembre 1997 sulla vendita dei prodotti alcolici alla rivista né l’inapplicabilità alla presente fattispecie della Sezione 9-3 del richiamato regolamento, in base alla quale sono escluse dal divieto determinate forme di pubblicità. Al contrario, pur riconoscendo che il commercio di prodotti alcolici è ricompreso nel paragrafo 1 della Sezione 9-2 della Legge, Pedicel ritiene che un divieto di pubblicità a carattere generale del tipo di quello vigente nell’ordinamento norvegese è da ritenersi incompatibile con gli articoli 11 e 36 dell’Accordo SEE.

I quesiti sollevati dal giudice norvegese sono tre: con il primo viene domandato alla Corte se gli articoli 18²⁷ e 23²⁸ debbano essere interpretati nel senso di ritenere applicabile l’Accordo, in maniera specifica gli articoli 11²⁹ e 36³⁰, anche

²⁵ Questa è l’espressione utilizzata nella rivista, ripresa altresì dai giudici EFTA nella trattazione dei fatti della causa, al punto 3 della sentenza.

²⁶ La Sezione 9-4 della Legge attribuisce al Direktoratato per la salute e gli affari sociali il potere di adottare decisioni di rettifica, in via autonoma o unitamente all’imposizione di una multa, in caso di violazione del divieto. Tali decisioni possono poi essere impugnate dinanzi al Consiglio del Mercato norvegese come previsto nella Sezione 9-5. Sulla natura giurisdizionale di tale organo quale condizione di ammissibilità ai sensi dell’art. 34, par. 2 dell’Accordo che istituisce un’Autorità di vigilanza ed una Corte di giustizia, cfr. la sentenza del 16 giugno 1995, cause riunite E-8/94 e E-9/94, *Mattel Scandinavia A/S and Lego Norge A/S v. Forbrukerombudet*, Report of the EFTA Court, p. 113, par. 15. In generale, sui criteri applicati dalla Corte EFTA nell’individuazione dei diversi organi giurisdizionali nazionali, corrispondenti a quelli applicati dalla Corte CE (cui rinvia la Corte EFTA a partire dalla sentenza *Restamark*, par. 8) si vedano V. KRONENBERGER, *op. cit.*, pp. 200-202; C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court Ten Years On*, cit., pp. 21-23.

²⁷ “Without prejudice to the specific arrangements governing trade in agricultural products, the Contracting Parties shall ensure that the arrangements provided for in Articles 17 and 23 (a) and (b), as they apply to products other than those covered by Article 8(3), are not compromised by other technical barriers to trade. Article 13 shall apply”.

²⁸ “Specific provisions and arrangements are laid down in: (a) Protocol 12 and Annex II in relation to technical regulations, standards, testing and certification; (b) Protocol 47 in relation to the abolition of technical barriers to trade in wine; [...] They shall apply to all products unless otherwise specified”. Per completezza d’indagine, si ricorda che il Protocollo n. 47, nella sua parte introduttiva, dispone che: “[t]he Contracting Parties shall authorize imports and marketing of wine products, originating in their territories, which are in conformity with the EC legislation, as adapted for the purposes of the Agreement, as set out in Appendix 1 to this Protocol related to product definition, oenological practices, composition of products and modalities for circulation and marketing. [...] For all purposes other than trade between the EFTA States and the Community, the EFTA States may continue to apply their national legislation”.

²⁹ “Quantitative restrictions on imports and all measures having equivalent effect shall be prohibited between the Contracting Parties”.

³⁰ “1. Within the framework of the provisions of this Agreement, there shall be no restrictions on freedom to provide services within the territory of the Contracting Parties in respect of natio-

al vino, tenuto conto del fatto che esso non è incluso nella lista di prodotti cui è fatto rinvio ai sensi dell'art. 8, par. 3³¹; con il secondo si chiede se a giudizio della Corte i medesimi articoli 11 e/o 36 possano ricomprendere nel loro ambito di applicazione anche una normativa nazionale recante il divieto di pubblicità di sostanze alcoliche come quella contenuta nella Sezione 9-2 della Legge norvegese del 1989; con il terzo, infine, nel caso di risposta affermativa al secondo quesito, si pone il problema circa la possibilità che tale divieto sia mantenuto per ragioni di tutela della salute e, se del caso, sia ritenuto conforme al principio di proporzionalità vigente nel sistema SEE, alla luce del principio di precauzione così come formulato dalla giurisprudenza della Corte EFTA e da quella della Corte CE. Da ciò emerge, dunque, come l'individuazione degli effetti potenziali sul commercio delle bevande alcoliche tra i Paesi dello SEE derivanti dal divieto di pubblicità costituisca il motivo principale di contrasto tra Pedidel ed il Direttorato³². La prima sottolinea l'importanza della pubblicità quale strumento atto a garantire la compenetrazione tra diversi mercati nazionali ed in particolare la penetrazione di un operatore economico nel mercato di altri Stati. Alla base dell'impugnazione posta in essere dalla Pedidel vi è la convinzione che un divieto generale di pubblicità di sostanze alcoliche favorisca l'industria nazionale, in particolare i produttori di birra già installatisi nel territorio norvegese, a tutto svantaggio delle imprese straniere. La premessa da cui muove il Direttorato consiste invece nella considerazione per cui il divieto generale di pubblicità oggetto della presente controversia, producendo una riduzione della domanda di prodotti alcolici da parte della popolazione, costituisce un elemento imprescindibile della politica nazionale nel campo dei prodotti enologici, la cui finalità principale è il perseguimento di un elevato livello di tutela della salute³³.

nals of EC Member States and EFTA States who are established in an EC Member State or an EFTA State other than that of the person for whom the services are intended. 2. Annexes IX to XI contain specific provisions on the freedom to provide services”.

³¹ “Unless otherwise specified, the provisions of this Agreement shall apply only to: (a) products falling within Chapters 25 to 97 of the Harmonized Commodity Description and Coding System, excluding the products listed in Protocol 2; (b) products specified in Protocol 3, subject to the specific arrangements set out in that Protocol”.

³² Cfr. quanto riportato nel *Report for the Hearing* dal giudice Baudenbacher, relatore della sentenza in commento, con particolare riferimento ai paragrafi 25 e 34.

³³ Secondo il Direttorato, il richiamato divieto di pubblicità rappresenta un fattore fondamentale del “primo pilastro” della politica norvegese in tale settore; il secondo pilastro è invece costituito da una serie di norme nazionali di carattere restrittivo, tra cui l'imposizione di una tariffa unica per questa categoria di prodotti venduti in regime di monopolio, il basso numero di negozi specializzati in tale settore, i loro orari di apertura e chiusura, l'età minima per l'acquisto di alcolici, ecc.. A tale proposito, è di un certo interesse notare che il Direttorato norvegese opera un rinvio implicito alla precedente giurisprudenza della Corte EFTA in materia di *vendita* – non quindi di pubblicità – di sostanze alcoliche in Norvegia, in base alla quale l'applicazione restrittiva della normativa dell'Accordo SEE avrebbe contribuito ad incrementare il loro consumo così da indebolire la politica nazionale in questo settore. A tale proposito cfr. in particolare le sentenze *Restamark* e *Gundersen*. Sulla posizione espressa dal Direttorato cfr. il par. 34 del *Report for the Hearing*.

3. Al fine di evidenziare la rilevanza del diritto comunitario e della giurisprudenza della Corte CE nella giurisprudenza EFTA occorre individuare i punti del ragionamento svolto dai giudici EFTA maggiormente significativi per mostrare in quale maniera tali giudici, sulla base dell'art. 3 dell'*ESA/Court Agreement*, provvedono ad interpretare ed applicare, nel caso in esame, la normativa SEE alla luce della giurisprudenza comunitaria.

Per quanto riguarda il primo quesito di pregiudizialità³⁴, la Corte rileva che, ai sensi dell'art. 8, par. 3 dell'Accordo SEE, le previsioni di tale Accordo si applicano esclusivamente ai prodotti ricompresi nei capitoli 25-97 dell'*Harmonized Commodity Description and Coding System*³⁵. Ora, considerato l'inserimento del vino nel Capitolo 22, esso è da ritenere al di fuori dello scopo generale dell'Accordo. Il problema si pone dal momento che, nonostante tale dato normativo, Pedicel ritiene che anche il vino, quale prodotto agricolo, deve essere protetto contro misure aventi effetto equivalente alle restrizioni quantitative del commercio, ricavando tale convinzione da quanto dispone l'art. 18 dell'Accordo SEE. Tale norma stabilisce che il divieto di barriere tecniche al commercio del vino così come previsto dall'art. 23, lett. b) – il quale rinvia a sua volta al Protocollo n. 47 – non deve essere aggirato attraverso la costituzione di “altre barriere tecniche al commercio”. L'elemento discriminante è dunque capire se possano ritenersi sinonimi “le barriere tecniche al commercio” di cui all'art. 18 e “le misure aventi effetto equivalente” ritenute inammissibili ai sensi dell'art. 11: se la risposta fosse affermativa sarebbe accolta la tesi della Pedicel. Il punto centrale, ai fini della presente analisi, è che la Corte, nell'escludere tale equivalenza, si fonda sul diritto comunitario, rilevando che lo scopo del Protocollo n. 47 è di facilitare il commercio di bevande etiliche a patto che siano in conformità, appunto, con la normativa comunitaria richiamata dall'appendice 1 di detto protocollo, recante il divieto di barriere tecniche al commercio non rientranti nella nozione di misura di effetto equivalente³⁶. L'art. 18, riferendosi proprio a tale normativa, dunque, non deve essere inteso nel senso di vietare l'adozione di misure di effetto equivalente, ma di ritenere inammissibili ulteriori requisiti tecnici, così come previsto dall'ordinamento comunitario³⁷. Secondo i giudici EFTA, una interpretazione diversa, in base alla quale l'art. 11 si applicherebbe anche al vino, avrebbe l'effetto di estendere, in maniera indebita, l'elenco di

³⁴ Sul primo quesito, con particolare riferimento all'applicabilità dell'art. 11 dell'Accordo SEE, cfr. i paragrafi 23-29 della sentenza.

³⁵ L'*Harmonized System* è un Protocollo annesso all'Accordo SEE contenente la lista di prodotti ai quali esso non si applica (capitoli 1-24) ed un'altra lista di merci rientranti, invece, nell'ambito di applicazione dell'Accordo (capitoli 25-97).

³⁶ A tale proposito è bene rilevare che l'Autorità di vigilanza, nel mettere in evidenza che la nozione di “barriere tecniche al commercio” si riferisce ad altri regimi giuridici disciplinanti il libero commercio, oltre a richiamare la direttiva n. 83/189 del Consiglio, opera un rinvio anche al diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio e, in maniera particolare, alla normativa GATT. Cfr. il par. 45 del *Report for the Hearing*.

³⁷ È quanto sostenuto in primo luogo dalla Commissione europea, come risulta dal par. 52 del *Report for the Hearing*.

prodotti inclusi nell'oggetto dell'Accordo³⁸. La Corte accoglie pertanto la tesi del Direttorato, secondo il quale il fatto che il Protocollo n. 8 dell'Accordo preveda espressamente l'applicabilità dell'art. 16 al vino, con riferimento quindi ad una fattispecie specifica, dimostrerebbe *a contrario* che esso non è oggetto di disciplina da parte dell'Accordo³⁹.

Oggetto del secondo quesito è l'applicabilità degli articoli 11 e 36 dell'Accordo SEE al divieto generale di pubblicità per bevande alcoliche previsto dalla Sezione 9-2 della Legge norvegese⁴⁰. Occorre dunque capire se tale divieto possa produrre indebite restrizioni alla libera circolazione delle merci e dei servizi in ambito EFTA⁴¹. Secondo la Pedicel, il divieto previsto dalla normativa norvegese colpisce il commercio di prodotti provenienti da altri Stati parti dell'Accordo in maniera più incisiva rispetto a quelli nazionali, così da costituire una misura ad effetto equivalente ai sensi dell'art. 11 ed una restrizione commerciale *ex art.* 36. Il Direttorato, d'altra parte, riconosce che la misura oggetto d'indagine sia potenzialmente capace di restringere il commercio internazionale nel settore delle sostanze alcoliche e dei servizi di pubblicità delle medesime, ma ciò solo in via ipotetica, poiché in concreto non vi sarebbero prove sufficienti circa l'esistenza di conseguenze negative di questo tipo.

La Corte, non ritenendo esaustive le informazioni fornite dalla Norvegia e considerata la giurisprudenza consolidata in materia, in base alla quale qualsiasi misura anche solo potenzialmente lesiva del commercio tra Stati membri sarebbe da considerarsi incompatibile con l'Accordo, accoglie la tesi della Pedicel.

Alla base del ragionamento svolto dai giudici EFTA si situa la giurisprudenza comunitaria. La Corte, infatti, oltre alla sentenza *Dassonville*⁴², prima richiama la sentenza *De Agostini*⁴³, dalla quale si ricava che, nel caso di attività promozionali, i prodotti provenienti da altri Paesi membri rischierebbero di essere maggiormente penalizzati rispetto a quelli aventi la medesima origine nazionale del Paese in cui vige il divieto. In seguito, la Corte, sebbene rilevi che sia compito dei tribunali nazionali l'esame della singola fattispecie, traendo spunto da

³⁸ *Ad adiuvandum* la Corte afferma che l'art. 18 si limita a richiamare il solo art. 13 e non anche l'art. 11.

³⁹ L'art. 16 applica il principio di non discriminazione ai prodotti fabbricati e messi in commercio in regime di monopolio con carattere commerciale. Sul punto cfr. il par. 35 del *Report for the Hearing*.

⁴⁰ Sul secondo quesito cfr. i paragrafi 41-50 della sentenza.

⁴¹ Si precisa che oggetto di esame dinanzi alla Corte non è la questione della ricomprensione del vino e della sua pubblicità nell'oggetto e nello scopo dell'Accordo, questione già risolta in senso negativo nella trattazione del primo quesito, quanto piuttosto la compatibilità con l'Accordo di una normativa nazionale riguardante *esclusivamente* le sostanze alcoliche rientranti nel suo ambito di applicazione, ossia la birra e alcuni altri prodotti alcolici come il whisky. A tale proposito la Corte richiama le sentenze *Wilhelmsen, Restamark* e la sentenza del 15 marzo 2002, causa E-9/00, *EFTA Surveillance Authority v. Norway, Report of the EFTA Court*, p. 72.

⁴² Sentenza dell'11 luglio 1974, causa 8/74, *Procureur du Roi c. Benoît et Gustave Dassonville*, *Raccolta*, p. 837.

