ISSN 1970-0903

# Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2011 | anno VI

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2011

# Studi sull'integrazione europea

numero **2** · **2011** | anno **VI**

Rivista quadrimestrale

CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione
**Ennio Triggiani – Ugo Villani**

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

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

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

**www.studisullintegrazioneeuropea.eu**

Direzione e Redazione
c/o **Cacucci Editore – Via Nicolai, 39 – 70122 BARI – Tel. 080.5214220**
**http://www.cacucci.it e-mail: studiinteuropea@cacucci.it**

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2011 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

*Antonio Saggio*, par Paolo Mengozzi 207

**ARTICOLI**

Umberto Carabelli
Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica 217

Luciano Garofalo
Ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano: "prove tecniche" d'integrazione 245

Francesco Seatzu
Sulla *primauté* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico italiano 265

Francesca Ippolito
Principio di non discriminazione e cittadini extracomunitari 279

**NOTE E COMMENTI**

Mariacristina Bottino
Il diritto di accesso agli atti di causa. Il caso *API* 303

Rossana Palladino
Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea? 331

Maura Marchegiani
Regolamento "Dublino II" e Convenzione europea dei diritti umani: il caso *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia* 357

Chiara Gabrielli
La libertà personale dell'immigrato irregolare nella direttiva-rimpatri e la disapplicazione di norme italiane contrastanti: la sentenza *El Dridi* 367

**RECENSIONI**

Riccardo Monaco, Carlo Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico, Parte generale*, Torino, UTET, 2009, III ed. (U. Villani) 383

Angela Di Stasi, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, II ed. (I. Ingravallo) 386

Giuseppe Spera, *Il regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010 (R. Virzo) 388

Libri ricevuti 391

Elenco delle abbreviazioni 393

Indice degli autori 395

# Summary

*Antonio Saggio*, by Paolo Mengozzi 207

**ARTICLES**

Umberto Carabelli
The Contrast between the Fundamental Economic Freedoms and the Rights to Strike and Collective Bargaining in the Recent European Court of Justice Jurisprudence: The Ideological Substratum and the Legal Implications of the Principle of Hierarchical Equivalence 217

Luciano Garofalo
EU Law and Italian Law: 'Tests' of Integration 245

Francesco Seatzu
The Primacy of the European Convention on Human Rights over the Italian Legal Order 265

Francesca Ippolito
Non-Discrimination Principle and Non-EU Citizens 279

**NOTES AND COMMENTS**

Mariacristina Bottino
The Right of Access to Pleadings: The *API* Case 303

Rossana Palladino
The Right of European Citizens to Reside in Their Own Member State as a (New) Corollary of European Citizenship? 331

Maura Marchegiani
The "Dublin II" Regulation and the European Convention on Human Rights in Light of the *M.S.S.* v. *Belgium & Greece* Case 357

Chiara Gabrielli
Compliance with Fundamental Rights of Illegal Immigrants and Obligation for National Courts to Refuse to Apply Any National Provision which Is Contrary to the Result of the Directive on the Return 367

**BOOK REVIEWS**

Riccardo Monaco, Carlo Curti Gialdino, *Manuale di diritto internazionale pubblico, Parte generale*, Torino, UTET, 2009, III ed. (U. Villani) 383

Angela Di Stasi, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, II ed. (I. Ingravallo) 386

Giuseppe Spera, *Il regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2010 (R. Virzo) 388

Books received 391

Table of abbreviations 393

List of contributors 395

Paolo Mengozzi

# Antonio Saggio*

Malgré la solennité de l'évènement qui nous réunit aujourd'hui, permettez-moi de commencer par un petit jeu de mots lié au patronyme d'Antonio Saggio. En effet, "saggio", en italien, signifie "avisé". Antonio Saggio faisait honneur à son nom. Lui rendre hommage signifie parler d'un homme avisé, également dans l'exercice de sa fonction de magistrat.

Déjà durant les premières années de sa formation, Antonio Saggio avait adhéré avec enthousiasme au climat d'effervescence qui régnait en Italie après la seconde guerre mondiale et qui trouvait son origine dans un immense effort d'atteindre une série d'objectifs parmi lesquels figurait celui d'ancrer le pays au sein d'un système international assurant la paix et la justice. Dans ce contexte, forte était l'aspiration à trouver un équilibre entre les libertés des personnes et la satisfaction des intérêts de la société ainsi que des exigences impératives de son fonctionnement.

Une fois entré dans la magistrature en 1960, Antonio Saggio est très rapidement devenu membre de Cour d'appel et, à partir de là, en gravissant les échelons de la carrière, il a rejoint la Cour de cassation. Toutefois, l'exercice de sa profession ne l'a pas empêché de garder des liens étroits avec le monde universitaire et de la recherche: ainsi, de 1971 à 1989, il a été chargé de cours en droit communautaire à la Faculté d'Economie et Commerce de l'Istituto Universitario Orientale de Naples et à l'Ecole Supérieure de l'Administration Publique à Rome. Nombreux ont été ses articles de doctrine et ses commentaires portant sur la jurisprudence communautaire; à cet égard on retiendra que, en collaboration avec d'autres auteurs, il a publié le premier ouvrage sur le Tribunal de première instance.

Le fait qu'il ait su concilier son activité de magistrat avec l'enseignement et la recherche a fait en sorte que, en 1979, l'avocat général Francesco Capotorti

* Allocution prononcé à l'audience solennelle de la Cour de Justice de l'Union européenne du 11 avril 2011.

ait souhaité l'avoir à ses côtés, en qualité de référendaire, fonction qu'Antonio Saggio exercera jusqu'en 1984.

Le 25 septembre 1989, il est nommé membre du tout nouveau Tribunal de première instance. Son expérience s'avère précieuse dans cette nouvelle juridiction. Ainsi, dès son entrée en fonction, il se consacre à l'organisation de l'activité du Tribunal. Sa contribution à l'adoption de son règlement de procédure est remarquable et le dévouement et l'engagement d'Antonio Saggio pour le bon déroulement de l'activité de cette juridiction naissante sont exemplaires.

De son activité pendant ses premières années au Tribunal, je me limiterai à rappeler qu'il fut juge rapporteur dans les célèbres affaires en matière de concurrence *Tetra Pak*[1] et *Magill* (*RTE*, *BBC* et *ITP*[2]) et qu'il a contribué à l'adoption des non moins importants arrêts en matière d'aides d'Etat *EISA*, *British Steel*, *Thyssen Group*[3], ainsi que de l'arrêt rendu dans l'affaire *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources*[4] dans le domaine des concentrations d'entreprises. Cette dernière affaire dénote une vive attention portée aux droits collectifs des travailleurs, attention qu'Antonio Saggio aura l'occasion de prêter de manière plus personnelle dans ses conclusions en tant qu'Avocat général à la Cour dans l'affaire *Bofrost*[5], à propos de laquelle je reviendrai dans quelques instants.

Le 18 septembre 1995, ses collègues de l'époque l'élisent Président du Tribunal de première instance, fonction qu'il exercera jusqu'en 1998.

Dans le respect des obligations imposées par sa nouvelle fonction, Antonio Saggio tenait avant tout à l'esprit d'égalité entre les membres du Tribunal qui l'amenait régulièrement à faire référence à sa condition "de juge encore en charge", comme il a eu l'occasion de fortement le souligner lors de son allocution de départ du Tribunal.

Le 5 mars 1998, il est devenu Avocat général à la Cour de Justice, succédant à Giuseppe Tesauro.

Dès la présentation de ses premières conclusions, on peut très clairement déceler comment Antonio Saggio est parvenu à traduire ses aspirations de jeunesse dans une remarquable – et, comme je le dirai par la suite, en quelque sorte avant-gardiste – contribution à la réalisation de la justice. Une forte source d'inspiration lui parvenait de ses séjours dans l'île de Ventotene, qu'il avait choisie comme lieu de méditation, où il cultivait et il renforçait ses idéaux. A cet égard,

---

1 Tribunal de première instance, arrêt du 10 juillet 1990, affaire T-51/89, *Tetra Pak*, *Recueil*, p. II-309.

2 Tribunal de première instance, arrêts du 10 juillet 1991: affaire T-69/89, *RTE* c. *Commission*, *Recueil*, p. II-485; affaire T-70/89, *BBC* et *a.* c. *Commission*, *Recueil*, p. II-535; affaire T-76/89, *ITP* c. *Commission*, *Recueil*, p. II-575.

3 Tribunal de première instance, arrêts du 24 octobre 1997: affaire T-239/94, *EISA* c. *Commission*, *Recueil*, p. II-1839; affaire T-243/94, *British Steel* c. *Commission*, *Recueil*, p. II-1887; *Wirtschaftsvereinigung Stahl* et *a.* c. *Commission*, *Recueil*, p. II-1963.

4 Tribunal de première instance, arrêt du 27 avril 1995, affaire T-96/92, *Comité central d'entreprise de la Société générale des grandes sources* c. *Commission*, *Recueil*, p. II-1213.

5 Conclusions présentées le 26 septembre 2000, affaire C-62/99, *Bofrost*, *Recueil*, p. I-7963.

je peine à concevoir que ce choix ait été le résultat d'un pur hasard. En effet, c'est dans l'île de Ventotène que Altiero Spinelli, lorsqu'il y avait été déporté, avait rédigé le célèbre Manifesto éponyme qui a eu tellement de poids dans le lancement de l'intégration européenne.

En revenant à ses conclusions, méritent d'être rappelées:

- celles dans l'affaire *Portugal* c. *Conseil*[6], où Antonio Saggio a abordé le rôle constitutionnel que la Cour doit exercer dans le contrôle de la participation de la Communauté aux relations internationales;

- celles dans l'affaire *Océano Grupo*[7], où il a affronté le rôle que les juridictions nationales doivent exercer dans le cadre de l'application des directives communautaires concernant les contrats conclus par des professionnels avec des consommateurs;

- et celles dans l'affaire *Bofrost*, qui concerne les problèmes de la participation des travailleurs aux décisions des entreprises.

Dans l'affaire *Portugal* c. *Conseil*, Antonio Saggio a saisi l'occasion pour exprimer une idée qui peut être considérée comme sa conception de l'évolution de l'ordre juridique communautaire visant à poursuivre ses propres exigences de libéralisation et de solidarité et de la façon par laquelle cet ordre juridique a imposé son indépendance dans le système des relations économiques internationales. Antonio Saggio est parti de l'affirmation exprimée dans l'avis 1/91[8] de la Cour selon laquelle il existe "des dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire"[9], des "fondements"[10] auxquels la Cour ne peut en aucun cas déroger. Il a, tout d'abord, ajouté à cette affirmation que des telles règles "ont acquis dans l'ordre juridique communautaire la valeur de règles constitutionnelles"[11]; ensuite, étant donné qu'il s'agissait d'établir si la Cour devait annuler un acte communautaire en raison de son incompatibilité avec un accord international liant la Communauté, Antonio Saggio a précisé que, "[m]ême si cela peut donner naissance à un comportement illicite sur le plan international imputable à la Communauté, la Cour, qui doit assurer le respect de l'indépendance de l'ordre juridique communautaire, sera tenue de ne pas appliquer [des dispositions d'un accord international liant la Communauté pour déclarer l'illégalité d'un acte communautaire si ces dispositions] imposent aux institutions des actions incompatibles avec le bon fonctionnement et les objectifs du traité"[12].

---

6 Conclusions présentées le 25 février 1999, affaire C-149/96, *Portugal* c. *Conseil*, *Recueil*, p. I-8395.

7 Conclusions présentées le 16 décembre 1999, affaires jointes C-240 à 244/98, *Océano Grupo*, *Recueil*, p. I-4941.

8 Cour de Justice, avis du 14 décembre 1991, 1/91, *Projet d'accord entre la Communauté, d'une part, et les pays de l'Association européenne de libre échange, d'autre part, portant sur la création de l'Espace économique européen*, *Recueil*, p. I-6079.

9 *Ibidem*, point 41.

10 *Ibidem*, point 46.

11 Conclusions, affaire C-149/96, cit., point 22.

12 *Ibidem*.

Les trois éléments qui caractérisent cette conception fortement dualiste exprimée par Antonio Saggio en 1999 – la qualification de "règles constitutionnelles" de dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire, l'indépendance de celui-ci et le devoir de la Cour d'en assurer le respect même si cela peut entraîner la Communauté à adopter un acte illicite au regard du droit international – constituent le signe d'une haute considération de l'intégration communautaire. On peut y percevoir l'idée embryonnaire qui sera développée quelques années plus tard par la Cour dans l'arrêt *Kadi*[13], qui est certainement l'un des arrêts parmi les plus importants qu'elle a prononcé.

Dix mois après ses conclusions dans l'affaire *Portugal* c. *Conseil*, Antonio Saggio a repris, avec la même vigueur, l'idée de l'existence de dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire auxquelles il n'est absolument pas possible de déroger, dans ses conclusions dans l'affaire *Océano Grupo*. Cette fois-ci, toutefois, il a développé cette idée en faisant référence à leur application par les juridictions nationales. Dans l'affaire *Océano Grupo*, il s'agissait d'éclaircir, aux termes de la directive 93/13/CEE[14], le pouvoir des juges nationaux à l'égard des clauses abusives figurant dans un contrat stipulé entre un professionnel et un consommateur. Antonio Saggio a souligné le fait que cette directive vise à contrecarrer l'application des clauses abusives "dans le contexte général de la protection spéciale qu['elle] entend reconnaître à des intérêts de la collectivité qui, en faisant partie de l'ordre public économique, dépassent les intérêts spécifiques des parties"[15]. Il en a tiré la conséquence que cela "ne peut pas ne pas se refléter sur les pouvoirs attribués au juge national"[16] et ne pas se traduire dans un devoir de ce dernier de déclarer d'office le caractère abusif des clauses en question car "il existe (…) un intérêt public à ce que les clauses préjudiciables pour le consommateur ne produisent pas d'effets"[17]. La Cour a adhéré à la proposition innovatrice exprimée par Antonio Saggio dans ses conclusions et a confirmé cette approche dans sa jurisprudence postérieure.

Par cette même proposition, Antonio Saggio a étendu aux juridictions nationales le même devoir que, dans l'affaire *Portugal* c. *Conseil*, il avait affirmé devoir incomber à la Cour, à savoir celui de moduler l'exercice des compétences judiciaires en fonction de la garantie du respect de dispositions fondamentales de l'ordre juridique communautaire. Ce n'est pas par hasard que, malgré le fait que Antonio Saggio rappelle que la directive établit que "les États membres veillent à ce que (…) des moyens adéquats et efficaces existent afin de faire cesser l'utilisation des clauses abusives dans les contrats conclus avec les

13 Cour de Justice, arrêt du 3 septembre 2008, affaires jointes C-402 et 415/05 P, *Kadi* et *a.*, *Recueil*, p. I-6351.

14 Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *JO* L 95, 21 avril 1993.

15 Conclusions, affaires jointes C-240 à 244/98, cit., point 26.

16 *Ibidem*, point 25.

17 *Ibidem*, point 26.

consommateurs par un professionnel"[18], il estime qu'elle se situe dans le contexte général d'une protection spéciale reconnue à des intérêts de la collectivité[19].