⁴³ Sentenza del 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95-36/95, *Konsumentombudsmannen c. De Agostini and TV-Shop i Sverige*, *Raccolta*, p. I-3843.

quanto affermato nella sentenza *Gourmet*⁴⁴, ritiene che nel settore delle bevande alcoliche un divieto generale come quello oggetto della presente controversia sia in grado di limitare, anche solo in via ipotetica, “the market access for products from other Member States more than for products from domestic producers”, in ragione dell’incidenza che assumono le usanze e le tradizioni nazionali sulla vendita di tali prodotti.

Per quanto riguarda la libera circolazione dei servizi, la Corte giunge alla medesima conclusione cui è pervenuta nella risoluzione del primo quesito. I giudici EFTA, fondandosi sempre sulla giurisprudenza comunitaria, ritengono che il divieto di pubblicità previsto nella normativa norvegese sia tale da ostacolare in maniera incisiva l’accesso al mercato sia nei confronti dei fornitori che dei destinatari del servizio, soprattutto in ragione del carattere internazionale del mercato della pubblicità nella categoria dei prodotti interessati dal divieto⁴⁵. La misura norvegese costituisce pertanto un’indebita restrizione commerciale ai sensi dell’art. 36 dell’Accordo.

La Corte, infine, affronta il terzo quesito formulato dai giudici norvegesi concernente la possibilità di giustificare il divieto generale previsto dalla normativa norvegese sulla base di considerazioni attinenti alla tutela della salute, nel rispetto del principio di proporzionalità⁴⁶.

Le disposizioni suscettibili di essere applicate al caso in esame, quali deroghe alla libera circolazione delle merci, al diritto di stabilimento ed alla libera circolazione dei servizi, sono rispettivamente gli articoli 13⁴⁷, 33⁴⁸ e 39⁴⁹ dell’Accordo⁵⁰.

⁴⁴ Sentenza dell’8 marzo 2001, causa C-405/98, *Konsumentombudsmannen (KO) c. Gourmet International Products AB (GIP)*, Raccolta, p. I-1795, relativa alla compatibilità con il diritto comunitario della normativa svedese sulla pubblicità per le bevande alcoliche. Al fine di sottolineare l’incompatibilità con l’Accordo SEE della Sezione 9-2 della Legge norvegese, è significativo quanto rilevato dalla Pedicel la quale, partendo dalla considerazione per cui la normativa svedese presenta un minore grado di restrizione commerciale rispetto a quella norvegese, giunge *a fortiori* a ritenere contraria all’Accordo la normativa norvegese qui contestata (*Report for the Hearing*, par. 29).

⁴⁵ Sul punto cfr. la sentenza *Gourmet*, paragrafi 38-39.

⁴⁶ Sul terzo quesito cfr. i paragrafi 51-61 della sentenza.

⁴⁷ “The provisions of Articles 11 and 12 shall not preclude prohibitions or restrictions on imports, exports or goods in transit justified on grounds of public morality, public policy or public security; the protection of health and life of humans, animals or plants; the protection of national treasures possessing artistic, historic or archaeological value; or the protection of industrial and commercial property. Such prohibitions or restrictions shall not, however, constitute a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on trade between the Contracting Parties”.

⁴⁸ “The provisions of this Chapter [si tratta del *Chapter 2: Right of Establishment*] and measures taken in pursuance thereof shall not prejudice the applicability of provisions laid down by law, regulation or administrative action providing for special treatment for foreign nationals on grounds of public policy, public security or public health”.

⁴⁹ Ai sensi di tale norma: “The provisions of Articles 30 and 32 to 34 shall apply to the matters covered by this Chapter”.

⁵⁰ A tale proposito è curioso constatare che la Corte non solo si limita a richiamare esclusivamente gli articoli 13 e 33, senza citare l’art. 39, ma perviene altresì a rilevare “that the protection

A prescindere dalle considerazioni sulla categoria di norme richiamate dalla Corte, i giudici EFTA muovono dalla premessa secondo la quale queste devono essere interpretate in maniera restrittiva in ragione della loro natura derogatoria.

Per quanto riguarda l'applicabilità "in astratto" di tali norme alla fattispecie in esame, la Corte si fonda sul diritto comunitario al fine di affermare che il divieto generale di pubblicità di bevande alcoliche costituisce uno strumento legittimo di tutela della salute, in quanto tale non configurabile quale ingiustificata restrizione commerciale tra Stati membri⁵¹.

Con riferimento all'applicazione "in concreto" delle deroghe previste dall'Accordo, la Corte EFTA pone nuovamente al centro della sua analisi la giurisprudenza comunitaria dalla quale si ricava che gli Stati, pur godendo di ampia discrezionalità nella formulazione e nell'attuazione delle loro politiche in materia di alcolici, devono rispettare il principio di proporzionalità⁵².

La Corte prosegue nell'affermare che, richiedendo il *test* di proporzionalità un'analisi particolareggiata delle circostanze di fatto della causa, così come previsto dal diritto comunitario⁵³, l'organo maggiormente competente nel rilevare se la misura di carattere generale adottata dal Governo norvegese sia proporzionata all'obiettivo di tutela della salute è il tribunale nazionale. Ciò non impedisce però alla Corte EFTA, nella sua funzione di orientamento interpretativo nei confronti dei giudici interni⁵⁴, di mettere a confronto la fattispecie oggetto di esame con quelle della precedente giurisprudenza comunitaria, giungendo alla conclusione per cui, sebbene la Corte CE abbia ritenuto compatibili con il diritto comunitario misure nazionali restrittive della pubblicità di bevande alcoliche, queste, nelle diverse sentenze comunitarie, avevano connotati "meno pervasivi" rispetto

of public health is recognized in both Articles 13 and 33 EEA as a possible basis for exemption from principles of free movement of goods and services" (par. 52), considerando così l'art. 33 quale norma disciplinante la libera circolazione dei servizi. È invece sufficiente svolgere una breve disamina dell'Accordo per constatare che tale libertà di circolazione non è tutelata da questa disposizione, relativa invece al diritto di stabilimento, ma dall'art. 39. Tale disattenzione sembra essere significativa. La Corte, infatti, nel prosieguo dell'analisi si sofferma quasi esclusivamente sull'interpretazione dell'art. 13 e quindi sulle problematiche relative alla libera circolazione delle merci, giungendo così a sottovalutare l'importanza della disciplina dei servizi, anche con riferimento all'eventuale applicazione del principio di precauzione alla presente fattispecie.

⁵¹ La Corte richiama la sentenza della Corte di giustizia del 10 novembre 1994, causa C-320/93, *Ortscheit c. Eurim-Pharm*, Raccolta, p. I-5243.

⁵² Sulla discrezionalità degli Stati in tale settore la Corte rinvia alla sentenza del 3 dicembre 1997, causa E-1/97, *Fridtjof Frank Gundersen v. Oslo Kommune*, Report of the EFTA Court, p. 108; sul principio di proporzionalità sono invece richiamate la sentenza del 25 luglio 1991, causa C-1/90, *Aragonesa de Publicidad Exterior and Publivía c. Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña*, Raccolta, p. I-4151 e la sentenza del 13 luglio 2004, causa C-262/02, *Commissione c. Francia*, Raccolta, p. I-6569.

⁵³ È di nuovo fatto rinvio alla sentenza *Gourmet*.

⁵⁴ La Corte EFTA, al par. 57, afferma: "The Court can only give general guidance as to which elements are to be taken into account".

al caso *Pedice*⁵⁵. È, dunque, proprio sulla base dell'esame comparato con la giurisprudenza comunitaria che la Corte EFTA giunge ad escluderne l'applicabilità al caso di specie, in ragione del fatto che il Governo norvegese avrebbe potuto adottare una normativa meno restrittiva rispetto a quella prevista dalla Sezione 9-2 della Legge sulla vendita dei prodotti alcolici.

4. Nella sentenza in esame, oltre al recepimento della giurisprudenza comunitaria, è possibile individuare la contestuale presenza di una relazione di tipo dialogico tra Corte EFTA e Corte CE da un lato e, dall'altro, di tipo dialettico tra la Corte EFTA ed il sistema comunitario, ivi compresa la giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado.

Con riguardo al dialogo, si fa riferimento all'interpretazione del principio di precauzione in relazione ad una questione mai trattata in precedenza dai giudici comunitari, ossia l'ipotetica applicabilità del principio di precauzione al divieto generale di pubblicità delle bevande alcoliche. Per quanto concerne il rapporto dialettico, ci si riferisce alla tesi accolta dai giudici EFTA circa l'esclusione di tale servizio di pubblicità dall'oggetto e dallo scopo dell'Accordo SEE e la sua compatibilità con la normativa SEE concernente la libera circolazione dei servizi, tesi opposta a quella formulata dalla Commissione europea⁵⁶ e, in quanto tale, al di fuori della stessa logica che informa il sistema comunitario⁵⁷.

Nella sentenza *Pedice*, pertanto, oltre al fenomeno di *mirror jurisdiction* che si manifesta con il costante ed univoco rinvio della Corte EFTA alla giurisprudenza comunitaria, si assiste allo sviluppo di tale fenomeno sotto forma di reci-

⁵⁵ Infatti, nella sentenza *Aragonesa* (punto 58) il divieto nazionale era limitato a quelle bevande che contenessero un tasso alcolico maggiore ai 23 gradi e fossero messe in commercio nei luoghi frequentati da categorie "maggiormente a rischio", quali i motociclisti e i giovani. Nella sentenza del 13 luglio 2004, causa C-429/02, *Bacardi France SAS c. Télévision française*, *Raccolta*, p. I-6613 e nella sentenza del 13 luglio del 2004, *Commissione c. Francia*, invece, la normativa oggetto di contestazione recava un divieto di pubblicità indirizzato esclusivamente al "mezzo" televisivo.

⁵⁶ La Commissione europea può sottoporre osservazioni scritte alla Corte EFTA e financo intervenire nella fase processuale ai sensi dell'art. 36 dello Statuto e dell'art. 89 delle Regole di procedura. Fino ad oggi, la Commissione ha influito in misura considerevole sugli orientamenti giurisprudenziali dei giudici EFTA, avendo sottoposto osservazioni scritte in tutte le controversie sorte dinanzi alla Corte. Nel fare ciò ha utilizzato come parametro interpretativo la giurisprudenza della Corte CE, assurgendo al ruolo di interprete – se non *autentico*, di certo privilegiato – della giurisprudenza comunitaria, sopperendo in un certo qual modo all'assenza di un avvocato generale nella struttura istituzionale dello SEE (in tale senso si esprime J. FORMAN, *op. cit.*, p. 770 s.). Nel caso di specie, come si vedrà, la Commissione individua l'emersione di un potenziale contrasto giurisprudenziale tra la presente sentenza, qualora non venga affermata l'incompatibilità del divieto oggetto di esame con il diritto SEE, e la sentenza *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*, causa C-71/02, *Raccolta*, p. I-3025, emessa dalla Corte CE il 25 marzo 2004.

⁵⁷ Per tenere conto del diverso grado di autonomia della Corte EFTA rispetto alla giurisprudenza comunitaria, nel quadro del rapporto dialogico o dialettico che la lega alla Corte CE, si è scelto di esaminare prima il terzo quesito ove è possibile ravvisare tale tipo di rapporto dialogico e, poi, il primo quesito da cui si evince una propensione dialettica – seppure limitata ad una questione specifica – della giurisprudenza EFTA nei confronti della Commissione europea e della Corte di giustizia.

proche influenze tra le due giurisprudenze e non quindi per via di un supposto “monopolio” interpretativo della Corte CE nei confronti della giurisprudenza EFTA. Con riferimento ad una specifica questione concernente lo scopo e l’oggetto dell’Accordo SEE, invece, il dialogo così instauratosi si è potuto sviluppare attraverso l’affermazione di una significativa distonia interpretativa tra le due Corti. I giudici EFTA, infatti, rispetto a tale questione, su cui si sono pronunciati prima della Corte comunitaria, hanno formulato in maniera autonoma e consapevole un ragionamento, contrastante con i principi-cardine del diritto comunitario che orientano il complesso della giurisprudenza della Corte CE e, dunque, potenzialmente confliggente con la successiva ed eventuale giurisprudenza comunitaria in materia. Tale affermazione è dimostrata dall’esistenza di un contrasto tra la posizione espressa dalla Commissione europea, intervenuta nella procedura ai sensi dell’Accordo SEE, e quella formulata dalla Corte EFTA. In effetti, tale contrasto, nelle uniche altre due pronunce in cui è emerso finora⁵⁸, ha sempre preannunciato l’insorgenza di distonie interpretative tra le sentenze EFTA e quelle, successive, emanate dalla Corte CE⁵⁹.

5. La questione circa la possibilità di applicare il principio di precauzione al divieto di pubblicità delle sostanze alcoliche previsto dalla Sezione 9-2 della Legge norvegese sulla vendita dei prodotti alcolici del 2 giugno 1989 è parte del terzo quesito sollevato dal *Markedsrådet*, concernente il contemperamento tra l’obiettivo di tutela della salute e quello del libero commercio. La Corte, dopo avere esaminato i margini di applicazione del principio di proporzionalità alla fattispecie in esame, si concentra sulla domanda dei giudici norvegesi circa l’eventuale rilevanza del principio di precauzione nel settore in esame.

L’interesse di tale questione ai fini della presente analisi si giustifica per due ordini di motivi. In primo luogo, è proprio con riguardo al ruolo del principio di precauzione, quale strumento per il perseguimento dell’obiettivo di protezione della salute, che si ravvisa il maggiore contributo fornito dalla Corte EFTA con la sentenza *Kellogg’s*⁶⁰ allo sviluppo della giurisprudenza comunitaria in materia,

⁵⁸ Si tratta delle sentenze *Maglite e Wilhelmsen*, già citate nella nota 18.

⁵⁹ È dunque possibile pensare che il contrasto tra Commissione e Corte, nella presente fattispecie, costituisca la “prima avvisaglia” per la configurabilità di un terzo caso di divergenza tra le due giurisprudenze europee, se e quando la Corte CE si pronuncerà sulla medesima questione oggetto di esame della presente pronuncia pregiudiziale.

⁶⁰ La sentenza riguarda la commercializzazione di derrate alimentari arricchite di vitamine già oggetto d’esame da parte della Corte di giustizia comunitaria nel caso *Sandoz* (sentenza del 14 luglio 1983, causa 174/82, *Raccolta*, p. 2445), ove si era stabilito che il diritto comunitario non osta alla disciplina nazionale che vieti, salvo previa autorizzazione, la vendita di derrate alimentari, legalmente vendute in un altro Stato membro, cui sia stata aggiunta della vitamina, a meno che la vendita venga autorizzata quando tale aggiunta sia motivata da un’esigenza di ordine tecnico o alimentare. La novità introdotta dalla sentenza *Kellogg’s* consiste proprio nell’applicazione del principio di precauzione in tale materia. La misura contestata consisteva nel divieto imposto dalla legislazione norvegese all’importazione e alla commercializzazione di fiocchi d’avena *Kellogg’s* arricchiti con vitamine e ferro, prodotti e messi in commercio legittimamente negli altri Stati membri dell’Accordo SEE. La Corte EFTA ha respinto la tesi proposta dal Governo norvegese

nel quadro del “dialogo giurisprudenziale”⁶¹ instaurato con la Corte CE⁶². In

secondo la quale era sufficiente dimostrare l’assenza di un valore nutritivo di detto arricchimento per la popolazione norvegese per giustificare una normativa nazionale di carattere restrittivo come quella contestata. Secondo i giudici, infatti, tale fattore poteva essere fatto valere dal Governo norvegese esclusivamente ai fini del *test* di proporzionalità ma non già per richiedere l’applicazione del principio di precauzione alla presente fattispecie. L’aspetto più innovativo della sentenza riguarda il riconoscimento del diritto in capo agli Stati di adottare, in assenza di un’armonizzazione legislativa in materia, una misura restrittiva sulle derrate alimentari attuata sulla base del principio di precauzione per motivi di protezione della salute. Secondo i giudici, una corretta applicazione di tale principio presuppone, in primo luogo, l’identificazione di conseguenze potenzialmente negative per la salute e, in secondo luogo, una valutazione globale del rischio per la salute basata sulle più recenti scoperte scientifiche. Il ragionamento svolto dalla Corte EFTA è stato recepito e sviluppato dal Tribunale di primo grado nei casi *Pfizer Animal Health* (sentenza dell’11 settembre 2002, *Pfizer Animal Health c. Consiglio*, causa T-13/99, *Raccolta*, p. II-3305, punto 115) e *Alpharma* (ordinanza del 30 giugno 1999, causa T-70/99, *Alpharma c. Consiglio, Raccolta*, p. II-2027, punto 136), riguardanti entrambi l’aggiunta di antibiotici nell’alimentazione degli animali, poi nel caso *Monsanto* (sentenza del 9 settembre 2003, causa C-236/01, *Monsanto Agricoltura Italia, Raccolta*, p. I-8105), avente per oggetto l’immissione nel mercato intracomunitario di mais geneticamente modificato (punto 106) e infine nelle sentenze *Commissione c. Danimarca* (sentenza del 23 settembre 2003, causa C-192/01, *Raccolta*, p. I-9693), concernente una fattispecie del tutto simile a quella oggetto di esame nel caso *Kellogg’s e Bellio F.lli* (sentenza dell’1 aprile 2004, causa C-286/02, *Raccolta*, p. I-3465), riguardante il sequestro un prodotto utilizzato per l’alimentazione animale, disposto nei confronti di una società, sulla base del diritto comunitario e potenzialmente in contrasto con l’art. 13 dell’Accordo SEE (punti 57-60). Per completezza d’indagine, si ricordano, infine, i rinvii alla sentenza *Kellogg’s* posti in essere dai due Avvocati generali Mischo e Poiars Maduro rispettivamente nelle conclusioni ai casi *Greenham and Abel* (sentenza del 5 febbraio 2004, causa C-95/01, *Raccolta*, p. I-1333; cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale del 16 maggio 2002, punto 44) e *Commissione c. Paesi Bassi* (sentenza del 2 dicembre 2004, causa C-41/02, *Raccolta*, p. I-11375; cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale del 14 settembre 2004, punto 28). Per un commento alla sentenza *Kellogg’s* e, in generale, sul principio di precauzione nel diritto SEE si veda M. BRONCKERS, *Exceptions to Liberal Trade in Foodstuffs: The Precautionary Approach and Collective Preferences*, in C. BAUDENBACHER, P. TRESSSELT, T. ÖRLYGSSON (eds.), *op. cit.*, pp. 105-115.

⁶¹ Con tale espressione si traduce la formula utilizzata da F. G. JACOBS, *op. cit.* per definire il tipo di rapporto instaurato dalla Corte CE con altri tribunali internazionali, in particolare con la Corte europea dei diritti dell’uomo e la Corte EFTA.

⁶² Come già anticipato nella nota 17, oltre alla sentenza *Kellogg’s*, la giurisprudenza della Corte EFTA è stata oggetto di rinvio, più o meno esplicito, da parte della Corte CE (inclusi gli avvocati generali) e del Tribunale di primo grado in diversi casi concernenti il principio di omogeneità giuridica stabilito dall’Accordo SEE (cfr. la sentenza *Opel Austria c. Consiglio*, punto 107, in cui è fatto rinvio alla sentenza *Restamark* e alla sentenza del 21 marzo 1995, causa E-2/94, *Scottish Salmon Growers Assoc. Ltd v. EFTA Surveillance Authority, Report of the EFTA Court*, p. 59), la responsabilità degli Stati SEE/EFTA (cfr. la sentenza del 15 giugno 1999, causa C-140/97, *Recherberger c. Austria, Raccolta*, p. I-3499, punto 39, nella quale è operato un rinvio alla sentenza *Erla María Sveinbjörnsdóttir*) e la libera circolazione dei capitali (cfr. le conclusioni dell’Avvocato generale Geelhoed del 10 aprile 2003, causa C-452/01, *Ospelt and Schlössle Weissenberg Familienstiftung, Raccolta*, p. I-9743, punto 32 in cui è operato un riferimento alla sentenza del 12 dicembre 2003, causa E-1/03, *EFTA Surveillance Authority v. Iceland, Report of the EFTA Court*, p. 143) nell’opera di interpretazione del diritto SEE. Per quanto riguarda l’interpretazione del diritto comunitario, la Corte CE ha utilizzato talune tesi formulate dalla Corte EFTA con riguardo al settore televisivo (nella sentenza *De Agostini*, punti 37-38, la Corte CE accoglie il ragionamen-

secondo luogo, sebbene i giudici comunitari si siano pronunciati circa l'interpretazione e l'applicazione del principio di precauzione in diversi casi, nella sentenza *Pedidel* i giudici EFTA si pronunciano su una tematica il cui esame non sembra essere stato affrontato fino ad oggi da alcun tribunale internazionale o regionale: l'applicabilità del principio di precauzione alla pubblicità di un prodotto e non al prodotto in quanto tale.

Il ragionamento svolto dai giudici EFTA inizia con il rinvio al nono 'considerando' del Preambolo dell'Accordo SEE e all'art. 174 TCE in base ai quali il principio di precauzione è riconosciuto quale strumento essenziale per il perseguimento di un'efficace politica in materia ambientale. La Corte, successivamente, al fine di mettere in evidenza le caratteristiche principali di tale principio e di rilevarne la progressiva estensione di applicabilità a settori diversi da quello ambientale, rinvia prima alla sentenza *Kellogg's* e poi alla sentenza *Commissione c. Danimarca*, emessa dalla Corte comunitaria il 23 ottobre 2003⁶³. La Corte EFTA richiama quanto affermato dalla Corte EFTA stessa e poi dalla Corte CE secondo cui, nel caso in cui vi sia incertezza scientifica sull'esistenza di rischi per la salute, è ammesso che gli Stati membri possano adottare, in forza del principio di precauzione, misure restrittive del commercio, senza dover attendere che siano esaurientemente dimostrate la fondatezza e la gravità di tali rischi. I giudici EFTA si soffermano poi sulla funzione svolta dal principio di precauzione nell'ambito di una sempre più numerosa varietà di materie esaminate dalla Corte di giustizia comunitaria e dal Tribunale di primo grado. Queste riguardano la messa in commercio di organismi geneticamente modificati (*Monsanto*), la contaminazione incrociata di mangimi destinati per il bestiame con farina di pesce e frammenti di tessuto osseo (*Bellio F.lli*) e, infine, l'alimentazione degli animali arricchita con antibiotici (*Pfizer e Alpharma*)⁶⁴.

to sviluppato dalla Corte EFTA nelle cause riunite *Mattel and Lego*, al diritto del lavoro (cfr. la sentenza dell'11 marzo 1997, causa C-13/95, *Süzen c. Zehnacker Gebäudereinigung BmbH Krankenhausservice*, *Raccolta*, p. I-1259, punto 10, in cui si rinvia alla sentenza *Ulstein*, e le conclusioni dell'Avvocato generale Poirares Maduro del 29 giugno 2004 in cui è fatto riferimento alla sentenza del 30 settembre 2004, causa C-319/03, *Serge Briheche c. Ministère de l'intérieur*, *Raccolta*, p. I-8807, punto 36) e agli aiuti di Stato (cfr. le conclusioni alla sentenza del 20 novembre 2003, causa C-126/01, *GEMO*, *Raccolta*, p. I-1379, punto 77, nota 64, ove l'Avvocato generale Jacobs rinvia alla sentenza del 3 marzo 1999, causa E-4/97, *Norwegian Bankers' Association v. EFTA Surveillance Authority*, *Report of the EFTA Court*, p. 1).

⁶³ Par. 59.

⁶⁴ Sul principio di precauzione nel diritto dell'Unione europea si vedano, tra i contributi più recenti, K.-H. LADEUR, *The Introduction of the Precautionary Principle into EU Law: A Pyrrhic Victory for Environmental and Public Health Law? Decision-Making Under Conditions of Complexity in Multi-Level Political Systems*, in *CML Rev.*, 2003, p. 1455 ss.; L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *La sentencia «Malagutti-Vezinhet»: ¿Quién es responsable de la información facilitada por el sistema comunitario de alerta en el ámbito de la seguridad de los productos?*, in *RDCE*, 2004, p. 917 ss.; J. L. DA CRUZ VILLAÇA, *The Precautionary Principle in EC Law*, in *EPL*, 2004, p. 369 ss.; L. MARINI, *Il principio di precauzione nel diritto internazionale e comunitario: disciplina del commercio di organismi geneticamente modificati e profili di sicurezza alimentare*, Padova, 2004; R. PAVONI, *Biodiversità e biotecnologie nel diritto internazionale e comunitario*, Milano, 2004; P.

Oggetto d'indagine della Corte EFTA è se, sulla base della sua giurisprudenza e di quella comunitaria, il principio di precauzione possa assumere una qualche rilevanza nell'ambito degli effetti nocivi per la salute umana derivanti dalla pubblicità delle bevande alcoliche. Ora, considerato che l'incertezza scientifica sul pericolo per la salute di un prodotto costituisce una condizione indispensabile per l'applicabilità del principio di precauzione e che, nella fattispecie in esame, non vi è alcun dubbio circa tale nocività, essendo certi gli effetti dannosi derivanti dall'assunzione di bevande alcoliche, i giudici EFTA escludono l'applicabilità del principio al prodotto, ossia le bevande alcoliche. Per quanto riguarda il servizio di pubblicità – che costituisce l'oggetto centrale della pronuncia –, la Corte afferma che l'incertezza derivante dalla sua incidenza sul consumo di tali bevande esula dall'ambito di applicazione del principio di precauzione così come delineato nella giurisprudenza della Corte CE, del Tribunale di primo grado e della stessa Corte EFTA. Anche con riferimento al servizio, così come fatto per il prodotto, dunque, i giudici EFTA negano che detto principio possa assumere alcun ruolo di rilievo nella risoluzione della controversia⁶⁵.

La conclusione della Corte, tesa ad evitare un'interpretazione troppo flessibile e “permissiva” del principio di precauzione, è pienamente condivisibile⁶⁶. Qualche perplessità, invece, suscita il tipo di ragionamento elaborato dai giudici per la risoluzione del caso: ciò per due ragioni.

La prima riguarda il contenuto del ragionamento svolto dalla Corte. In primo luogo, i giudici sembrano confondere la questione relativa alla nocività di un prodotto rispetto a quella riguardante le conseguenze potenziali per la salute umana causate dalla pubblicità del prodotto medesimo, pur essendo proprio tale ultima questione l'oggetto della domanda pregiudiziale formulata dal *Markedsrådet*⁶⁷. In secondo luogo, la Corte, nel riconoscere un certo grado di incertezza all'esistenza di pericoli per la salute derivanti dalla pubblicità delle bevande alcoliche, rileva che “such uncertainty, however, does not arise in a

ICARD, *Le principe de précaution façonné par le juge communautaire*, in *RDUE*, 2005, p. 91 ss.; V. HEYVAERT, *Facing the consequences of the precautionary principle in European Community Law*, in *ELR*, 2006, p. 185 ss.

⁶⁵ La Corte afferma che “it is not denied that uncertainty may be present with regard to the assessment of the effects of advertising on the consumption of alcoholic beverages. Such uncertainty, however, does not arise in a domain which would allow for the invocation of the precautionary principle as developed in the case law of the three courts mentioned above [Corte EFTA, Corte CE e Tribunale di primo grado]”. Par. 61.

⁶⁶ Sui rischi derivanti da un uso eccessivo del principio vedi, in particolare, I. S. FORRESTER, *The Dangers of Too Much Precaution*, in M. HOSKINS, W. ROBINSON (eds.), *A True European. Essays for Judge David Edward*, Oxford, 2003, p. 203 ss.

⁶⁷ Le considerazioni svolte nel testo possono estendersi anche a quanto affermato dall'Autorità di vigilanza e dalla Commissione europea nelle osservazioni riportate nel *Report for the Hearing*, rispettivamente ai paragrafi 49 e 55. Addirittura, la Commissione non spende neanche una parola sull'applicabilità del principio di precauzione al servizio di pubblicità, concentrandosi, al contrario, esclusivamente sui potenziali rischi per la salute derivanti dall'assunzione delle bevande alcoliche.

domain...” (corsivo aggiunto). Il termine “*domain*” fa pensare, a differenza di “*framework*”, alle fattispecie sostanziali già esaminate dalla Corte EFTA e dagli organi giurisdizionali comunitari. I giudici sembrano quindi rendere implicito che la non applicabilità si giustifica non solo perché la materia non è mai stata affrontata prima né dalla Corte EFTA né dai giudici comunitari, ma anche e soprattutto perché la fattispecie oggetto di esame non presenta quei caratteri di omogeneità ed affinità che sono invece propri di tutte le altre fattispecie già esaminate a livello EFTA e a livello comunitario. I giudici, invece, avrebbero dovuto rendere esplicito che la ragione della non applicabilità del principio di precauzione consiste nell’assenza di un fondamento scientifico alla base del collegamento tra pubblicità e danni per la salute. Del resto, tale posizione sembra essere “abbozzata” in un primo momento dalla Pedicel nella parte in cui afferma che “*to the effect of advertising on human behaviour, they do not lie within the realm of exact science, precluding the applicability of the precautionary principle*”. È però la stessa Pedicel a contraddirsi nella misura in cui rileva che “*the Courts should not leave to science the role of final arbiters of societal conflicts*”⁶⁸: non si comprende come sia possibile affermare prima che gli effetti sulla salute dell’uomo prodotti dalla pubblicità – non dall’assunzione – delle bevande alcoliche sono privi di qualsivoglia carattere scientifico e poi ritenere inapplicabile il principio di precauzione in ragione del fatto che in caso contrario si affiderebbe in maniera eccessiva alla scienza il ruolo di arbitro nella risoluzione di “conflitti di carattere sociale”.