Il peut paraître de prime abord incohérent que, après avoir affirmé que, dans l'intérêt des consommateurs, la directive 93/13/CEE oblige les Etats Membres à faire cesser l'utilisation des clauses abusives à l'égard des consommateurs, il qualifie les dispositions de cette même directive comme dispositions impératives d'ordre public économique et non pas, plus simplement, comme dispositions impératives visant à la protection des consommateurs, à l'instar de ce que la Cour affirmera dans l'arrêt *Mostaza Claro*[20] en 2005. En réalité, il ne s'agit pas d'une incohérence. Il s'agit tout simplement de l'idée que se faisait Antonio Saggio, déjà à l'époque de sa formation, de l'intégration européenne comme étant caractérisée par la poursuite de formes avancées de solidarité et de justice sociale. Cette conception de l'intégration européenne comportait nécessairement la limitation des abus de la part des opérateurs économiques les plus forts et, partant, avait une incidence remarquable sur l'économie des Etats Membres.

De l'avis d'Antonio Saggio, imposer aux juridictions nationales le soin de garantir d'office le respect des dispositions contenues dans la directive sur les clauses abusives comme appartenant à l'ordre public économique communautaire constituait une façon adéquate de les mettre en valeur. Accorder un tel rôle aux juridictions nationales signifiait qu'il leur incombe de poursuivre l'objectif des pères fondateurs de la Communauté de garantir une fonction sociale au marché commun. C'est la raison pour laquelle Antonio Saggio a souligné la nécessité de protéger les intérêts des consommateurs, non pas seulement en tant que tels, mais en tant que intérêts de la collectivité[21].

Il s'agit d'une mise en exergue du rôle essentiel conféré aux juridictions nationales dans l'ordre juridique de l'Union, rôle que la Cour a réaffirmé dans l'avis 1/09[22] rendu le 8 mars de cette année concernant l'institution d'une "juridiction du brevet européen et du brevet communautaire". Antonio Saggio applique, par rapport au *modus operandi* des juges nationaux, une idée très précise: l'idée que, pour assurer la protection des valeurs auxquelles l'ordre juridique communautaire attribue une importance particulière, il s'agit d'avoir une réaction énergique au sein de l'ordre juridique, soit par l'intervention active du

---

18 *Ibidem*, point 24.

19 Quelque temps plus tard il a adopté la même position dans ses conclusions présentées (le 1er juin 1999) dans l'affaire C-126/97, *Eco Swiss*, *Recueil*, p. I-3055, à propos des règles communautaires de concurrence.

20 Cour de Justice, arrêt du 26 octobre 2006, affaire C-168/05, *Mostaza Claro*, *Recueil*, p. I-10421.

21 Voir également ses conclusions dans l'affaire C-126/97, cit., à propos de l'intérêt de garantir le caractère compétitif du marché.

22 Cour de Justice, avis du 8 mars 2011, 1/2009 (rendu en vertu de l'art. 218, point 11, TFUE), *Projet d'accord – Création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets – Juridiction du brevet européen et du brevet communautaire – Compatibilité dudit projet avec les traités*, non encore publié au *Recueil*.

juge, soit par une interprétation du droit fortement inspirée par la sauvegarde de ces mêmes valeurs. C'est, à mon avis, cette même idée que, successivement, la Cour a très clairement appliqué, dans l'arrêt *Martìn Martìn*[23] concernant la protection des consommateurs, et dans les arrêts *Mangold*[24] et *Seda Kücükdeveci*[25], relatifs à la protection des travailleurs.

Dans l'affaire *Bofrost*, le problème soulevé était celui d'interpréter la directive 94/45/CE[26] concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen au sein d'entreprises et des groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs. Selon l'art. 5 de la directive la procédure de constitution du comité d'entreprise européen peut être formellement activée par un "groupe spécial de négociation' composé (…) des employés des établissements situés dans les divers Etats membres où sont implantés l'entreprise ou le groupe de dimension communautaire". Cet article prévoit que des informations soient données à la demande écrite des travailleurs, ou de leurs représentants, "relevant d'au moins deux entreprises ou établissements situés dans au moins deux Etats membres". Or, dans l'affaire au principal, la demande de telles informations émanait des travailleurs d'un seul et même établissement et donc paraissait échapper, *a priori*, au champ d'application de la directive. Antonio Saggio a suggéré à la Cour, avec succès, de dépasser le libellé dudit art. 5. A son avis, une interprétation de celui-ci "qui ne reconnaîtrait pas aux représentants des travailleurs présents dans toutes les entreprises situées sur le sol communautaire, le droit de recueillir des informations en vue de mettre en mouvement la procédure de constitution du comité d'entreprise européen compromettrait l'effet utile de la directive et serait, de surcroît, contraire à [sa] finalité"[27]: elle supprimerait une des conditions fondamentales du dialogue social qui constitue un élément primordial de la politique européenne.

De la sorte, Antonio Saggio a clairement confirmé l'orientation qu'il avait déjà adoptée dans l'affaire *Océano Grupo* affirmant l'existence d'un noyau dur de règles impératives du droit communautaire constituant l'ordre public économique communautaire et visant à assurer la fonction sociale du marché et à protéger les intérêts de la collectivité parmi lesquels se placent aussi les intérêts des travailleurs.

A l'occasion de son départ de la Cour pour réintégrer ses fonctions à la Cour de cassation – et se rapprocher, avec son épouse, de sa famille – Antonio Saggio a exprimé sa fierté des efforts qu'il avait accomplis, en tant qu'Avocat général,

---

23 Cour de Justice, arrêt du 17 décembre 2009, affaire C-227/08, *Martìn Martìn*, non encore publié au *Recueil*.

24 Cour de Justice, arrêt du 22 novembre 2005, affaire C-144/04, *Mangold*, *Recueil*, p. I-9981.

25 Cour de Justice, arrêt du 19 janvier 2010, affaire C-555/07, *Seda Kücükdeveci*, non encore publié au *Recueil*.

26 Directive 94/45/CE du Conseil, du 22 septembre 1994, concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *JO* L 254, 30 septembre 1994.

27 Conclusions, affaire C-62/99, cit., point 14.

pour contribuer à l'évolution du système juridique communautaire. Ses conclusions, que de façon sélective je me suis permis de rappeler, démontrent clairement que son engagement a renforcé les orientations déjà présentes dans la jurisprudence de la Cour à promouvoir la mise en oeuvre des valeurs qui ont inspiré ses choix. Comme je l'ai dit, ces mêmes valeurs ont pu trouver une concrétisation dans les plus récents arrêts de notre institution.

C'est avec cette conviction, au nom de l'entière institution et, en particulier, de mes collègues de la Cour et du Tribunal, que j'honore la mémoire d'Antonio Saggio, mon souvenir allant à un homme animé d'idéaux sociaux et qui, en même temps, possédait des qualités humaines remarquables et était doué d'un fort sens de l'humour. Pour reprendre mon petit jeu de mots d'ouverture, "saggio non solo di nome, ma anche di fatto" ("avisé, non seulement de nom, mais aussi de fait").

Je vous remercie.

## Abstract

Advocate General at the Court of Justice Paolo Mengozzi chronicles the salient points of the career of Antonio Saggio, former President of the Court of First Instance from 18 September 1995 to 4 March 1998 and Advocate General at the Court of Justice from 5 March 1998 to 6 October 2000, died on 26 January 2010. The Author underlines the important contribution of Antonio Saggio to the jurisprudence of the Court of Justice.

# Articoli

Umberto Carabelli

# Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*

Sommario: 1. La nuova sentenza della Corte di giustizia sul contrasto tra diritto di contrattazione collettiva e libertà di circolazione dei servizi; *nihil novi sub sole*. – 2. La conservazione dell'*iter* argomentativo seguito nelle sentenze *Laval* e *Viking* in ordine all'applicazione del *test* di proporzionalità. – 3. L'equivalenza gerarchica tra libertà economiche fondamentali e diritti sociali fondamentali: il sostrato ideologico dell'interpretazione invasiva della Corte di giustizia. – 4. *Segue*: la struttura reale dei poteri economici nel mercato e l'ineluttabilità del conflitto. – 5. Le paradossali conseguenze della giurisprudenza della Corte in materia di sciopero e contrattazione collettiva. – 6. La giurisprudenza della Corte di giustizia ed il conflitto con l'assetto costituzionale interno: l'opportunità di un ricorso (strumentale) alla teoria dei controlimiti.

**1.** Nel luglio 2010 la Corte di giustizia ha pronunciato la sentenza relativa alla causa *Commissione* c. *Germania*[1], avente ad oggetto la violazione, da parte dello Stato tedesco, delle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE, in tema di appalti pubblici[2]. In tale sentenza sono state riprese e ribadite molte delle affermazioni contenute nelle sentenze *Laval* e *Viking*[3], nelle quali – com'è ormai noto non

* Il presente saggio è destinato anche agli Studi in Onore di Tiziano Treu, di prossima pubblicazione.

1 Sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 2010, causa C-271/08.

2 Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, e direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi.

3 Si tratta delle note sentenze della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, e dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05.

soltanto agli esperti – la Corte di giustizia ha affrontato e risolto, in modo assai preoccupante per il futuro non soltanto dei sistemi di relazioni industriali di molti Stati europei, ma della stessa Unione europea, la questione del contrasto tra il diritto di sciopero, pure riconosciuto come diritto sociale fondamentale, e due delle fondamentali libertà economiche comunitarie, quella di circolazione dei servizi e quella di stabilimento.

L'ultima pronuncia conferma la (facile) previsione, avanzata in un precedente studio, secondo cui sarebbe stato assai difficile che, nel breve periodo, potessero manifestarsi ripensamenti, nemmeno parziali, della Corte rispetto alle costruzioni elaborate nelle due decisioni[4]. D'altro canto la nuova sentenza è stata "preparata" dalle approfondite conclusioni depositate il 14 aprile 2010 dall'Avvocato generale Verica Trstenjak, in cui erano state largamente analizzate e quindi confermate (salvo qualche "distinguo") le costruzioni elaborate nelle precedenti sentenze. In particolare l'Avvocato generale aveva affermato esplicitamente che nell'ambito dell'ordinamento giuridico comunitario si deve riconoscere una "*equivalenza gerarchica* tra diritti fondamentali e libertà fondamentali"[5], e che, in caso di conflitto, la composizione (o bilanciamento) deve avvenire sulla base del principio di proporzionalità, quale elaborato nel corso della ormai pluridecennale giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di libertà di circolazione. Affermazioni, queste, le quali traggono in larga misura ispirazione proprio dalle argomentazioni seguite dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Laval* e *Viking*.

Va detto, per maggiore precisione, che nella causa C-271/08 non si discuteva del conflitto tra una delle libertà economiche comunitarie e il diritto di sciopero, bensì di quello tra la libertà di circolazione dei servizi e il diritto di contrattazione collettiva, con riferimento ad una vicenda che presentava varie affinità con i casi trattati nelle sentenze *Albany*, *Rüffert* e *Commissione* c. *Lussemburgo*[6]. Più precisamente, la Commissione aveva accusato la Germania di aver violato gli obblighi posti dalle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE (adottate sulla base delle norme relative al diritto di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi), in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in quanto le amministrazioni di molteplici grandi città tedesche avevano stipulato accordi quadro relativi alla previdenza integrativa aziendale dei propri dipendenti direttamente con enti esercenti funzioni previdenziali scelti sulla base di un "contratto collettivo" precedentemente concluso, senza indire

---

4 Per i riferimenti v. U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009, p. 191. Hanno espresso una certa fiducia in un possibile ripensamento della Corte anche S. Giubboni, *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2008, p. 1135, e T. Blanke, *Europa sociale: un modello comune per evitare una corsa al ribasso?*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 271 s.

5 Corsivo aggiunto.

6 Si tratta, rispettivamente, delle sentenze C-67/96 del 21 settembre 1999, C-346/06 del 3.4.2008 e C-319/06 del 19.6.2008. I problemi giuridici sottesi al caso stesso fanno peraltro emergere dirette connessioni con i casi *Viking* e *Laval*.

preventivamente un bando di gara a livello europeo[7]. Di qui il potenziale contrasto tra il vincolo obbligatorio derivante sulle amministrazioni tedesche dal contratto collettivo sottoscritto e la libertà di circolazione dei servizi, come garantita dalle citate direttive.

Si deve notare, peraltro, che già nella sentenza *Viking* la Corte, per quanto si fosse trovata a giudicare della compatibilità del diritto di sciopero con le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento, aveva dovuto fare i conti con il problema della destinazione funzionale dello sciopero al raggiungimento di particolari obiettivi contrattuali e dunque, indirettamente, con quello riguardante il conflitto tra il diritto di contrattazione collettiva e le predette libertà economiche. In questa prospettiva, la Corte aveva dovuto anzitutto verificare l'utilizzabilità del principio "immunitario" espresso nella sentenza *Albany* (poi ribadito nella successiva sentenza *Van der Woude*)[8]: essa aveva, com'è noto, affermato che quantunque "taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato [attuale art. 101, par. 1, TFUE] nella ricerca comune di *misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro*"[9]. Su tale premessa, la sentenza aveva costruito un'"area di immunità" per l'azione contrattuale rispetto alla libertà di concorrenza[10], anche se aveva posto una sorta di limite funzionale ai contratti collettivi (riferendosi alle "condizioni di occupazione e di lavoro"), che aveva sollevato preoccupazioni e perplessità in dottrina[11]. Nella sentenza *Viking*, invece, la stessa Corte, pur confermando siffatto principio immunitario allo sciopero per fini contrattuali nei confronti della libertà di concorrenza (nei limiti indicati dalla sentenza *Albany*), ne aveva poi

---

7 Sentenza *Commissione* c. *Germania*, cit., punto 1.

8 Sentenze della Corte di giustizia rese rispettivamente il 21 settembre 1999, causa C-67/96, e il 21 settembre 2000, causa C-222/1998.

9 Sentenza *Albany*, cit., punto 59 (corsivo aggiunto). L'art. 101, par. 1, TFUE, com'è noto, vieta "tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e abbia per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno".

10 Cfr. da ultimo sul punto M. Corti, *Contrattazione collettiva, libera circolazione e concorrenza in Europa*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, p. 795 ss.; in apparente contrasto A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass. DPE*, 2010, n. 1, p. 81, nota 71. È da notare che la soluzione adottata aveva, comunque, superato una barriera importante: l'implicito riconoscimento che, in ogni caso, la materia della contrattazione collettiva – la quale pure, ai sensi dell'art. 137, par. 5, TCE (all'epoca della sentenza, l'art. 118, par. 6, oggi art. 153, par. 5, TFUE), deve ritenersi esclusa dalle competenze di regolazione positiva della Comunità – poteva essere conosciuta, e quindi divenire oggetto di disamina, da parte della Corte nei profili di potenziale conflitto con la libertà di concorrenza. Ma su questo profilo si tornerà ancora più oltre.

11 Per i riferimenti cfr. da ultima A. De Salvia, *Prime osservazioni sulle sentenze della Corte di giustizia nei casi* Viking *e* Laval, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2008, II, p. 804 s. (note 53 e 54).

esplicitamente escluso l'applicabilità anche alle libertà economiche di circolazione; e ciò in quanto – a differenza, appunto, di quanto sostenuto in relazione alla libertà di concorrenza – "non si può ritenere che all'esercizio stesso della libertà sindacale e del diritto di intraprendere un'azione collettiva sia inevitabilmente connessa una certa lesione di tali libertà fondamentali"[12].

Orbene, nella nuova sentenza C-271/08, la Corte di giustizia estende "formalmente" quest'ultimo principio al diritto di contrattazione collettiva[13]. Essa, inoltre, ha dato conferma alle preoccupazioni di quella dottrina che, come si è appena ricordato, aveva segnalato i rischi del limite contenutistico posto nella sentenza *Albany* al diritto di contrattazione collettiva affinché possa godere dell'immunità dalla violazione della libertà di concorrenza. Sia pure incidentalmente, infatti, la Corte è giunta ad affermare che la designazione in un contratto collettivo di organismi ed imprese cui le amministrazioni dei comuni e degli enti comunali devono rivolgersi per la gestione della previdenza complementare dei propri dipendenti "*non attiene all'essenza del diritto di negoziazione collettiva*"[14], con ciò dimostrando il proprio convincimento circa l'esistenza di un fronte di potenziale contrasto anche con la libertà di concorrenza, con conseguente ammissibilità di un'indagine riguardante gli stessi contenuti dell'autonomia collettiva.

Trattando in passato delle sentenze *Viking* e *Laval*, si era già avuto modo di notare come l'attribuzione da parte della Corte di giustizia di un differente rilievo giuridico alla pluralità di forme della libertà di iniziativa economica garantite dal Trattato in relazione al loro rapporto con il diritto di sciopero si rivelasse, con evidenza, una forzatura concettuale, "strumentale" all'obiettivo di privilegiare i valori economici rispetto a quelli sociali. Da un lato, infatti, negli ordinamenti giuridici dei Paesi ad economia di mercato, la predetta libertà è normalmente riconosciuta come unitaria nella sua funzione classica di assicurare l'esercizio di attività lucrative[15]; dall'altro lato, nell'esperienza ricavabile dalla storia delle società industrializzate, lo sciopero (specialmente nel suo collegamento funzionale alla possibilità di contrattare le condizioni di lavoro autonomamente definite) è uno strumento di lotta intrinsecamente volto a confliggere con l'iniziativa economica privata, qualunque sia la concreta manifestazione di quest'ultima. Ed infine, si era sostenuto che l'asserita possibilità per la Corte di sindacare il contenuto delle rivendicazioni dei lavoratori e delle loro organizzazioni al fine di valutare la compatibilità dello sciopero con le libertà economiche, finiva in realtà per negare i diritti fondamentali dei lavoratori di organizzare liberamente la loro attività sindacale e di definire i loro interessi economico-professionali, nonostante la garanzia ad essi apprestata dal diritto dell'UE.

---

12 Sentenza *Viking*, cit., punto 52.

13 Sentenza *Commissione* c. *Germania*, cit., punto 48.

14 *Ibidem*, punto 49 (corsivo aggiunto).

15 U. Carabelli, *op. cit.*, p. 164, e già Id., *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi* Laval *e* Viking, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 160 s.

Ebbene, appare evidente come siffatte riflessioni possano adesso essere direttamente riferite, senza che ci sia bisogno di modificare una virgola, anche al diritto di contrattazione collettiva.

**2.** La Corte non si è preoccupata di affrontare, come ipotizzato dall'Avvocato generale Trstenjak, il problema della "prospettiva" da cui effettuare il contemperamento indicato, sul quale, invece, si era soffermato in modo prolungato l'Avvocato generale, mostrando, apparentemente, di voler dare particolare credito alle critiche che una parte della dottrina internazionale aveva sollevato nei confronti della Corte per le argomentazioni seguite nelle sentenze *Viking* e *Laval*. Tale dottrina, infatti, aveva sostenuto che, avendo la Corte di giustizia ammesso (già prima dall'assunzione di vincolatività giuridica della Carta dei diritti fondamentali di Nizza[16]) che il diritto di sciopero è un diritto fondamentale riconosciuto dall'UE, essa avrebbe poi dovuto "coerentemente" ribaltare la prospettiva di analisi adottata in passato in ordine all'applicazione del principio di proporzionalità per la soluzione del contrasto tra libertà economiche e diritti nazionali assicurati da normative nazionali di tutela del lavoro. La Corte, in altre parole, avrebbe dovuto collocare al centro del ragionamento relativo al bilanciamento non le libertà economiche, ma il diritto fondamentale di sciopero, verificando non più entro che limiti le prime possono essere incise restrittivamente dal secondo, ma piuttosto, quanto quest'ultimo possa essere legittimamente condizionato da quelle. Per tale via, secondo questi stessi autori, si sarebbe potuta ottenere una più significativa difesa del diritto di sciopero e, più in generale, dei diritti sociali fondamentali[17].

In altra occasione si è avuto modo di obiettare a questa lettura che il *test* di proporzionalità costruito dalla Corte di giustizia rappresenta un procedimento tecnico-interpretativo che, di per sé, non costituisce un ostacolo ad un "formalmente" corretto bilanciamento dei valori sottesi alle norme confrontate: ciò che importa ai fini della determinazione del punto di equilibrio nel confronto tra due situazioni giuridiche tutelate in un ordinamento è solo il "peso" che viene attribuito ai valori e principi ad esse sottesi, e non il punto prospettico da cui viene svolto il ragionamento giuridico comparativo[18]. Il vero problema, insomma, è il

---

16 La Carta, approvata a Nizza il 7 dicembre 2000 come documento politico, è stata successivamente risottoscritta a Strasburgo il 12 dicembre 2007, al fine di conferirle la piena e diretta giuridicità ad essa riconosciuta dall'art. 6, par. 1, TUE, quale risultante dalle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007.

17 Sia consentito il rinvio per i riferimenti a U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 152 ss., cui *adde* S. Giubboni, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2009, p. 330 s.

18 Sul ragionamento sottostante a questa posizione sia consentito un rinvio ancora a U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 156 s. Su questo aspetto è tornato di recente A. Lo Faro, *op. cit.*, p. 50 ss., il quale ha ripreso con puntualità le critiche all'inversione concettuale operata dalla Corte, ma, per il vero, non mi pare dia risposta alle specifiche obiezioni da me sollevate nella sede citata, qui solo riassunte. Quanto poi all'osservazione che il bilanciamento "sbilanciato" della Corte sarebbe avvenuto tra le libertà economiche del Trattato e una disciplina

principio di "equivalenza gerarchica" tra diritti fondamentali e libertà fondamentali elaborato dalla Corte nelle due sentenze in materia di sciopero.

Premesse queste considerazioni, si era altresì osservato come detta situazione non avrebbe potuto essere modificata – come auspicato da taluni autori[19] – dall'attribuzione di valore giuridico alla Carta di Nizza, poiché, nell'ambito dell'art. 28 di essa non soltanto si rinviene un riconoscimento dei diritti sociali fondamentali di autotutela e di negoziazione collettiva "condizionato" dalla loro conformità al diritto dell'Unione (oltre che alle legislazioni e prassi nazionali)[20], ma si riconoscono altresì, in capo ai datori di lavoro ed alle rispettive organizzazioni, diritti di pari contenuto, così sancendosi una formale parità di trattamento giuridico. Una parità giuridica, la quale – oltre a negare le sostanziali differenze di potere economico e sociale presenti nel mercato (su cui si tornerà più approfonditamente nel seguito) – non sembra affatto opporsi al principio di equivalenza gerarchica di fondamento giurisprudenziale, ma anzi appare in perfetta sintonia con esso[21].

---

nazionale del diritto di sciopero, e non con il diritto di sciopero di fondamento comunitario, è lo stesso studioso a rilevare come la Corte abbia comunque fatto riferimento (ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona) al diritto di sciopero come diritto fondamentale della Comunità europea (oggi UE): e al riguardo è da osservare che non si tratta di una sorta di *obiter dictum* (o addirittura di "un'affermazione sconnessa dall'iter argomentativo utilizzato a fini decisori", come ritiene l'autore, p. 54; ma v. anche p. 58), bensì, di fatto, della costruzione concettuale, operata dalla stessa Corte, della disciplina nazionale come "attuativa" del diritto (oggi) formalmente sancito, con piena efficacia giuridica, dalla Carta di Nizza (cfr. in questa prospettiva, quantunque sotto altro profilo, U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 46 ss.). D'altronde lo stesso studioso concorda con il sottoscritto (*ibid.*, p. 160 ss.) in merito all'impropria equiparazione della normativa interna che garantisce il diritto di sciopero ad una qualsivoglia disposizione nazionale in materia lavoristica (pp. 54-5). Ma questo dipende per l'appunto dall'aver la Corte di giustizia collocato il diritto di sciopero sullo stesso piano delle libertà economiche del Trattato: insomma dal "mero" riconoscimento dell'"equivalenza gerarchica", di cui si è detto in testo.

[19] Cfr. per i riferimenti U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 156, nota 84. *Adde* ora B. Caruso, M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, p. 159; A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa 'sociale' nel Trattato di Lisbona*, in *Working Papers* CSDLE "Massimo D'Antona". *Int*, n. 82/2010 (www.lex.unict.it, reperibile *on line*), p. 20, nonché A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi* Laval *e* Viking, in *Lavoro e diritto*, 2008, p. 87, e A. Pizzoferrato, *Libertà di concorrenza fra imprese: i vincoli del diritto sociale*, in F. Carinci, A. Pizzoferrato (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, in F. Carinci (dir.), *Diritto del Lavoro. Commentario*, IX, Torino, 2010, p. 193, i quali ultimi sottolineano come l'auspicio di una diversa lettura derivava dal richiamo delle "legislazioni e prassi nazionali": lettura invero troppo ottimistica, in quanto tale richiamo non può comunque non fare i conti con la specifica previsione, contenuta nello stesso art. 28, della "conformità al diritto dell'Unione".

[20] Si v. punto 44 della sentenza *Viking*, cit., il punto 91 della sentenza *Laval*, cit., e il punto 43 della sentenza *Commissione* c. *Germania*, cit.

[21] Per una lettura prospetticamente più ottimistica dell'articolo della Carta (nonché, in generale, degli sviluppi partecipativi del diritto sociale europeo), ma di fatto sostanzialmente conforme dal punto di vista tecnico a quella di cui in testo, si v. G. Fontana, *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rass. DPE*, 2010, n. 2, p. 116 ss., ma anche p. 157 ss.

Queste critiche, a suo tempo riferite al confronto tra sciopero (per fini contrattuali) e libertà economiche fondamentali, appaiono evidentemente estendibili al confronto tra la contrattazione collettiva e le predette libertà, di cui si è discusso nella causa *Commissione* c. *Germania*. E d'altronde appare significativo che lo stesso Avvocato Trstenjak, a valle di complesse e alquanto contorte riflessioni circa la plausibilità dell'inversione di prospettiva suddetta, sia giunto alla fine a riconoscere che, in realtà, "l'indagine volta a verificare se la libertà di stabilimento e la libertà di prestazione dei servizi possano ammettere una restrizione alle contrattazioni collettive e all'autonomia collettiva, in ultima analisi, non è che l'immagine riflessa dell'indagine volta a verificare se i diritti sociali fondamentali possano giustificare una restrizione alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi" (punto 204). E ciò ha alla fine giustificato la riproposizione da parte della Trstenjak della medesima prospettiva di indagine già praticata dalla Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval* (punto 233)[22]! Nessuna meraviglia, pertanto, se del problema del ribaltamento di prospettiva non si trovi nessuna traccia nel ragionamento della Corte nella sua ultima sua sentenza, dove viene semplicemente ripercorso quello già sperimentato in precedenza.

**3.** Nella sentenza C-271/08 la Corte di giustizia parla di "contemperamento delle esigenze connesse alla realizzazione dell'obiettivo sociale perseguito nella fattispecie dalle parti della negoziazione collettiva, con quelle derivanti dalle direttive 92/50 e 2004/18"[23], senza richiamare l'espressione "equivalenza gerarchica" utilizzata dall'Avvocato generale (per il vero non rinvenibile nemmeno nelle sentenze *Viking* e *Laval*). Tuttavia appare del tutto evidente che queste affermazioni della Corte presuppongono, appunto, il pieno riconoscimento di una siffatta equivalenza tra le libertà economiche del Trattato e i diritti sociali garantiti dalla Carta di Nizza.

Ebbene, l'ammissione, da parte della Corte, che nell'ordinamento dell'Unione europea è ormai sancita la piena equivalenza di valore tra le libertà economiche e i diritti fondamentali ha rappresentato indubbiamente un significativo salto di qualità, a fronte dell'originaria "frigidità" della Comunità europea rispetto ai problemi sociali[24]. E tuttavia appare chiaro che nessun avanzamento si potrà ottenere nel futuro sul piano della effettiva tutela dei diritti sociali senza un deciso e formale riconoscimento che i diritti fondamentali di sciopero e di contrattazione collettiva devono "prevalere" sulle libertà economiche, nel senso che il loro esercizio non deve subire condizionamenti a causa di queste – ovvero, se

---

22 Nella stessa direzione paiono muoversi le osservazioni di F. Vecchio, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: verso una nuova composizione tra libertà economiche europee e diritti sociali fondamentali?*, 2010, p. 10 (www.europeanrights.eu, reperibile *on line*).

23 Sentenza *Commissione* c. *Germania*, cit., punto 51.

24 D'obbligo il riferimento a F. Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle comunità europee*, in *Il lavoro nell'ordinamento comunitario e l'ordinamento italiano* (*Atti del convegno di Parma del 30 e 31 ottobre 1985)*, Padova, 1988, p. 27 ss.

si preferisce, nel senso che le libertà economiche devono soggiacere alle conseguenze negative derivanti dall'esercizio di quelli[25].

Le ragioni per cui l'"equivalenza gerarchica" è insufficiente ad assicurare, nell'Unione europea del futuro, un'adeguata tutela dei diritti sociali sono, se si vogliono scorgere, sotto gli occhi di tutti.

In linea generale, l'abbattimento delle barriere politiche e giuridiche che, fino alla prima metà del secolo scorso, condizionavano l'espansione dei mercati, ha reso il capitale estremamente mobile, e soprattutto ne ha sviluppato la "rapacità", rendendolo disponibile a calarsi (i.e. a dislocarsi per il tempo che conviene) là dove maggiore è la possibilità di ottenere una maggiore redditività, quali che siano i motivi di tali differenziali di rendimento. Ma non si può ignorare che, tranne i casi di specifiche produzioni alla ricerca di particolari condizioni ambientali, sono i risparmi ottenuti sui costi diretti ed indiretti del lavoro (ivi compresi quelli derivanti dall'azione di tutela collettiva sindacale e non) quelli che più rilevano nelle scelte strategiche di allocazione dei centri decisionali e più ancora delle sedi di produzione. Dal punto di vista dell'Unione europea, poi, la situazione rischia di diventare, paradossalmente, ancor più grave. Nell'area geografica che ad essa afferisce, la giurisprudenza della Corte di giustizia sviluppatasi, in relazione alle normative di tutela delle libertà economiche, proprio al fine di garantire – con un elevato grado di effettività, quanto meno se rapportato a quello ottenibile nella dimensione mondiale[26] – la libera circolazione (non tanto dei lavoratori in cerca di occupazione, ma soprattutto) di capitali, merci e servizi, oltre che la libertà di insediamento (o di stabilimento), dopo aver sottoposto a forti scosse sismiche gli edifici delle tutele sociali faticosamente costruiti tra l'800 ed il '900 negli Stati membri di più antica *membership*[27], mette ora in crisi i diritti sociali fondamentali di sciopero e di negoziazione collettiva, che avevano contribuito in modo determinante alla costruzione di quegli edifici. Si impedisce, cioè, che quei diritti possano continuare a svolgere quella funzione "emancipatoria, redistributiva e parificatrice" assolta sin dagli albori del movimento operaio industriale, in quanto li si costringe a "compatibilizzarsi" con le predette libertà economiche.