Le considerazioni svolte circa l’eccessiva stringatezza del ragionamento sviluppato dalla Corte sono strettamente connesse al secondo motivo di critica, riguardante l’incidenza che la sentenza oggetto di esame potrebbe avere in relazione al rapporto tra la Corte EFTA e la Corte CE. Considerato che è proprio in materia di precauzione che la Corte EFTA ha esercitato la sua maggiore influenza sul diritto comunitario e che la questione concernente l’applicabilità del principio di precauzione alla pubblicità di bevande alcoliche costituisce una novità assoluta nel contesto europeo, la Corte EFTA avrebbe potuto cogliere l’occasione per sviluppare un ragionamento più ampio ed elaborato in merito all’applicabilità del principio di precauzione in un settore nuovo come quello in esame. La sentenza, pertanto, pur costituendo un importante precedente per lo sviluppo della giurisprudenza comunitaria in materia, avrebbe potuto svolgere una funzione di indirizzo interpretativo ancora più rilevante nei confronti della Corte CE, così come avvenuto con la sentenza *Kellogg’s*.

6. La Corte EFTA, nella risoluzione del primo quesito di pregiudizialità, dopo aver esaminato l’art. 11 dell’Accordo SEE concernente la regolamentazione del commercio del vino, si concentra sull’interpretazione dell’art. 36 e sulla sua eventuale applicabilità alla pubblicità di prodotti etilici. La norma, posta nel capitolo 3 dell’Accordo, pone il divieto di ingiustificate restrizioni alla libera

⁶⁸ Par. 32 del *Report for the Hearing* (corsivi aggiunti).

circolazione dei servizi. Secondo i giudici EFTA, il fatto che l'art. 8, par. 3 dell'Accordo, che esclude dall'ambito di applicazione di quest'ultimo determinati prodotti, tra cui il vino, sia inserito nella parte seconda, disciplinante la libera circolazione delle merci e, dall'altro, che i servizi non siano ricompresi nell'*Harmonized System*, cui fa rinvio il medesimo articolo, non rappresenta un argomento decisivo a favore della tesi sostenuta – oltre che dalla Pedicel – dall'Autorità di sorveglianza e dalla Commissione europea, favorevoli a ritenere l'art. 36 applicabile ai servizi di pubblicità del vino. Ciò non tanto perché l'art. 8 si riferisce esclusivamente alle merci o perché i servizi non sono inclusi nell'*Harmonized System*; non risulta decisivo neppure quanto è sostenuto dal Direttorato (insieme all'Islanda e alla Polonia), secondo cui sarebbe incoerente una decisione della Corte la quale, dopo aver ritenuto il vino non rientrante nella sfera di applicazione dell'Accordo, considerasse oggetto della sua normativa un servizio di pubblicità finalizzato alla sua messa in commercio⁶⁹. Secondo i giudici EFTA, la ragione principale di tale inapplicabilità risiede nello scopo generale dell'Accordo SEE con riguardo alla regolamentazione del commercio del vino. Questo consiste nell'attribuire agli Stati membri ampia discrezionalità in questa materia, in modo particolare nello svolgimento di quei servizi, come la pubblicità, “inseparably linked to the sale of wine”⁷⁰ e, in quanto tali, situati al di fuori dell'art. 36 dell'Accordo.

La Corte rifiuta la posizione espressa dall'Autorità di vigilanza, secondo cui la vendita di spazi pubblicitari, come nel caso dell'attività svolta dalla società Pedicel, costituisce un “*independent business*”, il cui obiettivo principale non è la messa in commercio del prodotto pubblicizzato quanto piuttosto la vendita dello spazio pubblicitario in sé per sé, così come affermato dalla Corte CE nei due casi *De Agostini* e *Gourmet*⁷¹. Il punto centrale è che, oltre alla posizione espressa dall'Autorità di vigilanza, i giudici EFTA sottopongono a critica la tesi della Commissione europea secondo la quale la questione deve essere affrontata alla luce della sentenza *Karner* emessa dalla Corte CE il 25 marzo 2004. Ad avviso della Commissione, infatti, da tale sentenza è possibile rilevare *a contrario* che qualora la diffusione di uno spazio pubblicitario – e non la vendita di un prodotto – sia lo scopo principale di un'attività, la misura nazionale restrittiva nei confronti di quest'ultima dovrebbe essere esaminata ai sensi delle previsioni concernenti la libera circolazione dei servizi e non delle merci⁷².

⁶⁹ Il Direttorato mette inoltre in risalto che l'Accordo, nei casi in cui si applica a determinate merci escluse dal “general product coverage”, opera un rinvio esplicito, come nel caso dell'art. 8.2 e del Protocollo n. 8, che richiama a sua volta l'art. 16. Sulla posizione del Direttorato in relazione all'art. 36 cfr. i paragrafi 36 e 37 del *Report for the Hearing*.

⁷⁰ Paragrafi 30-40, in particolare il par. 34.

⁷¹ Per la tesi proposta dall'Autorità di vigilanza si veda il par. 46 del *Report for the Hearing*.

⁷² Par. 39 della sentenza. La Commissione sviluppa il suo ragionamento nel par. 53 del *Report for the Hearing*. Nella sentenza *Karner*, ai punti 46-47, la Corte di giustizia afferma che “nel caso in cui un provvedimento nazionale costituisca una restrizione sia alla libera circolazione delle merci sia alla libera prestazione dei servizi, la Corte procede al suo esame, in linea di principio, solamente con riguardo ad una delle due dette libertà fondamentali qualora risulti che, alla luce

Il nucleo centrale della divergenza interpretativa tra la Corte EFTA da un parte e, dall'altra, la Commissione europea e l'Autorità di vigilanza, è chiarito dalle osservazioni svolte da queste due ultime istituzioni, così come riportate dal giudice relatore nel *Report for the Hearing*. Secondo l'Autorità di vigilanza, la distinzione tra la pubblicità di un prodotto e la vendita dello stesso, affermatasi nel diritto comunitario grazie alla Corte CE, deve estendersi anche al diritto SEE. Ad avviso dell'Autorità, le stesse normative nazionali concernenti la pubblicità di un prodotto le quali, nel contesto comunitario, sono sottoposte al vaglio della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 28 TCE (equivalente all'art. 11 dell'Accordo SEE), possono essere oggetto d'esame da parte dei giudici EFTA alla luce dell'art. 11 dell'Accordo solamente nel caso in cui il prodotto pubblicizzato sia ricompreso nell'oggetto e nello scopo della normativa SEE. Per quanto riguarda una misura nazionale oggetto d'esame da parte della Corte di giustizia alla luce dell'art. 49 TCE (equivalente all'art. 36 dell'Accordo SEE), l'Autorità rileva che essa può essere sottoposta al vaglio della Corte EFTA in relazione all'art. 36 dell'Accordo, a prescindere dal fatto che il prodotto sia ricompreso oppure no nella normativa SEE. Per quel che concerne la Commissione europea, questa, dopo aver richiamato la sentenza *Karner*, pone in evidenza che l'esclusione del vino dall'ambito di applicazione dell'Accordo SEE non deve portare a ritenere esclusi dalla normativa SEE tutti quei servizi e quelle attività che abbiano un qualsivoglia collegamento con tale prodotto. Secondo l'Autorità e la Commissione, dunque, se lo scopo dell'Accordo è di esentare dalla sua disciplina – e quindi dalle norme comunitarie sulla politica agricola comune (PAC) – esclusivamente i prodotti agricoli, tale esenzione non deve estendersi all'insieme delle attività e dei servizi afferenti al settore agricolo ed alla commercializzazione di tali prodotti.

Da quanto sopra esposto emerge che la questione dell'applicabilità dell'art. 36 alla pubblicità del vino e dunque l'inserimento di tale servizio nell'oggetto e nello scopo dell'Accordo riveste un interesse particolare con riguardo al rapporto esistente tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento SEE, tenuto conto delle differenze di scopo che riguardano le due normative e della relazione tra Corte EFTA e Corte comunitaria, in particolare sotto il profilo delle tensioni di tipo dialettico emerse fino ad oggi tra le due giurisprudenze⁷³. La Corte EFTA, infatti, nel rilevare che il diritto comunitario non prevede una norma equivalente all'art. 8, par. 3 dell'Accordo SEE, pone al centro del suo ragionamento la differenza di scopo tra le due normative. Ed è proprio alla luce di tale differenza

delle circostanze della specie, una delle due sia del tutto secondaria rispetto all'altra e possa essere a questa ricollegata [...]. Nelle circostanze della causa principale, la diffusione di messaggi pubblicitari non costituisce un fine in sé e per sé. Infatti, essa costituisce un elemento secondario rispetto alla vendita delle merci di cui si tratta. Di conseguenza, l'aspetto della libera circolazione delle merci prevale su quello della libera prestazione dei servizi ...”.

⁷³ È fatto riferimento alle distonie interpretative tra le due Corti che caratterizzano i casi *Maglite* e *Silhouette* da un lato e, dall'altro, i casi *Wilhelmsen* e *Franzén*. Su tali pronunce vedi la nota 18.

che i giudici negano la rilevanza, per il caso di specie, della giurisprudenza comunitaria richiamata dalla Commissione europea e dall’Autorità di vigilanza⁷⁴. Il punto centrale consiste dunque nel fatto che tale sentenza rappresenta il primo chiaro caso in cui la Corte EFTA, in una materia come quella delle quattro libertà di circolazione rispetto alla quale ha sempre rifiutato di adottare un approccio meno “integrazioneista” della Corte CE⁷⁵, decide di non attribuire rilevanza alla giurisprudenza comunitaria a causa della diversità di scopo tra l’Accordo SEE ed il Trattato CE. Tale diversità si ricava non solo dalla maggiore ampiezza di disciplina del secondo accordo rispetto al primo ma anche e soprattutto da caratteristiche di tipo generale e istituzionale, attinenti alla stessa tipologia di integrazione economica che caratterizza i due accordi, più progredita nel contesto comunitario rispetto all’Accordo SEE⁷⁶. Al di là della configurazione dell’Accordo SEE quale “tradizionale”⁷⁷ o “avanzata”⁷⁸ zona di libero scambio, ovvero quale particolare e imperfetta tipologia di mercato interno⁷⁹, mentre l’obiettivo cardine dell’Accordo SEE consiste nell’evitare contrasti di carattere normativo e giurisprudenziale con il Trattato CE, gli obiettivi di quest’ultimo

⁷⁴ Par. 39.

⁷⁵ Secondo C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court Ten Years On*, cit., p. 20: “The Court has rejected attempts to construe the fundamental freedoms in a less integration-friendly way than the ECJ does in Community law”.

⁷⁶ La Corte di giustizia nei due pareri numeri 1/91 e 2/91 ha svolto un’approfondita analisi comparativa del Trattato CE e dell’Accordo SEE. Cfr. in particolare i punti 15-21 del parere n. 1/91. Per quanto riguarda il contesto entro il quale i due Accordi sono stati sottoscritti, i giudici comunitari affermano che “Il contesto in cui si inserisce l’obiettivo dell’accordo differisce, anche esso, da quello nel cui ambito si perseguono gli obiettivi comunitari. Infatti lo Spazio EE deve essere realizzato sulla base di un trattato internazionale che crea, in sostanza, solo diritti ed obblighi fra le parti contraenti e che non prevede alcun trasferimento di poteri sovrani in favore di organi intergovernativi da esso costituiti. Per contro, il Trattato CEE, benché sia stato concluso in forma d’accordo internazionale, costituisce la carta costituzionale di una comunità di diritto. Come risulta dalla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, in settori sempre più ampi, ai loro poteri sovrani...” (punti 19-20 del parere n. 1/91).

⁷⁷ Sulla scorta di quanto sostenuto originariamente dalla Corte di giustizia comunitaria nel parere n. 1/91, punto 15.

⁷⁸ Nel caso *Opel Austria* (punto 107), il Tribunale di primo grado ritiene che l’Accordo debba essere considerato più di un “mere free-trade agreement”.

⁷⁹ Così T. BRUHA, *Is the EEA an Internal Market?*, in P.-C. MÜLLER-GRAFF, E. SELVIG (eds.), *op. cit.*, p. 103 s. e 127 s. L’autore evidenzia che tale natura imperfetta è da imputare all’assenza, in seno all’Organizzazione, di una dimensione esterna che si espliciti attraverso l’unione doganale e una politica commerciale comune. A tale proposito, pare opportuno mettere in evidenza che, sebbene la nozione di “mercato interno” non si riassume esclusivamente nelle quattro libertà di circolazione e in un sistema di mercato basato sulla concorrenza (così E. GRABITZ, A. BOGDANDY, *Vom Gemeinsamen Markt zum Binnenmarkt—Statik und Dynamik des Europäischen Marktes*, in *JuS*, 1990, p. 174), costituendo quest’ultime solamente due degli elementi che la compongono (l’altro elemento essendo appunto la presenza di un’unione doganale e di una politica commerciale comune), tali libertà rappresentano comunque lo strumento principale per raggiungere gli obiettivi su cui si regge il mercato interno.

contengono elementi di natura più politica⁸⁰, come indicato innanzitutto nell'art. 1 del Trattato sull'Unione europea⁸¹. La pronuncia dunque si caratterizza, da un lato, per la tensione dialettica che la mette in relazione con l'ordinamento e la giurisprudenza comunitaria e per il conflitto potenzialmente configurabile con la futura giurisprudenza comunitaria⁸²; dall'altro, per la scelta della Corte EFTA di non dare rilevanza alla precedente giurisprudenza comunitaria in materia di collegamento tra merce e servizio, ispirata a diversi e più avanzati principi di armonizzazione ed integrazione. I giudici EFTA motivano tale decisione con il fatto che le sentenze richiamate sarebbero inapplicabili a causa della diversità di scopo del Trattato CE rispetto all'Accordo SEE; non si soffermano dunque sul collegamento tra la merce – il vino – ed il servizio, cioè la sua pubblicità. Piuttosto che fondarsi su tale aspetto, su cui, tra l'altro, non si concentra neppure per motivare come sia possibile estendere l'argomento della divergenza di scopo ad un settore – il servizio – diverso dal prodotto escluso dall'ambito di applicazione dell'Accordo SEE, la Corte EFTA, muovendo dalla premessa della maggiore discrezionalità degli Stati EFTA in materia di regolamentazione delle bevande alcoliche rispetto a quanto previsto dal diritto comunitario nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea⁸³, giustifica il suo ragionamento sulla base di due considerazioni. La prima consiste nel minore grado d'integrazione proprio dello Spazio economico europeo rispetto all'ordinamento comunitario. La seconda consiste nell'incidenza di fattori metagiuridici nell'ambito del diritto SEE e della giurisprudenza EFTA. Ora, tale incidenza non sta a significare un maggiore elemento d'integrazione politica rispetto ad altre forme di integrazione economica affermatesi nel contesto internazionale. Essa indica invece l'alto grado di omogeneità culturale e sociale degli Stati membri dell'Accordo in un settore particolare come quello del commercio di bevande alcoliche⁸⁴.