Ciò detto, va poi notato come le decisioni della Corte relative al bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche si fondino su una preliminare scelta interpretativa assai discutibile effettuata nelle sentenze *Viking* e *Laval*. In queste due pronunce i giudici di Lussemburgo hanno rifiutato di imboccare la strada più

---

25 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 156 s.

26 Cfr. per analoghi problemi di effettività a livello globale degli accordi economici S. Sciarra, *Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law*, 2010, p. 13 ss (centers.law.nyu.edu, reperibile *on line*).

27 Ci si riferisce alla giurisprudenza sviluppatasi sulla libera circolazione di beni e servizi: per un riepilogo si v. U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 38 ss., dove anche altri riferimenti; *adde* S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Bologna, 2007, p. 85 ss., e F. Bano, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione Europea*, Bologna, 2008, *passim*.

giusta (e finanche più logica, allo stato dei fatti) offerta dal Trattato: l'art. 137, par. 5, TCE (oggi 153, par. 5, TFUE) stabilisce, infatti, che l'Unione "non ha competenza regolativa" in materia di retribuzione, di diritto di associazione, di diritto di sciopero e di diritto di serrata. E ciò avrebbe dovuto indurre la Corte a dichiarare la propria incompetenza a giudicare del conflitto tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche comunitarie; conflitto rispetto al quale gli Stati membri si erano riservati ogni potere decisionale, in ragione della diretta incidenza di quel conflitto sui loro generali assetti democratici[28]. Invece, così non è stato[29] e la Corte, dopo aver costruito, anche sulla base di una lettura strumentale del dettato formale dell'art. 28 della Carta di Nizza, il predetto principio di "equivalenza gerarchica", si è arrogata il compito di risolvere quel conflitto alla luce del "*test* di proporzionalità"[30].

Questa operazione interpretativa della Corte, oltre che violare la predetta riserva di competenza degli Stati membri, dimostra anche un pericoloso disinteresse per i loro delicati assetti costituzionali, alcuni dei quali prevedono una soluzione del conflitto in questione radicalmente diversa[31]. Ma soprattutto essa appare fondarsi su un assunto che risulta in evidente contrasto con quanto ci narra la storia economica del secolo passato e del primo decennio di quello in corso: e cioè che nei sistemi capitalistici, lavoro e capitale posseggono eguale forza di mercato, onde operatori economici e singoli lavoratori devono, appunto, operare a parità di condizioni giuridiche. Si tratta, peraltro, di un assunto che appare figlio di una vera e propria forzatura ideologica[32], da cui deriva un'alterazione del ragionamento giuridico, che è appunto attestata dall'affermazione del preteso principio di equivalenza gerarchica. In realtà, falsificato quell'assunto, dovrebbe apparire scontato (soprattutto per il giurista italiano, memore della logica sottostante all'art. 3, 2° comma, Cost.) affermare che la garanzia di formale eguaglianza giuridica di situazioni socialmente ed economicamente squilibrate è destinata a perpetuare il divario delle situazioni di fatto; laddove, al contrario, una scelta politica in favore dell'eguaglianza sostanziale richiede la posizione di trattamenti giuridici differenziati, proprio al fine di perseguire un riequilibrio di quelle situazioni[33].

---

28 Sul punto si v. ancora U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 148 ss., dove ampi riferimenti. Da ultimo anche G. Fontana, *op. cit.*, pp. 159 e 162.

29 Nell'esercizio della propria competenza in quelle materie, sostiene la Corte, "detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario", e quindi le libertà economiche sancite dal Trattato: sentenza *Laval*, cit., punti 86-88, e sentenza *Viking*, cit., punti 38-41.

30 E dunque, in pratica, per mezzo della strumentazione giuridica di derivazione giurisprudenziale da essa elaborata nel corso degli anni in relazione al conflitto tra tutele sociali previste dalle legislazioni nazionali e libertà economiche fondamentali.

31 Sul punto v. sin d'ora U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 160 ss., ed ora A. Pizzoferrato, *op. cit.*, p. 191. V. anche *infra*.

32 U. Carabelli, *Note critiche*, cit., p. 160 ss., e Id., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 164 ss., spec. p. 168. *Adde* S. Giubboni, *I diritti sociali*, cit., p. 1134.

33 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., pp. 168 e 185.

Da questo punto di vista non pare errato – né troppo originale – ricordare il noto aforisma "libera volpe in libero pollaio"[34], frequentemente imputato a Che Guevara, ma comunque presente nell'*Ulisse* di Joyce[35]. Quel principio giuridico di "equivalenza gerarchica" sembra, infatti, ignorare che gli interessi economici sono imputabili a soggetti dotati di poteri ampi, spesso diffusi, i quali sono ormai in grado di travalicare i confini non solo nazionali, ma anche dell'Unione europea, e di esercitare forti pressioni nei mercati nazionali ed internazionali, nonché di sfruttare il lavoro nella sua qualità di merce di relativamente facile reperibilità, semplicemente utilizzando proprio le libertà di movimento e d'azione garantite dal diritto mercantile dell'UE. In altre parole – è necessario non far finta di niente e dichiararlo con nettezza, giunti a questa delicatissima fase dell'evoluzione del sistema ordinamentale dell'UE – il *dumping* sociale è un "effetto automatico e consequenziale" all'esercizio di quelle libertà, stanti i differenziali di tutele del lavoro ancora presenti nei vari ordinamenti. Differenziali che sono dovuti, da un lato, ai vari gradi di riconoscimento raggiunti dai diritti sociali nei diversi Paesi; e, dall'altro lato – anche di questo occorre prendere piena consapevolezza –, all'assenza, soprattutto negli anni più recenti, di una politica sociale comunitaria volta ad armonizzare "verso l'alto" le discipline di tutela del lavoro presenti, appunto, nei diversi Paesi membri. La concorrenza di merci e servizi, insomma, si traduce soprattutto nella concorrenza tra ordinamenti giuridici (dunque nella possibilità del c.d. *law shopping*), in particolare dei relativi sistemi di tutela del lavoro; e ciò resterà immutato almeno fino a quando non si elimineranno, in gran misura, i differenziali predetti[36].

Guardati da un'altra prospettiva, siffatti sviluppi del diritto dell'Unione europea, proprio in quanto finiscono per valorizzare la concorrenza tra le tutele del lavoro offerte dai differenti sistemi giuridici[37], riconoscono "di fatto" (anche se la negano a parole[38]) la legittimità del *dumping* sociale quale fattore che può alimentare le scelte degli operatori economici; ma così facendo, impediscono la crescita armonica delle tutele, indotta anche dalla pressione delle forze sociali, e dunque finiscono per rinnegare – in modo contraddittorio e paradossale – una delle precipue finalità dell'azione dell'UE, l'attuazione della "parificazione nel progresso" delle condizioni di vita e di lavoro[39], nonché, più in generale, il per-

---

34 L'aforisma è stato ricordato da M. Barbieri, *Lavoro e diritto tra mercati e poteri*, 2001, p. 3 (www.fondazionemalagugini.it, reperibile *on line*).

35 J. Joyce, *Ulisse*, Milano, 2000 (trad. G. De Angelis), p. 467.

36 Su questo aspetto v. ancora *infra*. In generale sul *law shopping* e sulla concorrenza tra ordinamenti, v. A. Zoppini, *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti*, Roma-Bari, 2004, p. 5 ss., e F. Galgano, *La globalizzazione nello specchiuo del diritto*, Bologna, 2005, p. 77 ss.

37 Cfr. S. Giubboni, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, 2008, p. 1 ss. (www.europeanrights.eu, reperibile *on line*); M. Pallini, Law shopping *e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, p. 3 ss.; A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche*, cit., p. 69 s.; F. Bano, *op. cit.*, p. 227 ss.

38 Si v. il punto103 della sentenza *Laval*, cit.

39 Fermo restando, peraltro, la storica inadeguatezza "strutturale" della Comunità al perseguimento delle finalità sociali, nonostante la sua destinazione "funzionale" pure all'obiettivo del

seguimento del progresso e della coesione sociali (art. 3, par. 3, TUE e art. 151, 1° comma, TFUE)[40].

Invece, è finanche scontato osservare – anche alla luce di quanto appena detto – che, in mancanza di tutele legali, i lavoratori, per potersi difendere dagli effetti perversi che il *dumping* sociale ha sulle loro vite lavorative (e, di conseguenza, più in generale, anche sulla loro dimensione esistenziale, individuale e familiare), avrebbero bisogno di veder riconosciuta dagli ordinamenti giuridici di riferimento (tanto quello nazionale, quanto quello europeo) la piena legittimità anzitutto delle loro organizzazioni collettive ("on the labour side, power is collective power"[41]) e quindi anche della loro azione rivendicativa sostenuta dallo sciopero e della loro attività di contrattazione collettiva, in quanto *uti singuli* non hanno la forza di contrastare il predetto effetto di *dumping*. Nell'ambito di tali ordinamenti, insomma, dovrebbe essere garantito che queste classiche manifestazioni del conflitto sociale, benché lesive o limitative di quelle attività economiche liberamente esercitate, non possano, per ciò solo, essere considerate illegittime e produrre conseguenze dannose sul piano dei rapporti di lavoro.

Se ciò è vero, appare chiaro come il principio di equivalenza gerarchica elaborato dalla Corte di giustizia nelle sentenza *Viking*, *Laval* e *Commissione* c. *Germania*, il quale, lo si ripete, è totalmente sintonico con il dettato dell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, si opponga, come si è accennato in precedenza, in modo radicale alla soddisfazione di siffatte esigenze. Ed appare altresì chiaro perché solo con il riconoscimento della "prevalenza" di quei diritti sociali rispetto alle libertà economiche (e dunque attraverso un loro trattamento giuridico differenziale) possa essere favorito un riequilibrio dello sbilanciato rapporto di poteri nel mercato, così riconoscendosi la tipicità del lavoro (che non può essere considerato una merce qualsiasi[42]) e rimediandosi ai rischi di un iniquo sfruttamento dei lavoratori[43].

---

progresso sociale: quest'ultima, infatti, in quanto rivolta "solo" all'eliminazione degli ostacoli al corretto funzionamento del mercato europeo, è risultata di per sé del tutto inadeguata, tenuto conto, tra l'altro, del condizionamento che lo stesso diritto comunitario ha preteso di esercitare sui diritti nazionali: sul punto si v. ancora di recente E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi «genealogica»*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2009, p. 527 ss. (dove anche i riferimenti).

40 G. Orlandini, *Riflessioni a margine del dibattito sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 75 s., richiama il concetto di "'compatibilità subalterna' tra diritti sociali e mercato".

41 O. Kahn-Freund, *Labour and the Law*, London, 1977, II ed., p. 6.

42 Da ultimo, v. in generale l'ampio saggio storico di B. Veneziani, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 259 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti

43 Una vicenda significativa è quella che ha interessato di recente un'impresa italiana che, avendo vinto legittimamente un appalto nel Regno Unito per lo svolgimento di lavori di raffinazione petrolchimica grazie anche al complessivo minor costo del lavoro dei propri dipendenti, si è trovata a dover affrontare la resistenza dei sindacati inglesi locali, i quali hanno protestato per il fatto che tale "invasione" di campo aveva messo a repentaglio l'occupazione di un'intera regione. Anche le imprese italiane possono, dunque diventare parte integrante di questo meccanismo di con-

In sostanza, al fine di modificare gli attuali equilibri ordinamentali derivanti dalla giurisprudenza della Corte e sostanzialmente confermati dalla Carta di Nizza, occorrerebbe un'azione politica volta a ribaltarli, e specificamente ad introdurre delle modifiche normative che si muovano nella direzione indicata[44].

**4.** La predetta "prevalenza" giuridica, è bene precisarlo ulteriormente, è intesa da chi scrive soprattutto nel senso emergente dall'esperienza maturata nell'ordinamento italiano a seguito dell'approvazione ed entrata in vigore della Costituzione. E ciò non per astruse ragioni di "campanilismo nazionalistico" (o di "ottuso patriottismo costituzionale")[45], bensì per il fatto che l'assetto costituzionale italiano, derivando da un grande compromesso tra le forze politiche, economiche e sociali che avevano contribuito all'abbattimento dello Stato fascista e alla nascita della nuova Repubblica, rappresenta un modello elevato, realistico e comunque vincolante per lo Stato italiano (aspetto, questo, nient'affatto marginale nell'ambito del ragionamento che si svilupperà nel seguito) di bilanciamento degli interessi rappresentati da quelle forze. Come chiarito dalla Corte costituzionale[46], l'art. 40 Cost. sancisce un diritto al conflitto che non è fine a se stesso, bensì è strumentale al perseguimento di una crescita sociale che dia contenuto al principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, 2° comma, Cost., sul presupposto del profondo squilibrio di poteri nella società capitalistica tra coloro che controllano i mezzi finanziari e materiali della produzione e coloro che vendono la propria forza lavoro per assicurarsi i mezzi di vita. È per queste essenziali finalità di fondamento costituzionale che il diritto di sciopero per fini professional-contrattuali può essere esercitato in Italia senza tema di trovare limiti frontalieri nell'esercizio delle varie forme della libertà di iniziativa econo-

---

correnza fondata sul *dumping*. Sulla vicenda, un cenno in B. Hepple, *Diritto del lavoro e crisi economica: lezioni dalla storia europea*, in *Dir. lav. rel. ind.* 2009, p. 399, e più analiticamente C. Bernard, *'British Jobs for British Workers': The Lindsey Oil Refinery Dispute and The Future of Local Labour Clauses in an Integrated Market*, in *Industrial Law Journal*, 2009, p. 245 ss., e C. Kilpatrick, *Laval's Regulatory Conundrum: Collective Standard-setting and the Court's New Approach to Posted Workers*, in *ELR* 2009, p. 844 ss.

44 V. in generale, per il dibattito in corso, M. V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozionedei diritti*, in *Working Papers* CSDLE "Massimo D'Antona". *Int*, n. 55/2007, p. 20 (www.lex.unict.it, reperibile *on line*); A. Zoppoli, Viking *e* Laval*: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero l'autonomia collettiva negata)*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2008, p. 159 ss.; F. Bano, *op. cit.*, p. 137; i saggi contenuti in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, 2009; U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 187, e da ultimi F. Vecchio, *op. cit.*, spec. paragrafi 2 e 3, e A. Pizzoferrato, *op. cit.*, p. 191.

45 Si è infatti ben consapevoli del fatto che, come ricorda A. Lo Faro, *Diritto al conflitto*, cit., p. 59, non è affatto detto che tutti gli Stati membri condividano una medesima concezione in merito alla tutela dei diritti fondamentali. Ma allora il problema è, come si precisa in testo, quello della legittimità o meno della compressione che i diritti fondamentali (ed anzi fondativi) sanciti dalla Costituzione possono subire (a testo costituzionale invariato) da un processo di integrazione operato sulla base dell'invasiva giurisprudenza della Corte di giustizia, a sua volta derivante da una forzatura interpretativa del Trattato.

46 V. i riferimenti *infra*, par. 6.

mica, se non quello di garantire la salvaguardia di quanto necessario per il loro stesso esercizio, anche per la soddisfazione del generale diritto al lavoro[47]; di qui l'impossibilità di concepire limiti di carattere funzionale, e dunque inerenti al contenuto dei contratti collettivi, così come ai contenuti delle rivendicazioni oggetto dell'azione collettiva[48].

Per il vero, nel dibattito che si è sviluppato dopo le sentenze *Laval* e *Viking*, da più parti è stata formulata la raccomandazione di non guardare all'ordinamento dell'UE – in tutti i suoi sviluppi legislativi e giurisprudenziali – con gli occhi del giurista nazionale, inevitabilmente "fuorviati" dalla parzialità dei modelli di analisi e dalla specificità dell'evoluzione dei rapporti sociali e politici interni[49]. Il dimensionamento ormai (quanto meno) europeo degli interessi economici e sociali, nonché delle problematiche giuridiche connesse all'esercizio delle libertà economiche fondamentali e dei diritti sociali fondamentali dell'UE, dovrebbe indurre, insomma, nei giuristi nazionali, una maggiore disponibilità a rivedere le proprie costruzioni dogmatiche, solitamente fondate sugli assetti ordinamentali interni. Dovrebbe, in altre parole, spingerli ad aprirsi verso letture giuridiche volte a sostenere con fiducia gli sviluppi di un ordinamento giuridico – quello dell'Unione europea – caratterizzato da forme ancora embrionali di partecipazione democratica dei cittadini ai processi decisionali e dalla presenza di una "costituzionalizzazione" ancora debole dei diritti fondamentali della persona, tra cui quelli di natura sociale. In questa prospettiva, si è aggiunto, occorrerebbe sostenere con convinzione ogni operazione, anche giurisprudenziale, che, per quanto insoddisfacente se letta secondo le logiche tradizionali del diritto

---

47 Corte di Cassazione, sentenza del 30 gennaio 1980, n. 711.

48 Merita di essere ancora sottolineato, ad ulteriore chiarimento, che, nel caso in cui un ordinamento riconosca peso differenziato a valori e principi sottesi a due situazioni giuridiche, attribuendo così preminenza ad una di esse, il bilanciamento dovrà avvenire privilegiando il godimento del diritto cui l'ordinamento assegna valore sovraordinato, qualsivoglia sia la tecnica interpretativa utilizzata a tal fine. Così, ad esempio, per continuare il ragionamento del testo, è indubbio che "la tradizione costituzionale italiana (…) accorda priorità ai diritti sociali rispetto alle libertà economiche, e assegna inoltre ai diritti sindacali dei lavoratori la funzione essenziale di strumento di riequilibrio dei poteri tra le forze sociali: cosicché l'esercizio del diritto di sciopero è legittimo fino al punto in cui non pregiudica (nel loro contenuto essenziale) diritti della persona costituzionalmente tutelati". Così M. V. Ballestrero, *op. cit.*, p. 18; e già Id., *Giustizia globale e diritti oltre la dimensione nazionale*, 2007, p. 12 (www.fondazionebasso.it, reperibile *on line*).

49 Vedi S. Sciarra, Viking *e* Laval*: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, 2008, pp. 245, 263 e 267; *adde* B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale:indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Working Papers* CSDLE "Massimo D'Antona". *Int*, n. 61/2008, p. 8 ss. (www.lex.unict.it, reperibile *on line*), e Id., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso, *Il lavoro subordinato*, in G. Ajani, G. A. Benacchio (dir.), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, V, Torino, 2009, p. 747, nota 143; S. Giubboni, *Norme imperative*, cit., p. 29; G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 254, e da ultimo ancora G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte di giustizia*, in *Rivista critica di diritto del lavoro*, 2009, p. 879, e A. Alaimo, B. Caruso, *op. cit.*, p. 19.

nazionale, risultasse comunque in grado di assicurare il riconoscimento da parte dell'ordinamento dell'Unione della centralità dei diritti sociali fondamentali (come, appunto, è stato fatto dalla Corte nelle sentenze *Laval* e *Viking*)[50], di modo che si possa giungere, in prospettiva, ad un bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali che avvenga su basi nuove. Più precisamente, a "considerare più modernamente e meno ideologicamente le relazioni tra capitale e lavoro e non più come 'perennemente e immanentemente' ispirate dalla logica del conflitto"[51].

E tuttavia, pur comprendendo e finanche condividendo gli auspici di un processo evolutivo della Comunità fondato su più partecipazione e meno conflitto – tipici di una visione ideologica non radicalmente antagonista dei poteri sociali espressi dai processi produttivi –, chi scrive, anche alla luce dell'ultima sentenza della Corte di giustizia, ritiene che, prima di poter ipotizzare rinunce anche solo parziali alla logica conflittuale – le quali dovrebbero comunque essere effettuate sulla base di una consapevole ed esplicita scelta costituzionale[52]– sarebbe necessario che fossero democraticamente definite, con adeguata precisione, regole rigorose e garantiste riguardanti siffatta partecipazione, stante l'insopprimibilità del conflitto sociale, da un lato, e la scarsa fiducia in un'etica del capitalismo contemporaneo, dall'altro[53]. In mancanza di ciò – in quanto appare innegabile l'embrionalità delle attuali regole comunitarie in materia di partecipazione, così come non molto significativa è la diffusione di sistemi e pratiche partecipative in molti Paesi membri dell'UE[54]–, emerge soltanto, di fronte alle disuguaglianze di potere che di fatto caratterizzano ancora in tutta Europa il rapporto tra capitale e lavoro, l'inadeguatezza di un sistema giuridico in cui, come chiarito più sopra, il mero riconoscimento dell'"equivalenza gerarchica" tra libertà economiche fondamentali e diritti sociali fondamentali è oggettivamente causa di perpetrazione delle asimmetrie sociali ed economiche, in quanto impedisce una libera ed efficace azione collettiva di riequilibrio[55]. E ciò produce ulteriori fattori di rischio di tenuta del sistema, ove si considerino anche le sfide imposte dalla concorrenza internazionale nei mercati globalizzati[56].

---

50 B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale*, cit., p. 26; Id., *I diritti sociali fondamentali*, cit., p. 748 ss.; A. Alaimo, B. Caruso, *op. loc. cit.*

51 B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale*, cit., p. 41 s.

52 V. *infra*, par. 6.

53 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 192. Sulla questione v. anche G. Orlandini, *Riflessioni a margine*, cit., p. 89.

54 Si tenga presente, al riguardo, che l'informazione e la consultazione dei lavoratori, nonché la cogestione sono materie che rientrano notoriamente nella competenza dell'Unione (art. 153, par. 1, lett. e, f, TFUE), ma con la significativa differenza – di particolare significato ai fini del nostro discorso – che per disciplinare la cogestione tramite direttiva sarebbe necessaria l'unanimità degli Stati membri (art. 153, par. 2, 3° e 4° comma, TFUE); il che, evidentemente, rende assai improbabile che si possa giungere nel breve periodo, ad una regolamentazione condivisa in materia...

55 Cfr. sul punto anche S. Giubboni, *I diritti sociali*, cit., p. 1135.

56 Cfr. da ultimo S. Sciarra, *Collective Exit Strategies*, cit., p. 19 ss.

Concludendo, appare ancora opportuno soffermarsi, a completamento del generale quadro di riferimento, su due fenomeni di particolare rilievo per la tematica qui affrontata. Da un lato, la sempre maggiore diffusione delle delocalizzazioni strumentali, praticate da società, spesso multinazionali, insediate nei Paesi europei economicamente più sviluppati e a più alto costo del lavoro, che, sfruttando la libertà di stabilimento sancita dal Trattato, danno vita, entro i confini di Stati membri dove il costo economico e normativo del lavoro è più basso, ad imprese che, utilizzando manodopera locale, sono poi in grado di offrire nei mercati europei, specie dei Paesi limitrofi economicamente più sviluppati, servizi più competitivi. E, dall'altro lato (ma trattasi di un fenomeno omologo e sovrapponibile al precedente), la sempre più significativa mobilità delle imprese (locali) insediate in Paesi (specialmente quelli di nuova adesione) a basso costo del lavoro verso gli altri Paesi della Comunità con maggiore sviluppo economico, per ivi prestare i loro servizi concorrenziali.

Ebbene, questi fenomeni[57] sono evidentemente causa di una forte pressione competitiva sulle imprese di servizi dei Paesi ospitanti, assoggettate ad obblighi legali e contrattuali più gravosi in materia di condizioni e tutele del lavoro[58], i quali non possono essere oggetto di estensione alle imprese straniere operanti sul territorio se non nei ristretti limiti previsti dalla direttiva 96/71/CE[59], come interpretata dalle Corte con le sentenze *Laval*, *Rüffert* e *Commissione* c. *Lussemburgo*[60]. E tale pressione, soprattutto in settori caratterizzati da una preponderante incidenza del costo del lavoro sul costo totale del servizio, non potrà che tradursi nella costante ricerca, da parte di queste ultime imprese, di un abbassamento del loro costo del lavoro (ulteriore a quanto già imposto dagli attualmente squilibrati rapporti di forza tra capitale e lavoro nel mercato interno) sia attraverso la richiesta di interventi legislativi di peggioramento delle normative nazionali di tutela vigenti[61], sia attraverso una fuga, ancora più accentuata, dalla contrattazione collettiva, sia attraverso la drammatica scelta del ricorso al lavoro nero.

In questa prospettiva, i vincoli posti ai diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nel confronto con le libertà economiche di circolazione finiscono, in realtà, per avere effetti deleteri di carattere più generale, in quanto non soltanto

---

57 Su cui v. da ultimo G. Orlandini, *I lavoratori europei nell'impresa orizzontale transnazionale tra regole sociali e di mercato*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, I, p. 549 ss., spec. p. 564 ss.

58 Si v. ancora U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 175 ss., spec. p. 180 ss. V. anche sul punto M. G. Garofalo, *La tradizione del costituzionalismo europeo e la recente giurisprudenza della Corte di Lussemburgo*, in A. Vimercati (a cura di), *op. cit.*, pp. 10-12.

59 Direttiva 96/71/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 1996, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi.

60 Cfr. le sentenze della Corte di giustizia *Laval*, cit., del 3 aprile 2008, causa C-346/06, *Rüffert*, e del 19 giugno 2008, causa C-319/06, *Commissione* c. *Lussemburgo*. Sulla questione ci si è soffermati ampiamente in un altro studio cui si rinvia per approfondimenti: v. U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 180 ss.

61 In barba alle deboli clausole di non regresso su cui, da ultimo, M. Lozito, *L'apposizione del termine nell'art. 1, d.lgs. 368/2001, fra limiti costituzionali e contrasto con la clausola di non regresso*, in *Riv. giur. lav.*, 2010, p. 139 ss. e p. 193 ss., dove vi sono ampi riferimenti.

impediscono ai lavoratori e alle loro organizzazioni di lottare contro le delocalizzazioni delle loro imprese in Paesi a minor costo del lavoro (caso *Viking*), ovvero di ottenere l'applicazione nei confronti degli operatori esterni che "invadono" i mercati nazionali con pratiche di *dumping* sociale, di trattamenti economici e normativi equivalenti a quelli cui sono vincolati gli operatori interni (caso *Laval,* ma indirettamente anche *Rüffert* e *Commissione* c. *Lussemburgo*), ma in realtà finiscono per alimentare delle "spinte depressive" dei trattamenti economici e normativi nell'ambito dell'intero mercato interno, attraverso i meccanismi appena indicati[62].

Ecco perché, ad avviso di chi scrive, il problema dei limiti ai diritti fondamentali di sciopero e di contrattazione collettiva rispetto alle libertà economiche fondamentali si rivela in prospettiva finanche più grave della comunque indubbia scarsa efficienza ed efficacia delle norme della direttiva 96/71/CE[63].

**5.** All'interno di questo quadro giuridico e politico vi sono ancora almeno altri due aspetti che non inducono a guardare con fiducia ai futuri processi evolutivi dell'integrazione europea.

Il primo è quello del rallentamento che, da alcuni anni, ha subito la strategia dell'armonizzazione (verso l'alto) dei sistemi di tutela sociale esistenti nei vari

---

62 Cfr. in senso analogo A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva nei paesi* newcomers *ed il modello sociale europeo*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 315 s. V. inoltre, sul punto, U. Carabelli, *Note critiche*, cit., p. 166, sui limiti e sulle possibilità tecnico-giuridiche di una pretesa degli operatori interni di non essere esposti (per via della normativa nazionale) a regole differenziali rispetto agli operatori esterni ed alle regole dell'Unione cui essi sono soggetti; in senso confermativo ora M. Luciani, *Diritto di sciopero, forma di stato e forma di governo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, I, p. 24.

63 In questa prospettiva, è probabilmente vero che "la vera 'vittima' di un mercato interno egemonizzato dal valore di una libera circolazione sottratta al principio di territorialità nella applicazione delle normative di tutela" è *in primis* il principio di parità di trattamento (come osserva A. Lo Faro, *Diritto al conflitto*, cit., p. 68), il quale, ove fosse stato garantito nei confronti di tutti i lavoratori operanti sul territorio di uno Stato membro avrebbe indubbiamente stemperato il conflitto sorto per la pretesa delle imprese "distaccanti" di sfruttare il *dumping* sociale a loro vantaggio. Tuttavia, com'è noto, la Corte, nella nota sentenza *Rush Portuguesa* – ispirandosi a proprie precedenti sentenze in materia di libera circolazione dei servizi (sul punto v. le letture di U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 119, e A. Lo Faro, *Diritto al conflitto*, cit., p. 66 s., nota 43) –, aveva escluso l'applicazione dell'art. 39 TCE (divenuto art. 45 TFUE) ai lavoratori distaccati; di conseguenza quella parità di condizioni atta ad evitare il *dumping* sociale è stata cercata attraverso la richiesta di condizioni contrattuali idonee all'obiettivo, supportata dallo sciopero: ed è in questa dimensione che si colloca la sentenza *Laval*.
Si deve inoltre considerare che, anche in regime di parità di trattamento, in termini "assoluti" il diritto di sciopero andrebbe comunque sempre garantito nel suo confronto/conflitto con le libertà economiche (a livello di diritto tanto nazionale che dell'UE): esso sarà forse un "ingombrante residuo protocollettivistico industriale novecentesco", ma costituisce pur sempre (almeno fino a quando non si troveranno modi alternativi ed equi di partecipazione) l'unica arma volta a consentire a "tutti" i lavoratori tanto la "conservazione" delle condizioni di lavoro raggiunte, quanto il perseguimento di un loro "innalzamento" in funzione "democraticamente" redistributiva del plusvalore di ricchezza prodotta (non ottenibile con la mera parità di trattamento).

Stati membri attraverso interventi di *hard law*; interventi che, nel corso degli anni '70, '80 e '90, hanno dato un contributo utile ad un certo allineamento delle normative di protezione dei lavoratori, svolgendo un'obiettiva funzione *anti-dumping* all'interno degli estesi confini di una Comunità europea progressivamente inclusiva di nuovi Stati membri. Per quanto spesso contenenti regole attestate su livelli relativamente bassi di protezione (almeno se rapportati a quelli presenti negli Stati membri che per storia e tradizione avevano sviluppato nei precedenti decenni importanti sistemi nazionali di tutela sociale), quelle normative comunitarie hanno comunque rappresentato, in quella fase storica, un importante tassello del processo di integrazione europea attento ad uno sviluppo armonico della dimensione sociale[64].