⁸⁰ È quanto affermato da S. NORBERG, K. HÖKBORG, H. JOHANSSON, D. ELIASSON, L. DEDICHEN, *op. cit.*, p. 184. Sul punto si veda altresì A. ROSAS, *The European Union and International Dispute Settlement*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, C. P. R. ROMANO, R. MACKENZIE (eds.), *International Organizations and International Dispute Settlement: Trends and Prospects*, Ardsley, New York, 2002, p. 49 ss., in specie p. 50 s.

⁸¹ Tra gli autori più propensi ad individuare importanti affinità tra il Trattato CE e l'Accordo SEE si vedano T. BRUHA, *op. cit.*; T. BLANCHET, M. WESTMAN-CLÉMENT, *La Cour AELE. Un Premier Bilan*, in *RMCUE*, 1995, p. 496 ss.; H. P. GRAVER, *The Effects of EFTA Court Jurisprudence*, cit., p. 90 s. In senso contrario si vedano B. BRANDTNER, *The 'Drama' of the EEA Comments on Opinions 1/91 and 1/92*, in *EJIL*, 1992, p. 300 ss.; M. CREMONA, *op. cit.*, p. 508 ss.

⁸² Ciò avverrebbe qualora la Corte CE dovesse pronunciarsi su una fattispecie identica o comunque molto simile alla sentenza *Pedidel*.

⁸³ Occorre ricordare che l'art. 16 dell'Accordo SEE, disciplinante in senso altamente restrittivo i monopoli nazionali con carattere commerciale, ha costituito la base giuridica di diverse pronunce di condanna della Corte EFTA nei confronti delle normative sulla produzione e la commercializzazione di bevande alcoliche vigenti nei Paesi membri. Cfr. le sentenze *Restamark* ed *EFTA Surveillance Authority v. Norway* del 15 marzo 2002.

⁸⁴ A tale proposito C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court Ten Year On*, cit., p. 16 rileva: "Nordic governments have repeatedly argued that their alcohol policy is deeply rooted in modern history and in Nordic societies". Sulla rilevanza di fattori *meta* o *extra* giuridici nel sistema SEE

Sulla base delle considerazioni fin qui svolte sembra quindi che la sentenza *Pedice* presenti, oltre ad una distonia nell'interpretazione e nell'applicazione dei principi comunitari rispetto agli orientamenti della Corte CE, se non un contrasto di giurisprudenza, di certo una difformità di interpretazione tra le due Corti europee, resa ancora più evidente dal "rifiuto" dei giudici EFTA di portare avanti un'indagine tesa a comparare la fattispecie oggetto di esame con la giurisprudenza della Corte CE. Con ciò però non si vuole affermare che una sentenza quale quella in esame possa "mettere in crisi" il sistema delineato dall'Accordo SEE, fondato sull'obiettivo dell'omogeneità giuridica tra diritto comunitario e diritto SEE, né che essa possa costituire un pericoloso precedente in questo senso. La sentenza rappresenta un'eccezione relativa ad un settore specifico rispetto al quale gli Stati EFTA si trovano in una situazione di particolare omogeneità *culturale*, di per sé solo parzialmente conciliabile con l'obiettivo di omogeneità *giuridica* fissato nell'Accordo SEE. Del resto, non stupisce che rispetto a determinate materie si assista ad una tensione tra due finalità potenzialmente confliggenti: il perseguimento di tale obiettivo attraverso il recepimento del diritto comunitario – e quindi anche della giurisprudenza della Corte di giustizia – da un lato e, dall'altro, il naturale istinto di preservazione della propria "sovranità normativa", che caratterizza qualsivoglia sistema giuridico e giurisdizionale⁸⁵.

7. L'analisi della sentenza *Pedice* ha messo in evidenza che la Corte EFTA non si limita a recepire la giurisprudenza comunitaria nel quadro del rapporto di dipendenza che la lega alla Corte CE. Sebbene l'Accordo SEE "istituzionalizzi" una sorta di subordinazione della Corte EFTA nei confronti della Corte CE – attraverso la previsione dell'obbligo di conformarsi alle sentenze comunitarie emanate prima della firma dell'Accordo SEE e di tenere nella dovuta considerazione la giurisprudenza della Corte CE ad essa successiva – nella giurisprudenza EFTA si ravvisano aperture al dialogo e tendenze dialettiche con la giurisprudenza della Corte comunitaria, quest'ultime peraltro già parzialmente ravvisabili nella diversa interpretazione del diritto SEE e del diritto comunitario formulata, nel corso della procedura dinanzi alla Corte EFTA, per un verso dalla stessa Corte e, per l'altro, dalla Commissione europea.

Per quel che concerne il dialogo tra Corte EFTA e Corte CE, la sentenza costituisce un momento ulteriore, rispetto alla precedente sentenza *Kellogg's*,

si veda P.-M. MÜLLER-GRAFF, *The Impact of Climate, Geography and Other Non-Legal Factors on EC Law and EEA Law*, in C. BAUDENBACHER, P. TRESSELT, T. ÖRLYGSSON (eds.), *op. cit.*, p. 55 ss. Con riguardo a tale questione, si può svolgere un'osservazione aggiuntiva circa la possibilità di utilizzare gli strumenti forniti dal diritto comunitario per individuare in questa omogeneità il fondamento per l'affermazione di un principio generale di diritto comune agli Stati SEE, volto a riconoscere a questi ultimi un certo grado di autonomia legislativa e regolamentare in determinati settori, come quello concernente la tutela della salute, con particolare riguardo alla commercializzazione e regolamentazione delle bevande alcoliche.

⁸⁵ Pone in evidenza l'esistenza di tale tensione C. BAUDENBACHER, *Between Homogeneity and Independence*, *cit.*, p. 176.

nel quadro dell'influenza esercitata dalla prima Corte sulla giurisprudenza comunitaria in materia di principio di precauzione.

Per quanto riguarda i rapporti di tipo dialettico tra le due Corti, la sentenza pone in evidenza che le divergenze interpretative tra i giudici EFTA da un lato e, dall'altro, la Commissione e la Corte CE, sono riconducibili sia alla differenza di scopo dell'Accordo SEE rispetto al Trattato CE, anche alla luce della natura meno integrazionista del primo in confronto al Mercato unico, sia all'influenza di specifici fattori geografici, culturali e sociali rilevanti nell'ambito dell'ordinamento SEE.

La sentenza esaminata si inquadra a pieno titolo nel processo di "fertilizzazione reciproca"⁸⁶ che caratterizza il rapporto di cooperazione tra le due Corti e l'interazione tra le due giurisprudenze europee.

Alla luce delle osservazioni fin qui svolte, quindi, considerato che la Corte EFTA è il solo tribunale internazionale, assieme alla Corte europea dei diritti dell'uomo, ad essere richiamato dalla Corte CE (avvocati generali compresi) e dal Tribunale di primo grado⁸⁷, non sembra più possibile accettare l'opinione di quella parte della dottrina secondo cui la Corte EFTA si troverebbe ancora, a distanza di dodici anni dalla sua istituzione, in una sorta di "satellite status" nei confronti della Corte CE⁸⁸. Oltretutto, sebbene tale Corte non sia obbligata a tenere in considerazione la giurisprudenza EFTA⁸⁹, sembra che l'obiettivo di omogeneità giuridica previsto dall'Accordo SEE possa trovare una sua più efficace realizzazione in quelle sentenze in cui i giudici comunitari si pronunciano "non ignorando" la giurisprudenza EFTA, potendo quest'ultima offrire un importante contributo interpretativo nell'esame delle controversie e nella risoluzione dei quesiti di pregiudizialità di cui essi sono investiti⁹⁰.

⁸⁶ L'espressione "cross-fertilization", in relazione ai due fenomeni di "giurisdizionalizzazione" del diritto internazionale e di "judicial dialogue" tra la Corte CE e gli altri tribunali internazionali, è utilizzata da F. G. JACOBS, *op. cit.*

⁸⁷ Come evidenzia C. BAUDENBACHER, *The EFTA Court Ten Years On*, *cit.*, p. 51.

⁸⁸ Tali autori ravvisano la necessità di un rapporto di tipo gerarchico tra le due Corti per evitare l'insorgenza di eventuali disfunzioni nell'applicazione del principio di omogeneità. Tra questi, si ricordano T. C. HARTLEY, *The European Court and the EEA*, in *ICLQ*, p. 841 ss., dal quale è tratta la citazione (p. 847) riportata nel testo; M. CREMONA, *op. cit.*, p. 514 s.; T. INGADOTTIR, *op. cit.*, p. 202; R. BARENTS, *The Court of Justice and the EEA Agreement: Between Constitutional Values and Political Realities*, in J. STUYCK, A. LOOJESTIJN-CLEARIE (eds.), *op. cit.*, p. 57 ss.

⁸⁹ Una delle differenze più rilevanti tra la prima e la seconda versione dell'Accordo SEE riguarda proprio il fatto che mentre in base alla prima versione (art. 104) i giudici comunitari erano obbligati a "pay due account to the relevant principles laid down by any relevant decisions delivered by other courts [e quindi anche la Corte EFTA]", la versione attuale non contiene disposizioni dello stesso tenore, lasciando ad ogni singolo giudice ampia discrezionalità in questo ambito.

⁹⁰ A tale proposito V. SKOURIS, *op. cit.*, p. 125 afferma che "ignoring EFTA Court precedents would simply be incompatible with the overriding objective of the EEA agreement which is homogeneity. Conscious of that fact, the ECJ has contributed to the fulfilment of that objective by taking under consideration the EFTA Court case-law...". Del resto, qualsiasi rapporto dialogico o dialettico presuppone una posizione di autonomia in capo ai soggetti che interloquiscono: senza

Nella relazione tra le due Corti europee, pertanto, è possibile individuare, oltre ad un costante recepimento della giurisprudenza comunitaria da parte della Corte EFTA, un rapporto di tipo diverso, di natura dialogica e in taluni casi dialettica, fondato su una posizione di parità e di autonomia reciproca.

una base di autonomia si lascerebbe spazio ad un monologo dei giudici comunitari e dunque ad un mero recepimento della loro giurisprudenza da parte dei giudici EFTA.



Recensioni

Emilio R. Papa

*Storia dell'unificazione europea.
Dall'idea di Europa al Trattato
per una nuova Costituzione europea*
Milano, Bompiani, 2006, pp. 306



In un panorama dottrinale, largamente contrassegnato da un atteggiamento di prevalente valutazione negativa sul processo di revisione dei Trattati comunitari e di Unione europea svoltosi nel periodo 2001-2005, appare particolarmente significativo il contributo degli studi provenienti dal mondo delle discipline storico-politiche, rivelatesi maggiormente sensibili a cogliere le peculiari caratteristiche innovative dell'attuale fase di sviluppo delle istituzioni europee integrate in forma di Unione. Tali recenti tendenze si contrappongono, così, a tutti gli orientamenti di analisi giuridica positiva finalizzati a cogliere con puntiglio meticoloso il *deficit* costituzionale dell'Unione europea rispetto alla figura classica dello Stato ed alle categorie tradizionali elaborate dalla giuspubblicistica europea. Il superamento del *deficit* statualistico costituisce il vero e proprio oggetto dell'indagine, intesa a colmare il difetto dei tre presupposti classici del soggetto Stato e del super-Stato europeo: mancanza di popolo e di territorio e mancanza di sovranità propria, ancora largamente ancorata agli Stati membri dell'Unione, titolari del *pull* delle competenze sovrane principali, nonché del potere coercitivo, utilizzato come uno strumento poderoso per respingere la pressione superiore delle autorità comunitarie ed unionistiche.

Il superamento del *deficit* costituzionale risulta largamente compensato sul versante di un complemento di potere federale grazie al quale l'Unione europea, senza essere un super-Stato, rappresenta un "*compact*" di poteri incidente sulle residue sovranità statali compresse e condizionate sul terreno stesso delle potestà di comando e di governo, come tradizionalmente intese. A tale recupero di dimensione euro-comunitaria si dedica il volume qui recensito "particolarmente coraggioso" nell'evidenziare un percorso costituzionale formatosi ben oltre i tempi di osservazione, normalmente individuati nell'analisi giuridico-normativa. In tale ricerca del percorso lungo della "Costituzione europea", intesa come forma intrinseca di una società di Stati sovrani, ma anche di popoli e di cittadini, vengono individuate tre fasi o tradizioni di origine, sviluppo ed attuale svolgimento.

Il Preambolo del volume risulta dedicato alla tradizione antica dell'Unione europea (pp. 5-40) sotto il titolo "*Europa. Dalla parola all'idea. Per un richiamo a temi e personaggi*", articolato in otto paragrafi a partire dalla tradizione di

identificazione geo-politica ed ideologica del soggetto Europa fino a quella moderna del *ius publicum europaeum*, definito come Europa delle Nazioni negli ultimi due secoli. In prosieguo, la tradizione contemporanea delle istituzioni europee integrate viene analizzata attraverso una interessante periodizzazione nelle tre parti centrali del volume. Esse sono rispettivamente dedicate al decennio (1940-1951) che va dalla “Proposta Churchill” alla CECA (pp. 45-104), poi al periodo (1951-1992) che va dalla CECA a Maastricht (pp. 107-196) ed infine da Maastricht alla Convenzione per una Costituzione europea (1992-2005) (pp. 209-284).

È interessante notare come l’indagine storico-politica svolta dall’A. determini proprio nel triennio 1948-1951 la formazione di una “Costituzione esterna” allo Stato italiano inserito progressivamente in un contesto di organizzazioni europee occidentali ed atlantiche, intese come sede di esercizio collettivo dei poteri fondamentali di natura economica, politica e militare. Nel successivo contesto, iniziato con la firma dei Trattati comunitari di Roma del 25 marzo 1957 e fino all’entrata in vigore dell’Atto Unico europeo di completamento del mercato interno, ad avviso dell’A., i fenomeni di maggiore rappresentatività unitaria sono legati alla formazione di un unico territorio economico, nonché di una cittadinanza di mercato e di istituzioni parlamentari elette a suffragio universale diretto ben distinto e separato rispetto ai corpi elettorali nazionali. È, infine, nella terza fase, espressione saliente “dell’unificazione” europea, l’avvenuto consolidamento del pilastro comunitario incorporato nel quadro della moneta unica e dei cd. parametri di Maastricht, in parte compressivi, in parte repressivi della finanza pubblica di ciascuno Stato entro limiti ben determinati. A tale straordinario fattore unificante, l’A. attribuisce il giusto significato ed il dovuto rilievo ai fini della ulteriore ricerca di una soggettività politica dell’Unione nella sfera dei rapporti euro-internazionali di cui essa diviene protagonista (PESC-PESD e spazio giuridico europeo). L’indagine viene conclusa con l’analisi approfondita del già indicato percorso costituzionale 2001-2005, aperto dalla *Convention* di Laeken, dal testo di Trattato di Roma 29 ottobre 2004 e dall’attuale processo 2005-2007 di avvio e successivo ristagno del processo di ratifica nazionale del predetto Trattato.

Osservazioni finali dell’A. sono dedicate alla sostituzione di una *leadership* politica nazionale chiaramente in difficoltà nella conclusione del processo costituzionale e perciò attualmente sottoposto al vaglio delle elezioni politiche internazionali per la formazione di nuove *leaderships* politiche e di nuove compagini governative. Ne risulta, così, un chiaro quadro di indagine interdisciplinare grazie alla quale l’immagine cristallizzata di un’Unione europea, intesa come “sistema fisso e definito” viene utilmente vivacizzata dalla complementare analisi di un’Unione europea come sistema progressivo ed evolutivo all’interno del quale ad ogni Stato membro resta il duplice ruolo di “soggetto integratore”, ma anche ineluttabilmente “integrato”.

Massimo Panebianco

Alessandro Colombo e Natalino Ronzitti

(a cura di)

L'Italia e la politica internazionale, Edizione 2006
Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 299



Il presente Annuario, frutto della collaborazione tra l'Istituto Affari Internazionali e l'Istituto per gli Studi di Politica Internazionale, giunto al settimo volume, copre gli avvenimenti internazionali del 2005, evidenziando il ruolo svolto dall'Italia.

Esso, dopo una succinta ma densa Introduzione dei curatori, si snoda in quattro parti. La prima, dedicata all'esame generale dello scenario internazionale, si apre con uno studio di Alessandro Colombo dal titolo eloquente: *Il sistema politico internazionale: un altro anno di crisi*. Lo scritto assume come filo conduttore la politica statunitense, caratterizzata da una pretestuosa utilizzazione degli obiettivi della lotta al terrore (termine più inclusivo di lotta al terrorismo e suscettibile di ricomprendere fenomeni come i *rogue States* e la proliferazione di armi di distruzione di massa) e della "esportazione" della democrazia per tentare di giustificare una politica offensiva implicante, sul piano militare, l'uso preventivo della forza. Il risultato di tale politica sembra consistere in una situazione internazionale segnata da una pericolosa instabilità e da una crescente minaccia del terrorismo. Il quadro, non certo confortante, risultante dall'odierno panorama trova conferma, per quanto riguarda la riforma delle Nazioni Unite, nell'analisi di Natalino Ronzitti. I risultati concreti di un imponente e lungo dibattito si riducono, infine, all'istituzione della *Peacebuilding Commission* e del Consiglio dei diritti umani; si tratta di risultati non privi di interesse ed ai quali i membri dell'Unione europea hanno dato un rilevante contributo, ma che non comportano alcuna modifica della Carta e che non possono celare una certa delusione di fronte agli ambiziosi obiettivi di partenza. Analoga sensazione desta lo specifico tema della riforma del Consiglio di sicurezza, affrontato da Raffaello Matarazzo. In proposito l'unico risultato è consistito nella reciproca elisione dei tre progetti di riforma della composizione del Consiglio di sicurezza, i primi due (rispettivamente del c.d. G4, cioè Brasile, Germania, India e Giappone, e dell'Unione africana) comportanti un aumento dei membri permanenti, l'altro, *Uniting for Consensus*, attivamente sostenuto dall'Italia, contrario a tale aumento. Ai rapporti transatlantici, segnati da luci ed ombre, ma che comunque hanno fatto registrare un miglioramento rispetto agli anni precedenti, è dedicato lo scritto di Riccardo Alcaro. Particolare attenzione riveste la posizione dell'Italia,

che ha confermato il forte legame con gli Stati Uniti, malgrado i problemi derivanti dal presunto coinvolgimento dei servizi di sicurezza italiani nella “fabbricazione” di informazioni false sulle armi irachene (informazioni usate dagli Stati Uniti e dal Regno Unito per giustificare l’aggressione all’Iraq), dal rapimento in territorio italiano di un cittadino egiziano da parte di agenti della CIA e, principalmente, dall’uccisione di Andrea Calipari ad opera di soldati americani in Iraq (sulla quale si veda la scheda di Ronzitti). Corrado Stefanachi tratta poi le questioni relative alla proliferazione nucleare, soffermandosi in specie sulle crisi concernenti l’Iran e la Corea del Nord; mentre il problematico rapporto tra esigenze di sicurezza di fronte alla minaccia del terrorismo e rispetto dei diritti di libertà è oggetto di esame da parte di Antonella Besussi. Alle strategie internazionali per la gestione dei disastri naturali, che nella loro ricaduta sociale rappresentano un fenomeno sempre più importante nella politica internazionale, è dedicato lo scritto di Raffaele Marchetti e Laura Zanotti. Questa parte del volume si chiude con l’esame, condotto da Elisabetta Brighi, della politica estera dell’Italia; una specifica attenzione è rivolta al ruolo dell’Italia nell’Unione europea (non esente da qualche rilievo critico) e alla partecipazione, invero ampia e significativa, a operazioni di *peace-keeping* e di *peace-building*, anche nel quadro dell’Unione europea.

La parte seconda del volume, dedicata all’Unione europea, riveste particolare interesse per i lettori di questa Rivista. Anzitutto Giovanni Gasparini e Michele Nones trattano gli sviluppi della politica europea di difesa, nei quali si segnalano, tra l’altro, l’attivismo dell’Agenzia europea di difesa e la capacità operativa raggiunta da alcuni *battlegroups*, forze di reazione rapida di dimensioni ridotte. L’aspetto forse più importante è costituito, peraltro, dalla crescita delle missioni all’estero dell’Unione europea, non solo di polizia e militari, ma anche civili. La crisi aperta con la mancata ratifica del Trattato costituzionale, a seguito del risultato negativo del *referendum* francese e di quello olandese, è affrontata da Flavia Zanon, la quale dà conto del dibattito in atto, in Europa e in Italia, sulle possibili vie d’uscita da tale crisi. Tra queste si segnalano la proposta di apportare al sistema attuale modifiche limitate e specifiche, tratte dalla Costituzione europea; l’elaborazione di un nuovo mini-trattato di revisione contenente le clausole più rilevanti della Costituzione europea (c.d. Nizza plus); la revisione in un nuovo testo della Costituzione europea; l’aggiunta al testo attuale della Costituzione europea di una dichiarazione non vincolante sulla dimensione sociale dell’Europa. Non mancano, infine, autorevoli voci secondo le quali si dovrebbe rilanciare la strategia di un’Europa a più velocità, istituendo un’Unione politica tra un’avanguardia di Stati membri. Il successivo scritto, di Michele Comelli, tratta i temi dell’allargamento e della politica estera. Sotto il primo profilo la decisione più importante (anche se alquanto sofferta) è stata l’apertura dei negoziati di adesione con la Turchia, accolta con soddisfazione da alcuni Stati e ambienti politici, con preoccupazione e diffidenza da altri; sotto il secondo si considerano gli sviluppi, non privi di problemi, della politica europea di vicinato, nonché l’evoluzione della PESC. In questo quadro, malgrado i suc-

cessi rappresentati specie dalle missioni all'estero, va segnalato l'esito pressoché fallimentare del vertice euro-mediterraneo di Barcellona del novembre 2005. La gestione dell'immigrazione a livello comunitario è oggetto dell'attento esame di Chiara Favilli e Bruno Nascimbene. Il Programma dell'Aja del Consiglio Giustizia e Affari interni del novembre 2004 costituisce il nuovo quadro quinquennale nel quale dovrà svolgersi l'azione europea nella costruzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, mentre il Piano d'azione della Commissione del maggio 2005 identifica le specifiche aree prioritarie per il prossimo quinquennio; una particolare attenzione è dedicata al fenomeno, denso di problemi, dell'immigrazione economica. Tra le realizzazioni più significative sono ricordate la messa in opera dell'Agenzia europea per la gestione della cooperazione operativa alle frontiere esterne (Frontex), nonché i documenti strategici della Commissione concernenti le relazioni con i Paesi terzi, l'uno relativo al rapporto tra immigrazione e sviluppo, l'altro ai programmi di protezione regionale. Sul piano normativo si segnala l'adozione, dopo un lungo e difficile negoziato, della direttiva 2005/85 del 1° dicembre 2005 recante norme minime (ma spesso anche meramente opzionali) per le procedure degli Stati membri sul riconoscimento e la revoca dello *status* di rifugiato, alla quale gli autori muovono diversi e convincenti rilievi critici, per esempio rispetto alla nozione, non priva di ambiguità, di Paese terzo "sicuro".

Anche la terza parte, relativa alla situazione dell'economia mondiale, presenta numerosi spunti d'interesse in merito alle tematiche concernenti l'Unione europea. Il quadro generale è presentato da Paolo Guerrieri. In esso si rileva il ruolo di principale motore della crescita globale svolto dagli Stati Uniti, controbilanciato, peraltro, dall'aggravarsi degli squilibri macroeconomici, mentre stenta a ripartire la crescita dell'Europa; sono i Paesi emergenti – e tra questi, in particolare, alcuni Paesi asiatici e segnatamente la Cina – che mostrano la crescita più significativa, registrando importanti incrementi nell'esportazione e nella domanda interna. Gabriella Venturini si sofferma particolarmente sull'economia cinese, da un lato, nell'ambito dell'Organizzazione mondiale per il commercio, dall'altro, nei rapporti con l'Unione europea, rispetto alla quale oggi la Cina è il secondo partner commerciale, mentre l'Unione europea, a sua volta, è il primo partner commerciale della Cina. Un esame specifico è rivolto alle procedure *antidumping* e alle misure di salvaguardia nei rapporti tra l'Unione europea e la Cina, nonché alle vicende legate alle crescenti esportazioni di prodotti tessili verso l'Europa, che hanno profondamente allarmato gli operatori italiani del settore. Nel quadro della macroeconomia europea Franco Bruni tratta, infine, la crisi innescata dalla crescita del disavanzo pubblico oltre il 3 % in cinque Paesi membri dell'area euro; tale situazione, che avrebbe dovuto determinare manovre di aggiustamento in conformità del Patto di stabilità e crescita, ha provocato, invece, una riforma di tale Patto in termini più tolleranti ed elastici, accentuando la discrezionalità della Commissione e del Consiglio.

Nella quarta parte del volume sono considerate alcune aree dove più sensibile è lo stato d'instabilità del sistema internazionale: l'Europa centro-orientale,

esaminata da Alessandro Vitale, l'Afghanistan e l'Iraq, ai quali è dedicato lo scritto di Riccardo Redaelli, Israele e Palestina, oggetto di analisi da parte di Daniela Pioppi e Nathalie Tocci. Due accurate cronologie, la prima sulla politica estera italiana, l'altra sui principali eventi europei e internazionali, realizzate da Giuliana Castro, chiudono questo pregevole volume, che, anche nell'edizione 2006, si conferma strumento estremamente utile d'informazione e di riflessione sulle vicende internazionali ed europee.

Ugo Villani

Massimo Condinanzi, Alessandra Lang,

Bruno Nascimbene

*Cittadinanza dell'Unione e
libera circolazione delle persone*

Milano, Giuffrè, 2006, II ed., pp. XVII-321



La seconda edizione del volume dei professori Condinanzi, Lang e Nascimbene viene data alle stampe a poca distanza dalla prima, apparsa nel 2003, a testimonianza dell'incessante evoluzione del diritto comunitario (inteso come comprensivo anche della copiosa giurisprudenza degli organi di Lussemburgo), in specie in un settore fondamentale come la libera circolazione delle persone, che a seguito dell'allargamento avvenuto il 1° maggio 2004 coinvolge cittadini ed imprese di 25 Stati membri. La pubblicazione della nuova edizione del volume in commento va salutata con estremo favore, poiché risponde in maniera pienamente adeguata all'esigenza di aggiornamento avvertita nella materia in esame.

Il volume, in primo luogo, dà conto dell'adozione della direttiva n. 2004/38, che gli Stati erano tenuti ad attuare entro il 30 aprile 2006 e che riunisce e sostituisce la precedente disciplina e cristallizza l'ampia giurisprudenza in materia, caratterizzandosi come una sorta di "testo unico" sul diritto di libera circolazione e di soggiorno dei lavoratori e dei loro familiari nel territorio degli Stati membri. Nel volume in commento la libera circolazione delle persone è approfondita seguendo la classica tripartizione in libera circolazione dei lavoratori, diritto di stabilimento e servizi (cui sono dedicati i capitoli II, III e IV), cui si affianca la trattazione dedicata ad altre importanti tematiche connesse alle persone e ai loro diritti nell'ambito giuridico comunitario, ossia la cittadinanza dell'Unione (oggetto del capitolo I) e la politica in materia di immigrazione (esaminata nel capitolo V). Tra le novità di questa seconda edizione sono degne di nota: l'attenzione per il carattere transfrontaliero della prestazione di servizi, secondo le diverse possibilità messe in evidenza dalla Corte di giustizia, una problematica in passato genericamente ricompresa in quella sul campo di applicazione delle norme sui servizi e alla quale è ora opportunamente dedicato uno specifico paragrafo (il n. 3 del capitolo IV); l'approfondimento dei limiti all'ingresso e al soggiorno derivanti dalla necessità di salvaguardare il sistema di protezione sociale dello Stato ospitante (v. il par. 8 del capitolo II), in cui la Corte sembra mettere in discussione la tradizionale impostazione per cui colui che cerca lavoro non ha un diritto di soggiorno paragonabile a quello del lavoratore in attività (sentenza *Collins*, del 23 marzo 2004); infine, l'approfondita

riscrittura della parte del volume dedicata al contenuto della politica comunitaria in materia di immigrazione (p. 293 ss.), laddove si mette in evidenza come la riluttanza degli Stati membri a dotarsi di una vera politica comune comporti la mancata estensione all'immigrazione regolare della procedura di codecisione e l'adozione di un numero ancora limitato di direttive, spesso volte a disciplinare unicamente aspetti di dettaglio.