Gli ostacoli politici frapposti al progredire di siffatto processo da alcuni Stati membri (spesso sensibili alle critiche neo-liberiste dei grandi potentati economici mondiali, che considerano le tutele sociali come una "briglia" fastidiosa alle libertà economiche ed inneggiano alla flessibilità del lavoro come strumento essenziale per l'adattamento delle imprese alle sfide del mercato globale) e i limiti oggettivamente scaturenti dalle caratteristiche intrinseche di un ordinamento derivato, quale quello dell'UE, carente, per unanime riconoscimento di studiosi di ogni provenienza, di adeguata legittimazione democratica e con meccanismi decisionali estremamente rigidi e complessi, hanno tuttavia prodotto un significativo allentamento degli sforzi unitari verso la fissazione di regole uniformi ed universali, facendo così passare in secondo piano gli interventi regolativi di tipo positivo. A partire dal 2000, è così divenuto centrale, anche negli sviluppi delle politiche sociali, il Metodo aperto di coordinamento, il quale, concepito nell'ambito del Consiglio europeo di Lisbona, si è tradotto nella previsione dell'art. 137, par. 2, lett. a), come modificato dal Trattato di Nizza (ora, dopo Lisbona, art. 153, par. 2, lett. a) quale una base generale per l'adozione delle misure dirette ad incentivare la cooperazione in materia sociale tra gli Stati membri. Ai tradizionali meccanismi della *hard law* sono subentrati dunque quelli di *soft law*, incentrati sulla cooperazione virtuosa tra gli Stati e su (alquanto deboli) meccanismi di controllo e verifica del rispetto dei vincoli volontariamente assunti[65]. Troppo poco[66], in verità, per reggere alle sfide di un allargamento della Comunità a Paesi con significativi differenziali di sviluppo rispetto

---

64 Si v. ora le ricostruzioni di E. Ales, *op. cit.*, p. 531 ss.; S. Giubboni, *I diritti sociali*, cit., p. 1119 ss. (con un interessante raffronto con la situazione italiana), e Id., *Modelli sociali nazionali*, cit., p. 297 ss.

65 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 194, e riferimenti a nota 172. *Adde* ancora E. Ales, *op. cit.*, p. 544 ss. (dove altri riferimenti), e A. Alaimo, B. Caruso, *op. cit.*, p. 14 ss.

66 V. tuttavia G. Orlandini, *Riflessioni a margine*, p. 83 s., per una lettura più fiduciosa degli schemi dell'intervento procedurale, alla luce delle teorie del diritto riflessivo e dell'importanza da esse riconosciuta ai processi (auto)regolativi degli attori sociali di fronte alla crisi dello Stato regolatore, quale unica alternativa "alla mera razionalità del mercato". Il fatto è, però, che tale lettura, forse in parte condivisibile rispetto alla definizione dei sistemi di regole *standards* di tutela del lavoro, risulta inadeguata di fronte alla questione dei diritti sociali fondamentali, rispetto ai quali

a quelli dei membri storici della Comunità, e quindi dell'inclusione nei confini comunitari di milioni di lavoratori, nonché di imprese titolari dei diritti di libera circolazione[67]. Voci non certo tacciabili di letture estremistiche o ottusamente xenofobe hanno al riguardo affermato che siffatto processo di inclusione è stato affrontato in modo improvvido, senza la predisposizione di un'adeguata rete di protezione di imprese e lavoratori dei Paesi già membri che fosse in grado di evitare i contraccolpi sociali che l'unificazione dei mercati avrebbe prodotto sui consolidati sistemi di *welfare*, faticosamente conquistati nel corso di un cinquantennio da sindacati e lavoratori degli Stati membri più sviluppati[68].

Se ci si concentra su quanto sta avvenendo, emerge comunque il "paradosso" di una vicenda evolutiva in cui il rafforzamento delle tutele del lavoro garantite dalla Comunità europea è avvenuto, almeno fino al Trattato di Amsterdam del 1997 (entrato in vigore nel 1999), nell'ambito di un assetto ordinamentale in cui interessi e valori sociali avevano nei Trattati un posizionamento marginale rispetto alle libertà economiche, vero motore del progetto originario. Laddove alla progressiva importanza che tali interessi e valori hanno acquisito nell'ultimo decennio, ha fatto riscontro, da un lato, sul piano ordinamentale, la mutazione dell'intervento regolativo comunitario prevalente (da *hard* a *soft law*) e l'emersione della giurisprudenza della Corte di giustizia sui diritti fondamentali di sciopero e di contrattazione collettiva; e, dall'altro lato, sul piano economico, l'esplosione della grave crisi dovuta alle speculazioni finanziarie internazionali e l'acuirsi della sfida competitiva nel mercato globale. Tutto questo sta mettendo a dura prova gli equilibri sociali dell'Unione europea, e per ciò solo la tenuta stessa del complessivo progetto di integrazione[69].

Il secondo aspetto che contribuisce a sollevare interrogativi è la permanenza nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea – anche dopo le profonde modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona – dell'art. 153, par. 5 (già art. 137, par. 5, TCE), al quale si è accennato più sopra. La lettura congiunta di tale disposizione, da un lato, con il riconoscimento formale operato dall'art. 28 della Carta di Nizza, dello sciopero e della contrattazione collettiva come diritti sociali fondamentali che devono essere esercitati "nel rispetto del diritto dell'Unione" e, dall'altro lato, con la previsione dell'art. 51, par. 2, della stessa Carta, in forza del quale la Carta stessa non "introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati", fa emergere un ulteriore paradosso che vale la pena di segnalare: l'ordinamento giuridico

---

la garanzia di esistenza e di efficacia – nel senso indicato nel testo – non può prescindere da regole formali forti, chiare e non contraddittorie dei differenti ordinamenti interessati.

67 Conf. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 312 s.; S. Giubboni, *Modelli sociali nazionali*, cit., p. 322 ss. V. anche R. Zahn, *The* Viking *and* Laval *Cases in the Context of European Enlargement*, 2008, pp. 2 s. e 14 s. (webjcli.ncl.ac.uk, reperibile *on line*), secondo la quale è stata, appunto, questa situazione a spingere la Comunità a privilegiare, piuttosto che l'intervento positivo di armonizzazione dei sistemi regolativi nazionali, forme di intervento meno vincolanti.

68 Cfr. per tanti A. Jacobs, *Le sentenze* Viking*,* Laval *e* Rüffert*: come e perché dovrebbero essere riformate*, in A. Vimercati (a cura di), *op. cit.*, pp. 153-155.

69 Cfr. su questi aspetti anche S. Giubboni, *Modelli sociali nazionali*, cit., p. 306 ss.

dell'Unione garantisce quei diritti sociali fondamentali, ma resta ancora privo della possibilità di disciplinarne titolarità, contenuti ed esercizio, salvo però a pretendere (per effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia) che il loro esercizio non confligga con le libertà economiche del Trattato stesso[70]. Mentre, insomma, resta formalmente immutato quel vuoto regolativo in cui, a rigor di termini, avrebbe dovuto espandersi sovrana ed illimitata la competenza degli Stati membri a disciplinare il conflitto di tali diritti con le varie forme di libertà economica, l'"incursione" della Corte di giustizia, attestata, appunto, dalle sentenze *Viking*, *Laval* e *Commissione* c. *Germania* (nonché già in precedenza *Albany*)[71], ha reso comunque i primi vittime sacrificali delle seconde.

Sono questi due aspetti (con i relativi paradossi) che, insieme con quelli emersi dall'analisi condotta nei precedenti paragrafi, rendono ancora del tutto non plausibile una significativa inversione di rotta nel breve periodo. Indubbiamente il fatto che il Parlamento europeo con la risoluzione del 22 ottobre 2008, abbia esplicitamente "[ribadito] che i diritti sociali fondamentali non sono subordinati ai diritti economici in una gerarchia di libertà fondamentali; e [chiesto] pertanto un riesame, nell'ambito del diritto primario, dell'equilibrio fra diritti fondamentali e libertà sociali, onde contribuire a evitare una competizione a favore di standard più bassi"[72], costituisce – a parte l'errore materiale della versione italiana ("libertà sociali" invece che "libertà economiche") della risoluzione – un segnale positivo della sensibilizzazione delle forze politiche rispetto al problema dell'esistenza, nei confini dell'Unione, di un conflitto sociale tutt'altro che sopito, ed anzi esaltato dalla crisi economica e finanziaria di questi ultimi mesi. E tuttavia, ci sembra che l'analisi fin qui svolta renda evidente come il problema non sia quello di affermare – come fa la risoluzione in questione – un'equipollenza astratta e nominale tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche fondamentali, ma piuttosto quello di riconoscere una maggiore tutela dei primi rispetto alle seconde nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione.

La stessa eliminazione della citazione della libertà di concorrenza dal dettato delle norme generali introduttive del Trattato sull'Unione europea (l'art. 3, par. 1, lett. g, TCE collocava tra le finalità perseguite con l'azione della Comunità "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno", mentre l'attuale art. 3 TUE non ne fa cenno) e il suo spostamento in un Protocollo (il n. 27, sul mercato interno e sulla concorrenza), da alcuni autori enfatizzata forse più del dovuto[73], non appare in grado di fornire nessun apporto

---

70 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 154. V. anche E. Ales, *op. cit.*, p. 550, e G. Orlandini, *Riflessioni a margine*, cit., p. 68.

71 Eppure la formulazione dell'art. 28 avrebbe permesso una lettura, per così dire compromissoria, che facesse salva l'esigenza e la logica sottostante all'art. 137, par. 5, TFUE: cfr. U. Carabelli, *Note critiche*, cit., p. 152 s.

72 Risoluzione del Parlamento europeo sulle sfide per gli accordi collettivi nell'UE, 2008/2085(INI), punto 35. Su questa risoluzione v. A. Pizzoferrato, *op. cit*., p. 191 s.

73 V. sul punto in generale F. Denozza, *La concorrenza come mezzo o come fine*, in P. Bilancia, M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 165 ss. e, nel senso del testo, D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordina-*

alla soluzione dello specifico problema qui analizzato: la sentenza C-271/08 della Corte, successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ne è in qualche modo testimonianza. Così come non pare nemmeno possa essere troppo enfatizzato a fini interpretativi il nuovo art. 3, par. 3, TUE, e specificamente il riferimento in esso contenuto ad un'"economia *sociale* di mercato fortemente competitiva"[74], posto che in fin dai conti dall'espressione sembra potersi soltanto far derivare, sul piano sistematico, l'impegno dell'UE verso politiche di sviluppo in cui trovino bilanciato riconoscimento valori sociali ed economici[75]. Tanto meno di particolare utilità appare, infine, l'art. 53 della stessa Carta dei diritti fondamentali[76], il quale stabilisce che "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione (…) e dalle Costituzioni degli Stati membri": nel caso del contrasto tra i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva, da un lato, e le libertà economiche, dall'altro, il problema che si pone, infatti non è quello di assicurare la migliore tutela di un diritto fondamentale sancito dalla Carta in uno dei due ordinamenti, ma piuttosto quello di stabilire quale delle soluzioni offerte al predetto contrasto rispettivamente dal diritto comunitario (come interpretato dalla Corte di giustizia) e dal diritto nazionale italiano (come interpretato dalla Corte costituzionale) debba prevalere. E d'altronde né le sentenze *Viking* e *Laval*, né la sentenza *Commissione* c. *Germania* – che pure è stata redatta dopo l'acquisizione di valore giuridico da parte della Carta medesima – hanno fatto riferimento a nessuna di queste disposizioni.

In realtà, occorrerebbe, lo si ripete ancora una volta, un intervento a livello di normazione primaria volto ad attuare un vero e proprio ribaltamento giuridico del principio di "equivalenza gerarchica", e dunque a riconoscere la "prevalenza" dei diritti sociali fondamentali rispetto alle libertà economiche (nel senso sopra esplicitato), affinché sia consentito ai lavoratori ed alle loro organizzazioni sindacali di perseguire, attraverso il libero esercizio del diritto di contrattazione collettiva, eventualmente sostenuto dal diritto di sciopero, un generale riequilibrio dei trattamenti economico-normativi del lavoro praticati nei vari Stati membri. Solo a questa condizione i predetti diritti sociali fondamentali potrebbero essere messi in condizione di assolvere alla funzione redistributiva che hanno svolto *ab origine*, contrastando, quanto meno nell'ambito dell'UE, l'insopportabile fenomeno del *dumping* sociale.

---

*mento dell'Unione europea*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2010, p. 548 ss., e A. Alaimo, B. Caruso, *op. cit.*, p. 13.

74 Corsivo aggiunto.

75 Ancora A. Alaimo, B. Caruso, *op. cit.*, p. 13 s., i quali notano comunque come gli articoli 119 e 120 TFUE parlino invece di una "economia di mercato aperta e in libera concorrenza".

76 Come ritiene, invece, B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, in *Working Papers* CSDLE 'Massimo D'Antona'. *Int*, n. 81/2010, p. 11 (www.lex.unict.it, reperibile *on line*).

Ciò non vuol dire che non si debba, nel frattempo, guardare con interesse ad altre forme di valorizzazione e tutela del lavoro: resta ovviamente fermo, comunque, l'auspicio che si possa sviluppare una più significativa esperienza di organizzazione degli interessi dei lavoratori[77], ma soprattutto che possano trovare nuova vitalità interventi di *hard law* volti sia a riallineare i sistemi di tutela del lavoro dei vari Stati membri[78], sia a promuovere la partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese (oltre che alla "mera" distribuzione degli incrementi di produttività). Anzi, si può anche riconoscere che proprio l'evoluzione di questi profili di tutela sociale sarebbe meglio in grado di contribuire alla salvaguardia del modello europeo dell'economia sociale di mercato, attraverso un contenimento del conflitto ed un equo bilanciamento degli interessi reali di capitale e lavoro[79]. Al momento, tuttavia, appare evidente, anche per quanto emerge dall'analisi che precede, come non vi sia nessuno spazio nemmeno per sviluppi di questo tipo[80].

**6.** Ma se l'assetto ordinamentale dell'Unione in relazione al rapporto tra i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva e le libertà economiche è, al momento, quello fin qui descritto, come si deve affrontare e come può essere risolto il problema dell'evidente contrasto che tale assetto manifesta nei confronti di quello risultante dalla Costituzione italiana?

In altro studio si è sottolineato come il legislatore Costituente, nel definire il punto di equilibrio tra i diritti sociali (rappresentati dalla libertà organizzativa e contrattuale, di cui all'art. 39, e dal diritto di sciopero, di cui all'art. 40), da un lato, e la libertà di iniziativa economica privata (art. 41), dall'altro, abbia effettuato una precisa scelta di campo – frutto evidentemente di scelte politiche di reazione alla pregressa esperienza corporativa che aveva soffocato quei diritti – privilegiando decisamente i primi rispetto alla seconda. Fondamentale, a questo riguardo, è stato l'apporto della Corte costituzionale, la quale, nella sua pluridecennale opera di interpretazione della Costituzione, ha contribuito a far emergere con chiarezza la predetta scelta di campo ed il rilievo essenziale che questo punto di equilibrio rappresenta per la nostra Repubblica: esso costituisce un "elemento essenziale del sistema economico, sociale e politico interno", su cui si fonda lo stesso assetto democratico dello Stato italiano[81].

Quanto alla libertà organizzativa e contrattuale, la Corte ha spiegato che la Costituzione sancisce l'inviolabilità, da parte della legge ordinaria, del diritto dei lavoratori di definire, tramite le loro organizzazioni sindacali, i contenuti della

---

77 Vedi U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 186, ed ivi riferimenti. *Adde* A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva*, cit., p. 318 ss.