Una specifica attenzione è dedicata alla disciplina del Trattato costituzionale firmato a Roma il 29 ottobre 2004. Gli autori, infatti, riconoscono che “benché non in vigore ... è certamente un testo importante se non fondamentale per valutare l'attuale processo di integrazione e le prospettive future” (p. XV) e provvedono ad inserire al termine di ognuno dei capitoli del volume un paragrafo relativo a come le cinque macro-tematiche oggetto di studio, di volta in volta esaminate alla luce del quadro normativo attualmente in vigore, siano state collocate e disciplinate nel Trattato costituzionale (allo stesso modo, nella precedente edizione erano dedicati alcuni cenni all'allora progetto di Costituzione europea elaborato dalla Convenzione), fornendo in questo modo anche una visione di prospettiva, sintetica ed efficace.

In coda al volume c'è poi un'utile Indice della rilevante giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado, anch'esso aggiornato in questa seconda edizione. Si segnalano, tra i molti presenti nel volume, alcuni approfondimenti relativi a sentenze che hanno avuto ad oggetto la materia della cittadinanza: la sentenza *Zhu* del 19 ottobre 2004, in cui la Corte ha confermato la sua impostazione nel senso di discostarsi “dalla regola, propria del diritto internazionale generale, secondo la quale l'attribuzione della cittadinanza ... deve basarsi su di un collegamento reale, effettivo, tra lo Stato e l'individuo” (p. 12 s.), e le sentenze *Trojani* (del 7 settembre 2004) e *Bidar* (del 15 marzo 2005), in cui la stessa Corte, confermando la giurisprudenza *Baumbast* (sentenza del 17 settembre 2002), ha dato rilievo alla cittadinanza al fine di attribuire i diritti riconosciuti dal TCE “senza necessità che il soggetto si qualifichi diversamente e ulteriormente in quanto lavoratore, salariato o autonomo, ovvero come destinatario di servizi” (p. 21 s.).

Il volume in commento conferma così, in questa nuova edizione, la propria utilità per l'approfondimento di argomenti centrali per il diritto comunitario e si pone quale prezioso strumento anche per gli studenti e gli operatori del diritto.

Ivan Ingravallo

Chiara Amalfitano

Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali nell'Unione europea
Milano, Giuffrè, 2006, pp. XVIII-466



L'ampia monografia della Amalfitano affronta alcune delle tematiche relative al terzo pilastro dell'Unione europea, come noto dedicato alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, attualmente al centro di una rilevante produzione normativa nell'ambito dell'Unione europea e di un'accresciuta attenzione da parte di giuristi specialisti di diverse discipline. È con il Trattato di Amsterdam che gli Stati membri hanno istituito lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e posto le basi per gli sviluppi successivi, tra cui rilevano soprattutto le conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, che fissano le priorità in questo settore, in seguito riconsiderate nel Programma dell'Aia del 2004 sul rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'UE.

Il primo capitolo del volume è dedicato ad una ricostruzione in chiave storica e giuridica della cooperazione giudiziaria penale sia nel diritto internazionale, in cui si sottolinea la tendenza "accentratrice" degli Stati nell'esercitare la propria potestà punitiva (il settore penale è enfaticamente indicato come il "cuore" della sovranità degli Stati), sia nel diritto della Comunità e dell'Unione europea. In quest'ambito, il miglioramento e il rafforzamento degli strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia sono stati considerati indispensabili in ragione del successo dell'integrazione europea, in particolare della libera circolazione delle persone, al fine di contrastare efficacemente i fenomeni criminali che potrebbero utilizzare a loro favore l'avvenuta istituzione del mercato comune. Peraltro, come avverte la Amalfitano tracciando un efficace paragone tra la cooperazione giudiziaria civile e quella penale, mentre "la correlazione funzionale" tra la prima e la realizzazione degli obiettivi comunitari è qualificabile come completamente interna, alla luce della comunitarizzazione decisa con il Trattato di Amsterdam, quella tra la seconda e i medesimi obiettivi non è pienamente interna: "essa continua a sussistere tra ordinamenti giuridici differenti sotto il profilo del ruolo svolto dalle istituzioni, dei meccanismi procedurali e degli strumenti normativi attraverso cui esse intervengono" (p. 92). Un superamento, auspicabile, di tale situazione sarebbe realizzato qualora entrasse in vigore il Trattato costituzionale.

Nel secondo capitolo sono approfondite le differenti forme di cooperazione giudiziaria penale e se ne individuano principalmente due: il coordinamento delle giurisdizioni e il ravvicinamento delle legislazioni (sostanziali e processuali) nazionali. Queste due forme di cooperazione sono complementari e non alternative, in quanto entrambe finalizzate alla realizzazione ed al rafforzamento dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, e la seconda svolge una funzione ausiliaria rispetto alla prima, nel senso che ravvicinare il contenuto delle norme è un modo per accrescere la fiducia reciproca nei rapporti tra gli Stati membri.

Nel terzo e nel quarto ed ultimo capitolo si approfondiscono alcune questioni centrali relative al coordinamento delle giurisdizioni, sia nella fase di avvio dell'azione penale, che con riferimento al reciproco riconoscimento delle decisioni penali straniere. Alcune di tali questioni, già da tempo note agli studiosi dei singoli ordinamenti giuridici, presentano rilevanti e delicati problemi nel contesto dell'UE. Il volume si sofferma sulle problematiche relative al *ne bis in idem* e alla connessa difficoltà di definire in cosa consista l'*idem* (v. p. 225 ss.), all'applicazione del principio di territorialità, alla litispendenza, alla prevenzione dei conflitti di giurisdizione e alla connessione di procedimenti, alle questioni relative al riconoscimento di decisioni penali straniere (che comportano la risoluzione di problemi relativi a quali decisioni riconoscere e alle autorità dalle quali provengono, alle fattispecie escluse, ai motivi di non riconoscimento).

In questa parte del volume si segnalano le considerazioni e le proposte, *de iure condendo*, ma fondate sul dibattito dottrinale e sui documenti e atti finora elaborati dalle istituzioni europee, relative a tre tematiche di notevole rilievo per realizzare compiutamente la cooperazione giudiziaria penale nell'UE. In primo luogo, la creazione di un registro penale europeo centralizzato (soluzione preferita a quella di collegare in rete i registri nazionali, valutata solo come un primo passo nella direzione indicata), al fine di consentire agli Stati membri interessati ad intraprendere l'azione penale di coordinare le rispettive attività e di "scegliere" quello tra loro ritenuto più idoneo a procedere nella fattispecie concreta (p. 319). In secondo luogo, la realizzazione di un sistema informatizzato di scambio di informazioni relative alle condanne penali, che "dovrebbe garantire un'informazione esaustiva, comprensibile, in tempi assai rapidi, delle condanne pronunciate in tutti gli Stati membri e ... anche delle decisioni di assoluzione" (p. 457 s.). Infine, l'individuazione della struttura competente a risolvere le controversie tra Stati in merito al foro più idoneo a garantire una corretta amministrazione della giustizia o sull'interpretazione e applicazione dei criteri comuni o esclusivi di giurisdizione, che l'autrice ritiene dovrebbe essere la Corte di giustizia, opportunamente dotata delle necessarie ulteriori risorse umane e materiali, in quanto maggiormente assimilabile ad una Corte di Cassazione europea (p. 326 ss.).

In definitiva, il volume in commento mette in luce i numerosi problemi che gli Stati membri dovranno affrontare al fine di realizzare compiutamente una efficace cooperazione giudiziaria in materia penale e si pone come un utile punto di riferimento per il futuro approfondimento di tali tematiche, nell'auspicio che

le tante iniziative legislative attualmente in corso di definizione a livello dell'UE – tra cui si segnala il progetto di decisione quadro sull'applicazione del *ne bis in idem*, cui la Amalfitano dedica un'approfondita analisi – trovino al più presto concreta realizzazione.

Ivan Ingravallo

Maria Caterina Baruffi (a cura di)

*La Costituzione europea:
quale Europa dopo
l'allargamento?*

Padova, Cedam, 2006, pp. VIII-246



Il volume curato dalla Baruffi raccoglie gli atti del convegno tenutosi alla fine del 2004 nell'Università di Verona e si pone come ideale continuazione del precedente, pubblicato nel 2004 e curato dalla stessa Baruffi, intitolato *Il futuro dell'Unione europea. Sviluppi nelle sue politiche*, caratterizzandosi per un approccio "interdisciplinare", che vede gli scritti di studiosi di materie economiche accanto a quelli degli studiosi delle materie internazionalistiche e del diritto dell'Unione europea.

Il volume in commento, come evidenziato nel titolo dello stesso, ha un duplice filo conduttore, costituito dai due principali avvenimenti che hanno visto l'Unione europea protagonista nel 2004. Gli otto contributi raccolti nel volume si soffermano, infatti, per un verso sugli aspetti problematici del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa firmato a Roma il 29 ottobre 2004, per l'altro su alcune delle conseguenze prodotte dall'allargamento ai dieci nuovi Stati membri, realizzatosi a partire dal 1° maggio dello stesso anno (alla tematica dell'allargamento e alle sue conseguenze è dedicato in particolare lo scritto di Vittorio Pederzoli, che si sofferma sulle future implicazioni macroeconomiche dello stesso, e, pur se solo di riflesso, l'analisi condotta da Laura Tomasi sugli *status* familiari alla luce della direttiva n. 2004/38, che riformula l'intero sistema della libera circolazione dei lavoratori comunitari).

Lo scritto della Baruffi, che apre il volume, è una sintetica analisi del Trattato costituzionale, condotta comparando il testo adottato a Roma con il progetto predisposto dalla Convenzione e mettendo in luce anche le più significative innovazioni rispetto al sistema attualmente in vigore. La valutazione d'insieme del Trattato costituzionale è positiva, "anche se quello che emerge è un sistema in cui gli Stati membri sembrano avere un ruolo sempre maggiore" (p. 21), e la situazione di stallo del processo di ratifica induce a non essere troppo ottimisti sulla sua entrata in vigore. Operando un paragone con il fallimento del "progetto Spinelli", che aprì la strada all'Atto unico europeo, la Baruffi afferma che, piuttosto che all'entrata in vigore del testo firmato a Roma "è forse più ragionevole pensare all'adozione di un atto più limitato che consenta l'introduzione delle misure ritenute indispensabili ai fini dell'allargamento" (p. 28). Profondamente differente è invece l'impostazione scelta da Guido Montani, che

si occupa della questione della sovranità nazionale nel processo di integrazione europea e, con l'obiettivo di "contribuire al superamento del dogma della sovranità nazionale nelle discipline dell'economia internazionale, del diritto internazionale e dell'economia politica", afferma tra l'altro che "il diritto internazionale si sta progressivamente trasformando in diritto costituzionale europeo", contestando, in quanto priva di ogni fondamento, l'ipotesi che l'Unione europea rappresenti una costruzione sui generis, né assimilabile al modello confederale né a quello federale (p. 31).

Ruggiero Cafari Panico si occupa della delicata questione dell'esercizio delle competenze, la cui suddivisione in esclusive, concorrenti e di sostegno (art. I-12 del Trattato costituzionale) è valutata con favore in quanto elemento di chiarezza, soffermandosi anche sulle novità relative ai due fondamentali principi di sussidiarietà e di proporzionalità. Marco Pedrazzi si sofferma invece in senso critico sulle disposizioni del Trattato costituzionale relative alla PESC (e alla connessa PESD), rilevando tra l'altro che la scomparsa dei pilastri non comporta l'estensione del metodo comunitario a questo settore che, nonostante alcune innovazioni, come il tentativo di ricondurre ad unità i vari aspetti dell'azione esterna dell'UE e l'estensione della cooperazione rafforzata, resta caratterizzato da alcune debolezze di fondo, come il principio dell'unanimità e la scarsità del controllo democratico. A due settori più specifici sono, infine, dedicati i contributi di Caterina Fratea, che approfondisce la tematica dei servizi di interesse economico generale (o servizi pubblici *tout court*), manifestando riserve sulla mancanza di significative innovazioni nel Trattato costituzionale in materia di concorrenza (p. 186), e di Isolde Quadranti, che affronta la questione della politica culturale, soffermandosi in particolare sul riconoscimento della diversità culturale e linguistica, che con il Trattato costituzionale l'Unione si impegna a promuovere e a tutelare.

In definitiva, il volume si segnala per l'attualità dei temi trattati – nei diversi scritti si tiene anche in considerazione ciò che è avvenuto nel frattempo, come gli esiti negativi dei *referendum* svoltisi in Francia e in Olanda – e per la vivacità del dibattito.

Ivan Ingravallo

Libri ricevuti



Giovanni Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. XIV-294.

Angela Del Vecchio (editados bajo la dirección de), *La gestión de los recursos marinos y la cooperación internacional*, Roma, Quaderni IILA, *Seria economia* 27, 2006, pp. 202.

Angela Del Vecchio (edited by), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 350.

Elisa Fontana, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, pp. 211.