78 S. Giubboni, *Modelli sociali nazionali*, 2009, p. 332 s.

79 V. sul punto G. Orlandini, *Riflessioni a margine*, cit., p. 91 ss.

80 Per una lettura critica dell'evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti sociali fondamentali, anche alla luce del Trattato di Lisbona e della Carta dei diritti fondamentali, v. da ultimo anche F. Vecchio, *op. cit.*

81 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 162.

contrattazione collettiva, alla quale, inoltre, solo in casi eccezionali, e sempre e solo in funzione della tutela di interessi pubblici, possono essere posti limiti in relazione al *quantum*[82]. Quanto, invece, al diritto di sciopero, la Corte ha chiarito che esso, nella sua qualità di diritto a sospendere le prestazioni di lavoro al fine, da un lato, di rivendicare nei confronti del proprio datore di lavoro migliori condizioni di lavoro (sciopero per fini contrattuali) e, dall'altro lato, di "ottenere, o contrastare, interventi della pubblica autorità che riguardino le condizioni socio-economiche dei lavoratori"[83], non può essere soggetto a limitazioni, nel senso che i lavoratori non possono essere mai chiamati a sopportare conseguenze della mancata prestazione sul piano del rapporto di lavoro, nemmeno a titolo risarcitorio.

Ma oltre a ciò, la Corte ha detto molto di più: essa ha sostanzialmente riconosciuto che la libertà organizzativa e contrattuale e il diritto di sciopero, oltre ad avere la natura di diritti fondamentali nell'ambito della Repubblica sorta dalle ceneri dello Stato fascista e corporativo e fondata sul lavoro, assumono un valore costituzionale aggiuntivo, in quanto strettamente connessi con il progetto di società emergente dalla previsione dell'art. 3, 2° comma, Cost. In una fondamentale sentenza del 28 aprile 1960 (la n. 29), la Corte ha, infatti, precisato che "l'art. 39 e l'art. 40 sono da considerare come espressione unitaria del nuovo sistema; e pertanto il significato dell'art. 39 non può essere circoscritto entro i termini angusti di una dichiarazione di mera libertà organizzativa, mentre invece, nello spirito delle sue disposizioni e nel collegamento dell'art. 40, esso si presenta come affermazione integrale della libertà di azione sindacale". E sulla base di questa premessa, in una successiva sentenza del 19 dicembre 1974

---

82 Sono le note questioni (concettualmente distinte, ma collegate) dell'assenza di una riserva esclusiva di competenza a disciplinare i rapporti di lavoro in favore della contrattazione collettiva e dunque della generale possibilità per il legislatore di prevedere una regolamentazione legale di determinati istituti, ma, al tempo stesso della generale legittimità di interventi migliorativi di quelli fissati dalla legge, da un lato; e della eccezionalità di interventi che fissino l'inderogabilità *in melius* di trattamenti legali, ovvero limiti massimi (o tetti) alla contrattazione stessa in relazione a determinate materie, dall'altro. Sul punto sia consentito un rinvio, per un generale riepilogo, a U. Carabelli, V. Leccese, *Una riflessione sul sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: spunti dalla nuova disciplina dell'orario di lavoro*, in *Studi in Onore di Giorgio Ghezzi*, I, Padova, 2005, p. 372 s.

83 G. Giugni, *Diritto Sindacale*, Bari, 2010, p. 248. Per il vero, ancora in questo quadro andrebbe collocata l'interpretazione conforme a Costituzione che la Corte costituzionale ha dato, nella sentenza del 13 dicembre 1962, n. 123, del divieto penale dello sciopero a scopi di solidarietà o di protesta sanzionato dall'art. 505 c.p., ritenendolo non punibile nei casi in cui "la sospensione (…) venga effettuata in appoggio a rivendicazioni di carattere economico cui si rivolge uno sciopero già in via di svolgimento, ad opera di lavoratori appartenenti alla stessa categoria dei primi scioperanti, (…) ove sia accertata *l'affinità delle esigenze* che motivano l'agitazione degli uni e degli altri, tale da fare fondatamente ritenere che senza l'associazione di tutti in uno sforzo comune esse rischiano di rimanere insoddisfatte". Ciò sul presupposto che "non è contestabile la sussistenza di interessi comuni a intere categorie di lavoratori; interessi che, appunto per questo loro carattere diffusivo, non potrebbero non risultare compromessi, sia pure in modo potenziale, per tutti coloro che ne sono titolari, allorché abbiano subito offesa anche solo in confronto a rapporti di lavoro di singoli o di gruppi limitati di lavoratori".

(la n. 290), essa ha quindi chiuso il cerchio chiarendo come l'art. 40 sia a sua volta direttamente collegabile con l'art. 3, 2° comma, ove si prevede che "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Di qui la spiegazione anche del perché, sul piano del conflitto industriale, la Costituzione ha evitato di sancire la c.d. "parità delle armi", non riconoscendo la serrata come diritto costituzionalmente protetto, ma relegandola a mera manifestazione della libertà di iniziativa economica (donde l'asimmetrico trattamento della medesima come *mora credendi* sul piano dei rapporti di lavoro).

Questa lettura, di alto valore non solo giuridico, ma anche politico – con la quale la Corte ha messo in piena evidenza come gli articoli 39 e 40 Cost. siano diretti a fornire, nella loro essenziale combinazione funzionale, un contributo determinante al programma di emancipazione sociale in funzione egualitaria posto a fondamento del patto costituzionale – va inoltre messa in collegamento con quanto sostenuto da tempo da alcuni tra i più autorevoli esponenti della dottrina costituzionale e guslavoristica italiana, con specifico riferimento al diritto di sciopero, e cioè che esso rappresenta "una delle pietre angolari dell'ordinamento italiano" e che "cercar di menomarlo vorrebbe dire *attentare all'integrità della Costituzione*"[84], in quanto esso svolge "il ruolo di strumento fondamentale di equilibrio di potere fra i grandi protagonisti della vita politico-economica contemporanea: lo Stato, l'impresa e il sindacato"[85].

Quanto appena detto rende particolarmente criticabile la distrazione, e talora la rassegnazione, con cui, in Italia, si è "preso atto" delle posizioni assunte dalla Corte nelle due sentenze *Viking* e *Laval*. Non sono state, infatti, molte le voci che hanno manifestato preoccupazione, se non sconcerto, di fronte alla "radicalità" con cui la Corte ha deciso di "entrare a piedi uniti" nel delicato piatto del conflitto sociale, mettendo in crisi le regole che lo governano nei vari Stati membri, faticosamente consolidatesi nel corso di decenni. Adesso, dopo la più recente sentenza *Commissione* c. *Germania*, la situazione si è ulteriormente

---

84 P. Calamandrei, *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, in *Riv. giur. lav.*, 1952, I, p. 230. Corsivo aggiunto.

85 L. Mengoni, *Lo sciopero nel diritto civile*, in *Il diritto di sciopero (Atti del Convegno di Varenna, 14-16 settembre 1963)*, Milano, 1964, p. 28, il quale precisa (a p. 36) che "l'art. 40 si inserisce nella direttiva fondamentale dell'art. 3, riconoscendo nello sciopero un mezzo di sviluppo della persona umana del lavoratore e di promozione dell'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione dei rapporti economico-sociali in cui operano". V. ora anche M. Luciani, *op. cit.*, p. 20 ss., il quale, con riferimento precipuo allo sciopero politico, parla di "garanzia (sia pure in senso non tecnico) della Costituzione", disvelando in tal senso la sua "vera natura di diritto di resistenza"; lo stesso autore, di fronte alle sentenze *Laval* e *Viking* della Corte di giustizia, afferma che con esse quest'ultima "ha profondamente inciso nel trattamento dello sciopero come diritto fondamentale, come praticato (anche alla luce della giurisprudenza costituzionale) nel nostro ordinamento e in altri ordinamenti degli stati membri", così mettendo "i piedi nel piatto della nostra Costituzione".

aggravata, in quanto la concezione restrittiva della Corte di giustizia emersa nelle prime due sentenze con riferimento al diritto di sciopero, è stata confermata ed estesa al diritto di contrattazione collettiva. E a poco valgono prevedibili letture volte a minimizzare la portata di quest'ultima pronuncia in ragione della specificità della questione trattata: quel che pesa sul futuro dei diritti sociali fondamentali nell'UE sono i principi generali sanciti dalla Corte, la cui evidente portata generale non si può certo nascondere.

Né è pensabile che la questione possa essere affrontata, almeno in Italia, attraverso un approccio metodologico che affermi "la possibilità o l'opportunità di fare una sorta di 'uso ermeneutico' della disciplina comunitaria dei diritti fondamentali, consistente fondamentalmente nell'utilizzare la Carta di Nizza e la giurisprudenza di Lussemburgo (quantomeno) come occasioni per rileggere in senso evolutivo la nostra Costituzione"[86]. Se queste affermazioni possono probabilmente risultare condivisibili rispetto ad alcuni ambiti della tematica dei diritti fondamentali, esse non appaiono affatto estendibili a quello dei diritti sociali fondamentali ad essenza collettiva. Proprio l'interpretazione data dalla Corte costituzionale delle norme di cui agli articoli 39 e 40 Cost., letta in connessione con le costruzioni della più autorevole dottrina italiana, sopra ricordata, ci dice con chiarezza che, in questo ambito, non esiste la possibilità di revisioni interpretative, pena la messa in crisi delle interrelazioni esistenti tra queste norme – e le altre norme sociali del titolo III della parte I – con quelle dedicate ai principi fondamentali, tra cui in particolare l'art. 3, 2° comma, e dunque il venir meno del delicato equilibrio interno del sistema democratico disegnato dal legislatore costituente.

Se ciò è vero, il problema è, dunque, quale risposta l'ordinamento italiano debba riservare alle predette sentenze e attraverso quali strumenti giuridici debba operare al fine di sottrarre tanto il proprio sistema di relazioni sindacali, quanto, anzitutto, il fondamentale equilibrio costituzionale sopra descritto, alle scosse dirompenti di un diritto comunitario che viene, in realtà, in parte riscritto con le regole elaborate da un organo politicamente irresponsabile, la Corte di giustizia con le sue sentenze[87]. Ciò tenuto conto del fatto che, nel nostro caso, la soluzione data al conflitto tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche confligge in modo radicale con quella che nell'ordinamento italiano è imposta dalla presenza di norme costituzionali fondanti principi cardine del sistema economico, sociale e politico interno, i quali, vale la pena ripeterlo, costituiscono elementi portanti dell'assetto democratico dello Stato.

La risposta dovrebbe essere, secondo quanto già sostenuto in altro lavoro, forte e significativa per gli sviluppi dello stesso diritto sociale dell'UE. Di fronte una controversia in cui fosse messo in campo il problema del conflitto tra diritto di sciopero (per fini contrattuali) e/o diritto di contrattazione collettiva da un lato e libertà di concorrenza, di circolazione dei servizi e/o di stabilimento, dall'altro,

---

86 Così A. Lo Faro, *Diritto al conflitto*, cit., p. 83.

87 Sul punto U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 189 s.; v. anche E. Ales, *op. cit.*, p. 550 s., e T. Blanke, *op. cit.*, p. 271.

il magistrato italiano dovrebbe investire della questione la Corte costituzionale, affinché questa – facendo ricorso alla nota teoria dei "controlimiti" della quale essa stessa ha posto le basi, poi adeguatamente sviluppate dalla dottrina costituzionalista[88]– possa sancire la resistenza dell'ordinamento italiano alla forza cogente delle sentenze della Corte. In quella sede si è altresì sottolineata la consequenzialità logica di questa opzione interpretativa con il fatto che, nel nostro ordinamento, ai Trattati dell'Unione viene data ratifica ed esecuzione con leggi ordinarie, osservandosi come appaia comunque assai discutibile che per il tramite di tali leggi si possa pervenire all'assunzione di vincoli internazionali che – per quanto siano in generale consentiti ed anzi favoriti stessa Costituzione – siano suscettibili addirittura di ledere valori e principi che costituiscono elemento essenziale del patto fondativo della Repubblica[89].

Tale posizione – di cui appare evidente la forza dirompente sul piano delle relazioni politiche interne all'Unione – è stata dichiaratamente formulata non certo come espressione di un assurdo rifiuto di considerare l'integrazione europea come valore storicamente apprezzabile e politicamente irrinunciabile, specialmente di fronte alla globalizzazione dei mercati e delle relazioni politiche internazionali, bensì come soluzione interlocutoria (se si vuole, provocatoria, in

---

88 Sulle modalità tecniche con cui dovrebbe essere sollevata la questione ci si è soffermati in U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 203 s., dove vi sono i riferimenti alla dottrina di diritto costituzionale ed internazionale in materia; anche se si deve tenere in debito conto, adesso, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e l'acquisizione di valore giuridicamente vincolante della Carta di Nizza e, specificamente, dell'art. 28 di essa.
Di recente G. Strozzi, *Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2009, p. 25 ss., spec. p. 30 ss., ha sostenuto che, a fronte degli sviluppi più recenti del diritto comunitario, dovrebbe rivedersi la teoria generale dei controlimiti. Secondo l'autore, infatti, in caso di conflitto tra un principio generale comunitario ed un principio supremo della Costituzione interna, al di fuori dei casi di esclusiva competenza degli Stati membri, dovrebbe comunque prevalere il principio comunitario, a meno che sia stato quest'ultimo a fare proprio quello nazionale, precisando che in tal senso "i controlimiti divengono, invece che limiti nazionali *contro* il diritto comunitario, limiti operanti all'interno del sistema europeo, a salvaguardia di valori non più o non solo nazionali ma dell'ordinamento europeo stesso". Il fatto è che, nel caso che ci interessa, il conflitto sorge proprio in ragione della "pretesa" della Corte di pronunciarsi – attraverso il giudizio di proporzionalità della lesione apportata alle libertà economiche – sui limiti "sostanziali" dei diritti di sciopero e di contrattazione collettiva, laddove, ai sensi dell'art. 153, par. 5, TFUE, la regolazione di tali diritti viene riservata esplicitamente agli Stati membri. In questa prospettiva, poi, affermare, come fa l'autore, che, pure in questi casi di conflitto, "il controlimite costituito dal rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento rimane, in via teorica, il baluardo più radicale, ma anche il meno concretamente praticabile e gradualmente sempre più privo di consistenza, sia per le conseguenze estreme cui può portare (e forse per questo mai utilizzato), sia perché si pone in netta disarmonia col processo di integrazione attuale e in prospettiva, ponendo in pericolo il principio di uniformità", appare ispirato da una logica opportunistica e rinunciataria che non è condivisibile, tenuto conto dell'importanza della posta in gioco. Come si accennerà tra breve, ben altra appare la reattività della cultura giuridica tedesca di fronte alle sfide che mettono in pericolo il principio di democrazia.

89 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 205. Sul problema, in generale, si v. G. Ferrara, *In difesa della sentenza del* Bundesverfassungsgericht *del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2009, p. 626 s.

quanto volta a sollecitare un ripensamento dei fondamenti regolativi in materia), a fronte di un processo di unificazione che risulta eccessivamente sbilanciato in favore degli interessi del capitale rispetto a quelli del lavoro. E ciò anche per effetto delle sentenze della Corte di giustizia e del generale principio regolatore dell'"equivalenza gerarchica" dei diritti sociali e delle libertà economiche fondamentali da esse sancito, in perfetta sintonia, come già detto, con il dettato dell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali[90].