Elenco delle abbreviazioni



AJIL – The American Journal of International Law
Australian YIL – Australian Yearbook of International Law
Boll. CE – Bollettino dell'attività delle Comunità europee
CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Columbia JEL – The Columbia Journal of European Law
Corr. giur. – Il Corriere giuridico
DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
DG – Diritto e giustizia
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. pub. – Diritto pubblico
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il diritto dell'Unione europea
EBLR – European Business Law Review
EdD – Enciclopedia del diritto
EFA Rev. – European Foreign Affairs Review
EJIL – European Journal of International Law
ELR – European Law Review
EL Reporter – European Law Reporter
EPL – European Public Law
EZW – Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Fordham ILJ – Fordham International Law Journal
Foro amm. – Il foro amministrativo
Foro it. – Il foro italiano
Global Community YILJ – Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence

GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GUUE – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
Harvard ILJ – Harvard International Law Journal
HRLJ – Human Rights Law Journal
ICJ Reports – International Court of Justice. Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly
ILM – International Legal Materials
IYIL – The Italian Yearbook of International Law
JCMS – Journal of Common Market Studies
JDI – Journal du droit international
JEPP – Journal of European Public Policy
JIEL – Journal of International Economic Law
JWT – Journal of World Trade
JWT Law – Journal of World Trade Law
Leiden JIL – Leiden Journal of International Law
LIEI – Legal Issues of European Integration
New York UJILP – New York University Journal of International Law and Politics
PCIJ Reports – Permanent Court of International Justice. Reports of Judgements, Orders and Advisory Opinions
RabelsZ – Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
RBDI – Revue belge de droit international
RCADI – Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RDCE – Revista de derecho comunitario europeo
RDE – Rivista di diritto europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l'Union européenne
Recueil – Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (dal 1° gennaio 1996)
Rev. cr. DIP – Revue critique de droit international privé
RGDIP – Revue General de droit international public
RIDU – Rivista internazionale dei diritti dell'uomo
RIDPC – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario

RMC – Revue du marché commun

RMCUE – Revue du marché commun et de l'Union européenne

RMUE – Revue du marché unique européen

RTDE – Revue trimestrielle de droit européen

Série A – Publications de la Cour européenne des droits de l'homme. Série A.
Arrêts et décisions (fino al 31 dicembre 1995)

Texas JIL – Texas Journal of International Law

Tulane JICL – Tulane Journal of International and Comparative Law

Virginia JIL – Virginia Journal of International Law

Yale LJ – Yale LJ

YEL – Yearbook of European Law

Indice degli autori



DIEGO J. LIÑÁN NOGUERAS

catedrático de Derecho internacional público nella Universidad de Granada.

DARIO ANTISERI

ordinario di Metodologia delle scienze sociali nella LUISS “Guido Carli” di Roma

GIROLAMO STROZZI

ordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Firenze

PIETRO PUSTORINO

associato di Organizzazione internazionale nell’Università degli studi di Siena

ALFREDO RIZZO

“Jean Monnet” di Diritto e relazioni esterne dell’Unione europea nell’Università per stranieri di Perugia

FABRIZIO MARONGIU BUONAIUTI

ricercatore di Diritto internazionale nell’Università di Roma “La Sapienza”

ALESSANDRA MIGNOLLI

ricercatore di Diritto internazionale nell’Università di Roma “La Sapienza”

GIACOMO GATTINARA

dottore di ricerca dell’Università di Roma “La Sapienza”

DANIELE GALLO

dottorando nell’Università di Roma “La Sapienza”

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



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)

Aiuti pubblici e vincoli comunitari

LUCHENA Giovanni

256 Pagine
prezzo: 20,00 €



Sommario:

Gli aiuti pubblici distorsivi della concorrenza · L'instaurazione del mercato aperto e concorrenziale. Il carattere negativo della misura d'ausilio. "Interventi" e "missioni" statali. L'onere per l'erario. Misure "anormali" tra selettività e aiuti generali. Il criterio dell'«effetto sensibile». Una possibile definizione di "aiuto".

Gli aiuti pubblici compatibili con il diritto comunitario · Cenni introduttivi. Le misure nazionali di solidarietà. Il potere discrezionale della Commissione. Interesse comunitario e «giustificazione compensatoria». Il valore della deroga negli "aiuti compensativi". Gli aiuti regionali. Intervento necessario e settori in crisi. Regressività e limitazione temporale. Il one time last time principle. Gli aiuti alla cultura. I regolamenti d'esenzione negli aiuti orizzontali.

Gli aiuti pubblici nella c. d. "Costituzione economica" · Integrazione europea e intervento statale nell'economia. Profili delle misure d'incentivazione nel settore industriale. L'agricoltura tra Stato e mercato. Il favor costituzionale nei confronti del settore cooperativo. La parabola dello Stato interventista. Dinamiche del mercato e garanzia dei diritti sociali. La «terza via» dell'economia sociale di mercato.

Aiuti pubblici e dimensione regionale · Le Regioni nell'economia dello sviluppo. Gli "aiuti delle Regioni. Le "reti" istituzionali nel "governo" degli aiuti. Concorrenza e interesse unitario. La modifica dell'art. 127 Cost. e la notifica del progetto di aiuti. La notifica preventiva e l'eterogeneità delle fonti regionali. Ulteriori obblighi in capo alle Regioni.

Considerazioni conclusive · Indice degli autori

Evoluzione e prospettive della legge 488/92

MARIANI Massimo

94 Pagine
prezzo: 10,00 €



Sommario:

Presentazione. L'evoluzione della legge 488/92. La nuova legge 488/92. Impatto della legge sul mondo imprenditoriale dal 1992 al 2005. Criticità e confronto tra vecchia e nuova normativa. Fonti bibliografiche.

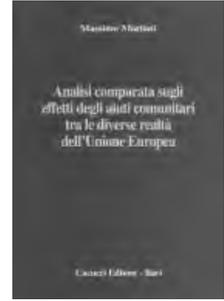
Analisi comparata sugli effetti degli aiuti comunitari tra le diverse realtà dell'Unione Europea

MARIANI Massimo

256 Pagine
prezzo: 20,00 €

Sommario:

Presentazione. Contesto globale. "Criteri di Copenaghen" posti alla base del processo di allargamento. Piano d'azione comunitario. Prospettive e risultati attesi alla luce dell'esperienza acquisita. Conclusioni. Bibliografia.



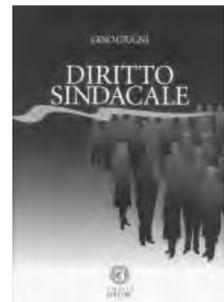
Diritto sindacale

GIUGNI Gino

298 Pagine
prezzo: 28,00 €

Sommario:

Introduzione al diritto sindacale. La libertà sindacale. Il sindacato. Rappresentanza e rappresentatività sindacale. La rappresentanza dei lavoratori sui luoghi di lavoro. L'attività sindacale nei luoghi di lavoro. Il contratto collettivo. La contrattazione collettiva. La contrattazione collettiva nel lavoro pubblico. Sindacati e sistema politico. L'autotutela e il diritto di sciopero. I limiti al diritto di sciopero. Sciopero e servizi essenziali. Le altre forme di lotta sindacale e la. Indice degli autori citati.



Diritto del lavoro

GHERA Edoardo

524 Pagine
prezzo: 40,00 €



Sommario:

Avvertenza. Le fonti – profili storici e di politica legislativa. Il lavoro subordinato. Autonomia privata e rapporto di lavoro. La formazione del contratto di lavoro. La prestazione di lavoro. La retribuzione. Il lavoro delle donne e dei minori. L'estinzione del rapporto di lavoro. Garanzie dei diritti dei lavoratori. I rapporti speciali di lavoro. La tutela del lavoratore nel mercato del lavoro. La disciplina della domanda di lavoro c.d. flessibile. Le eccedenze di personale e la tutela dell'occupazione. Bibliografia. Bibliografia generale.



Elementi di diritto processuale civile. Vol. I

BALENA Giampiero

292 Pagine
prezzo: 20,00 €



Sommario:

Il diritto processuale civile e la funzione giurisdizionale. La giurisdizione contenziosa. Il processo civile e la costituzione. La domanda e le difese del convenuto. Il giudice e gli uffici giudiziari. Il pubblico ministero. Nesi tra azione e processi. Le parti e i difensori. Il processo con pluralità di parti. Le modificazioni riguardanti le parti. Gli atti processuali. Le spese del processo.

Elementi di diritto processuale civile. Vol. II - Tomo I

BALENA Giampiero



280 Pagine
prezzo: 22,00 €

Sommario:

Introduzione - Il processo di cognizione dal 1865 ad oggi · Capitolo I - L' instaurazione del processo · Capitolo II - L' udienza di prima comparizione e le verifiche preliminari · Capitolo III - La trattazione della causa e le preclusioni · Capitolo IV - La disciplina dell' intervento di terzi · Capitolo V - Il giudice istruttore · Capitolo VI - L' istruzione probatoria · Capitolo VII - I singoli mezzi istruttori · Capitolo VIII - La conclusione del processo con decisione · Capitolo IX - La conclusione del processo senza decisione · Capitolo X - Le ordinanze anticipatorie di condanna · Capitolo XI - Vicende particolari del processo · Capitolo XII - Il processo davanti al giudice di pace

Economia della finanza pubblica

MONORCHIO Andrea, QUIRINO Nicola



530 Pagine
prezzo: 40,00 €

Sommario:

PARTE I - Obiettivi e strumenti di finanza pubblica. L'intervento pubblico attraverso il bilancio. L'amministrazione finanziaria e contabile dello Stato. Il bilancio dello Stato Italiano. Il Budget dello Stato. Le tipologie dei conti pubblici. Le opere pubbliche e la finanza di progetto.

PARTE II - Tassazione, debito pubblico e welfare. Il prelievo fiscale. Il debito pubblico. Il welfare state. Glossario dei termini maggiormente ricorrenti nei documenti di finanza pubblica.

Compendio di contabilità di stato

MONORCHIO Andrea,
MOTTURA Lorenzo Giorgio



516 Pagine
prezzo: 35,00 €

Sommario:

PARTE PRIMA - La gestione finanziaria ed economica (di Andrea Monorchio) · La contabilità pubblica. L' intervento pubblico attraverso il bilancio. L' amministrazione finanziaria e contabile dello Stato. Il bilancio dello Stato Italiano. Il budget dello Stato. Le tipologie dei conti pubblici. Le opere pubbliche e la finanza di progetto. Il bilancio statale nei maggiori paesi europei.

PARTE SECONDA - La gestione patrimoniale, I contratti della pubblica amministrazione, I controlli, le responsabilità e l'ordinamento contabile degli enti pubblici (di Lorenzo Giorgio Mottura) · La gestione patrimoniale. I contratti della Pubblica Amministrazione. Il sistema dei controlli. La responsabilità amministrativa e contabile. L'ordinamento contabile e finanziario degli enti diversi dallo Stato.

Appendice · Glossario dei termini maggiormente ricorrenti nei documenti di Finanza Pubblica · Indice delle tabelle · Indice analitico alfabetico

Lo Stato. Il diritto

MORO Aldo



382 Pagine
prezzo: 15,00 €

Sommario:

Lo Stato · Introduzione. Oggetto e metodo della filosofia del diritto. Il problema della vita. La società. Il diritto. Lo Stato nazionale. Elementi costitutivi dello Stato. La sovranità dello Stato. I fini dello Stato. Autorità e libertà. Le funzioni dello Stato. La funzione legislativa. La funzione giurisdizionale. Il momento politico umanistico dello Stato. Il valore dello Stato. Idea liberale e idea sociale dello Stato. La rivoluzione. La pluralità degli ordinamenti giuridici. Famiglia e Stato. Sindacati e Stato. La pluralità degli Stati ed i loro rapporti. L'ordinamento della comunità internazionale. Le fonti del diritto internazionale. La crisi e l'avvenire della comunità internazionale. La guerra. Stato e Chiesa.

Il Diritto · La società. Il problema della vita. Lineamenti dell'esperienza giuridica. Caratteristiche dell'esperienza giuridica. Intorno al fondamento del diritto. Diritto e libertà. Diritto pubblico e diritto privato. Le fonti del diritto. L'interpretazione del diritto. La capacità giuridica. Le persone giuridiche. Teoria dei fatti. Negozi e contratti. Il diritto subiettivo. L'obbligo giuridico. Poteri giuridici e soggezioni. L'atto illecito. Processo e sanzione.

In copertina **Corrado Giaquinto** (Molfetta 1703-Napoli 1766)

Ratto d'Europa - olio su tela, cm 48 x 64- Molfetta (BA), collezione De Luca

Nella mitologia greca Europa, figlia di Agenore, re di Tiro, fu avvistata da Giove, che si innamorò di lei e che, tramutatosi in toro, si diresse sulla spiaggia dove la giovane si intratteneva con le sue ancelle. Ingannata dalla mansuetudine dell'animale, Europa per gioco lo inghirlandò con una corona di fiori e gli montò in groppa. Improvvisamente, però, il toro fuggì in acqua portando con sé Europa e conducendola nell'isola di Creta dove, riassunte le sue sembianze, la violentò.

Il dipinto coglie appunto il momento in cui il toro ha intrapreso la sua corsa, indifferente alle proteste e alla disperazione della fanciulla.

Il quadretto fa parte di un ciclo di dodici telette di soggetto mitologico già conservate nella galleria del palazzo marchese di Melpignano (Lecce) appartenente alla famiglia De Luca, che aveva acquisito il feudo nel 1757 nella persona di Francesco Saverio.

Quanto alle modalità d'acquisizione, il Samarelli (1877) afferma che esse furono donate dall'artista al «protettore e concittadino monsignor De Luca», personaggio che però sembrerebbe frutto della fantasia del poligrafo molfettese, in quanto nel Settecento nessuno degli ecclesiastici appartenenti alla famiglia De Luca risulta aver goduto del titolo di cardinale. Cosimo De Giorgi, invece, nel 1882-1888, le riferisce genericamente ad un dono dell'artista «alla famiglia De Luca». Altri, come Amato (2002) avanza l'ipotesi, a dir vero poco plausibile, che le telette siano pervenute in collezione De Luca successivamente, per acquisto. L'ipotesi più probabile è che esse siano state donate dal Giaquinto non al misterioso e fantomatico monsignore, ma proprio al marchese Francesco Antonio De Luca — che era tra l'altro pressoché suo coetaneo, essendo nato nel 1706, e che, dopo l'acquisto del feudo salentino, divideva la propria residenza tra Molfetta e Melpignano — forse come dono di nozze, a giudicare dai soggetti, tutti legati a tematiche amorose.

Da sempre ritenuti fra le opere più felici del Giaquinto per la preziosità materica, la cromia brillante e festosa, la felicità dell'invenzione, i dipinti sono variamente datati dagli studiosi entro un ampio arco cronologico che oscilla tra gli anni Trenta e i primi anni Cinquanta. In realtà, varie considerazioni inducono a ritenere che il ciclo sia stato realizzato entro gli anni Trenta, subito dopo i soggiorni torinesi del Giaquinto, durante i quali, tra l'altro, l'artista dipinse per la Villa della Regina due scene mitologiche assai simili, la *Dafne inseguita da Apollo che si trasforma in alloro* e *Venere che scopre il cadavere di Adone*.

Si ha notizia di varie repliche e copie dei dipinti nonché dell'esistenza di quattro scene mitologiche, oggi perdute, di mano del Giaquinto, che alla fine dell'800 si trovavano nel palazzo degli Arditì di Castelvetere a Presicce, nel Salento, dove le vide il De Giorgi.

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. 1/2006, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 45,00
- Abbonamento per l'estero € 70,00
- Fascicolo € 18,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2006, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare relativi all'annata 2006 (n. 1-2-3).

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2006).



ISBN 88-8422-505-1



9 788884 225054

€ 18,00