A conclusione di queste riflessioni sia consentito solo di aggiungere, a mo' di corollario, che nel giugno 2009 la Corte costituzionale tedesca ha emesso una sentenza che se, da un lato, ha sollevato moltissime perplessità tra i giuristi europei, dall'altro lato, ha delineato un quadro assai preciso dei vincoli nel cui rispetto la Repubblica tedesca può partecipare al processo di integrazione europea, nonché, al tempo stesso, evidenziato le contraddizioni insite in quest'ultimo[91]. Al di là dei rilevanti aspetti di diritto costituzionale toccati dalla sentenza, quel che più preme qui rilevare è che la Corte ha affermato senza mezzi termini che rispetto ad alcune materie dei settori economico, culturale e sociale (di cui la sentenza stessa fornisce un'elencazione) nelle quali si riassume l'essenza del principio democratico che connota il sistema costituzionale tedesco, è indispensabile che lo Stato tedesco (ma si tratta di un profilo che la Corte ritiene, in realtà, riferibile tutti gli Stati membri) conservi "un margine di manovra sufficiente di decisione politica", tenuto altresì conto che lo stesso primato di applicazione del diritto europeo resta, anche dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, "un istituto derivato, fondato su un trattato internazionale che solo in virtù dell'ordine di esecuzione della legge di approvazione produce effetti giuridici in Germania"[92]. La stessa Corte costituzionale, di conseguenza, si è riservata il controllo del rispetto di tale principio, di modo che "in casi eccezionali, a condizioni particolari e strette", essa potrebbe anche dichiarare inapplicabili in Germania norme di diritto dell'Unione europea, senza che questo fatto presenti "alcuna contraddizione con l'obiettivo del favore per il diritto europeo, cioè con la partecipazione, costituzionalmente richiesta, della Repubblica federale di Germania alla realizzazione di un'Europa unita"[93].

---

90 Il fatto è che questa disposizione della Carta di Nizza, nella misura in cui afferma la parità delle armi nel conflitto sociale, si pone già in conflitto con l'assetto ordinamentale voluto dai Padri costituenti italiani; e ciò avrebbe dovuto, in verità, addirittura impedire all'Italia di accettarne *in toto* il contenuto, inducendo i nostri rappresentanti politici a formulare espressa riserva in relazione al profilo indicato, quanto meno nel momento dell'attribuzione alla Carta di un valore giuridico vincolante per il tramite di una specifica previsione del Trattato dell'Unione (art. 6, par. 1, come modificato dal Trattato di Lisbona). Cfr. sul punto anche A. Lo Faro, *Diritto al conflitto*, cit., p. 77 s.

91 M. Poiares Maduro, G. Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *DUE*, 2009, p. 512. V. anche B. Guastaferro, *Note sulla sentenza del Tribunale costituzionale tedesco in ordine alla ratifica del Trattato di Lisbona*, 2009 (www.europeanrights.eu, reperibile *on line*).

92 Par. 339 della sentenza.

93 Par. 340 della sentenza.

Come si vede, la sentenza[94] evidenzia non solo l'orgoglio per le proprie radici democratiche e per le proprie tradizioni economiche, culturali e sociali, ma anche l'efficienza di un sistema che assicura una permanente verifica della piena coerenza del processo di integrazione europea con i principi fondamentali della Costituzione[95] (benché, secondo alcune letture, la sentenza avrebbe dato un colpo di freno agli sviluppi futuri del processo di integrazione europea[96]).

Ebbene, ad avviso di chi scrive sarebbe ora che anche in Italia si prendesse atto di questa necessità e che – ponendosi fine ad un euro-ottimismo assai spesso di facciata e privo di riscontri reali, talvolta perfino rozzamente strumentale – si affrontassero con maggiore attenzione i temi del potenziale conflitto del processo di integrazione con principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale quali quelli giuslavoristici di cui si è parlato più sopra[97]. Ciò al fine di evitare che mutazioni del DNA politico e sociale della nostra Repubblica, quale disegnato nella Carta costituzionale del 1948, avvengano in modo strisciante, senza che vi sia stata una loro consapevole accettazione nei modi costituzionalmente previsti (sempre che si ritengano ammissibili modificazioni costituzionali di previsioni che incidano in modo così penetrante sugli assetti fondamentali

---

94 La quale, per la parte che interessa il discorso sviluppato in questa sede, non sembra essere stata affatto "ridimensionata" dalla successiva, recente sentenza della Corte del 6 luglio 2010: cfr. P. Faraguna, *Germania: Il Mangold-Urteil del BverfG. Controllo ultra-vires si, ma da maneggiare europarechtsfreundlich*, 2010 (www.forumcostituzionale.it, reperibile *on line*).

95 Secondo M. P. Chiti, *Am deutchen Volke*, in *G. dir. amm.*, 2009, p. 1011, la Corte costituzionale tedesca avrebbe sviluppato il tema dell'identità nazionale "in modo sistematico per elaborare un modello nazionale che non è fonte di meri 'controlimiti' per il diritto comunitario, ma rappresenta un vero e proprio parametro di costituzionalità del sistema europeo".

96 V. per considerazioni critiche sulla sentenza S. Cassese, *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *G. dir. amm.*, 2009, p. 1007; nonché L. S. Rossi, *La sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona. Il processo di integrazione al capolinea?*, 2009 (www.affarinternazionali.it, reperibile *on line*), per la quale "la pronuncia provocherà innanzitutto un effetto interno all'ordinamento tedesco, in quanto il governo dovrà rendere conto al Parlamento della sua attività in seno al Consiglio europeo (...). Ma essa avrà anche un effetto più ampio, che tocca il processo di integrazione, poiché cambia il mandato politico verso l'Europa di un Governo che sin qui è stato uno dei più importanti 'motori' di tale processo e al contempo lancia un *caveat*, alquanto minaccioso, alle istituzioni comunitarie: di fronte ad evoluzioni che minaccino la propria sovranità la Germania potrebbe anche recedere dall'Unione europea". Sulla questione v. anche C. Schönberger, *Lisbon in Karlsruhe: Maastricht's Epigones At Sea*, in *GLJ*, 2009, p. 1216 ss. (e gli altri saggi raccolti nella Sezione Speciale del *GLJ* 2009 dedicata a *The Federal Constitutional Court's Lisbon Case*, p. 1201 ss.), nonché U. Draetta, *Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2009, p. 719 ss.

97 Su questo aspetto, v. ancora in generale G. Ferrara, *op. cit.*, p. 629 s.
In Germania il dibattito tra i giuslavoristi si sta già interessando degli effetti della Sentenza della Corte sul diritto del lavoro, tenuto conto, in particolare, delle sentenze della Corte di giustizia in materia di sciopero e di contrattazione collettiva (non si trascuri che la sentenza *Rüffert* e il caso da cui si è partiti in questo saggio interessano direttamente proprio l'ordinamento giuridico della Germania): cfr. C. Joerges, *The Lisbon Judgment, Germany's Sozialstaat, the ECJ's Labour Law. Jurisprudence and the Reconceptualisation of European Law as a New Type of Conflicts Law*, 2009, p. 5 ss. (www.europeanrights.eu, reperibile *on line*).

della Repubblica[98]). È quasi paradossale criticare a voce alta modifiche degli articoli 1 e 41 Cost., proposte da alcune forze politiche, volte ad assegnare non più al lavoro bensì all'impresa il ruolo di valore centrale del patto fondativo della Repubblica, e poi far finta di niente di fronte alle decisioni della Corte di giustizia riguardanti il conflitto tra i diritti sociali fondamentali e le libertà economiche fondamentali dell'Unione, o comunque sminuirne eccessivamente il significato, confidando in correzioni di rotta che non sono all'ordine del giorno nell'ambito del progetto europeo attualmente dominante.

Il che, *ça va sans dire*, non significa certo non apprezzare i passi in avanti compiuti quotidianamente dalla Corte di giustizia e dalle Corti nazionali, nonché dalle stesse istituzioni dell'Unione, in materia di parità di trattamento e di diritti fondamentali della persona in generale: la tutela effettiva dei diritti fondamentali dell'individuo, anche lavoratore, è elemento essenziale del progresso civile di una comunità che voglia fondarsi sull'eguaglianza e sul rispetto identitario delle persone. Ma non si può certo trascurare che i diritti sociali, quantunque spettanti ai singoli, hanno anche un loro dimensione collettiva, e soprattutto che i rapporti collettivi incidono direttamente sui poteri economici e sociali interni a quelle comunità, e dunque sui suoi stessi "equilibri politici".

Quanto detto è anche a futura memoria, caso mai si decidesse, nei prossimi mesi, di mettere mano, in Italia, ad una riforma dei diritti di sciopero e di contrattazione collettiva.

## Abstract

### The Contrast between the Fundamental Economic Freedoms and the Rights to Strike and Collective Bargaining in the Recent European Court of Justice Jurisprudence: The Ideological Substratum and the Legal Implications of the Principle of Hierarchical Equivalence

The present essay deals with the recent ruling C-271/08 to critically review the jurisprudence of the Court of Justice in recent years in terms of conflict between the fundamental economic freedoms and the rights to strike and collective bargaining in the European Union. The author points out the neo-liberal approach to this jurisprudence and shows how the principle of equivalence between the values on which rest the liberties and rights that is affirmed by the Court raises problems of conflict between Community law and thus defined the Italian constitutional order, which recognizes, among its fundamental principles, the prevalence of the right to strike and trade union freedom compared to the freedom of economic initiative.

98 U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, cit., p. 206, testo e nota.

Luciano Garofalo

# Ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano: "prove tecniche" d'integrazione

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. *Segue*: il processo d'integrazione europea e le sue esigenze "costituzionali". – 3. L'ordinamento "comunitario" nella Costituzione italiana. – 4. *Segue*: le prassi interpretative nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. – 5. Ordinamento dell'Unione europea e obbligo di "conformazione". – 6. Un contributo alla ricostruzione sistematica.

**1.** Lo stato attuale dei rapporti tra ordinamento italiano ed ordinamento dell'Unione europea – almeno per quanto riguarda l'inquadramento sistematico – costituisce una nebulosa nella quale non è sempre facile orientarsi. Molte sono le ragioni che determinano una situazione del genere. Tra le tante, è da segnalare anzitutto l'approccio fortemente gradualista utilizzato dalla nostra Corte costituzionale che, ancora oggi, non ha definito con chiarezza la sua posizione sulle problematiche di carattere sistematico determinate dall'ormai decennale riforma dell'art. 117, 1° comma, Cost.[1]; disposizione che, come è noto, ha inserito un esplicito riferimento all'"ordinamento comunitario" tra i vincoli che gravano su Stato e Regioni nell'esercizio delle relative potestà legislative. Dall'altro lato, giocano un ruolo importante le evidenti perplessità con cui la dottrina italiana di diritto internazionale e comunitario ha accolto tale aspetto della riforma del 2001 del titolo V della Costituzione italiana; perplessità che, invece, non ha sollevato il riferimento agli "obblighi internazionali" contenuto, agli stessi fini, nella medesima disposizione costituzionale[2].

Per il riferimento agli obblighi internazionali, infatti, la maggior parte della dottrina, pur criticando – forse non a torto – la *sedes materiae* nella quale il legislatore ha inteso inserire il principio enunciato da tale disposizione[3], non ha man-

1 L. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, *GURI* 248, 24 ottobre 2001.

2 Per un'ampia ricostruzione di tale dibattito vedi L. GAROFALO, *Obblighi internazionali e funzione legislativa*, Torino, 2009, p. 7 ss.

3 Critica la "collocazione" della norma in esame, pur sottolineandone l'importanza e la novità, B. CONFORTI, *Note sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 2004, p. 495 ss. e spec. pp. 497-498.

cato di metterne in luce la novità e l'importanza soprattutto nel momento nel quale si ridisegnavano, in un'ottica federalista, le regole relative alla titolarità e conseguente distribuzione del potere legislativo nel nostro sistema costituzionale[4].

Per il riferimento all'ordinamento comunitario, invece, la dottrina non ha evidenziato – almeno in fase di primo approccio – sostanziali profili di novità rispetto allo schema logico-sistematico nel quale inquadrare i rapporti tra ordinamento dell'Unione europea ed ordinamento italiano; schema consolidatosi prima della riforma del 2001 grazie alla lunga e travagliata evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia, direttamente influenzata dalle penetranti indicazioni provenienti dalla giurisprudenza comunitaria. E tutto ciò per effetto dell'evidente timore che la nuova disposizione della Carta fondamentale potesse determinare un arretramento rispetto a quanto già acquisito nella giurisprudenza costituzionale con specifico riferimento ai poteri riconosciuti al giudice "comune"– e a tutti gli organi dello Stato – di risolvere le antinomie tra diritto interno e diritto dell'Unione europea avente effetti diretti mediante la non applicazione del primo[5].

Eppure, era stata proprio l'unanime constatazione dell'inadeguatezza della disciplina costituzionale del 1947 a risolvere compiutamente le problematiche sorte per effetto del processo d'integrazione europea, delle relative deleghe di sovranità e dell'affermarsi dell'ordinamento comunitario a caratterizzare il dibattito politico istituzionale ed a spingere il Parlamento italiano ad una riforma di sistema[6]. Riforma che ha finalmente inserito, nella nostra Carta fondamentale,

---

[4] È opportuno, peraltro, segnalare come il principio enunciato nel nuovo testo dell'art. 117, 1° comma, Cost., con riferimento non solo al diritto comunitario ma anche agli obblighi internazionali, abbia costituito una novità unicamente per quanto riguarda il vincolo nei confronti del legislatore statale. Per quanto riguarda, invece, le competenze regionali, detto vincolo è presente negli atti fondamentali delle Regioni a statuto speciale – adottati, come è noto, con legge costituzionale ai sensi dell'art. 116, 1° comma, Cost. – ed è stato considerato immanente nei confronti delle competenze di tutte le Regioni dalla giurisprudenza costituzionale.

[5] In sostanza, più o meno inconsciamente, la dottrina temeva che la nuova disposizione costituzionale spingesse la Corte a ritornare sui suoi passi riproponendo le modalità di risoluzione delle antinomie di cui a Corte costituzionale, sentenza del 30 ottobre 1975, n. 232, in *Giur. cost.*, 1975, I, p. 2211 ss.

[6] È opportuno, infatti, ricordare a tal proposito – e senza soffermarci sui tentativi più remoti di riforma costituzionale (tra i quali devono essere, in particolare, ricordati i lavori delle Commissioni bicamerali Bozzi della IX legislatura e De Mita-Iotti dell'XI legislatura con relativi dibattiti parlamentari; vedi in argomento e per opportuni riferimenti U. Allegretti, *La riforma e la globalizzazione*, in S. Rodotà, U. Allegretti, M. Dogliani (a cura di), *La Costituzione tra revisione e cambiamento*, Roma, 1998, p. 49 ss. e spec. p. 50 ss.; S. Marchisio, *Le norme in materia internazionale nella Costituzione italiana*, in *Riforme costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale*, IV convegno SIDI, Salerno, 29-30 aprile 1999, Napoli, 2000, p. 120 ss. e spec. p. 131 ss.; G. Ziccardi Capaldo, *I rapporti tra diritto interno e diritto internazionale: i cocci della Commissione bicamerale e le prospettive di riforma*, *ivi*, p. 159 ss. e spec. p. 160 ss.) – le vicende della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali, istituita, nella XIII legislatura, con l. cost. 24 gennaio 1997 n. 1, che costituisce l'immediato antecedente della riforma poi completata nel 2001. Il relativo progetto definitivo, trasmesso al Parlamento il 4 novembre 1997, prevedeva, per quanto riguarda l'ordinamento comunitario, l'introduzione, nella Costituzione italiana, di un nuovo titolo VI (articoli 114-116) dedicato alla "Partecipazione dell'Italia all'Unione Eu-

un riferimento esplicito all'ordinamento "comunitario"[7] e alla posizione di "supremazia" ad esso accordata in modo univoco dalla prassi interpretativa ed applicativa delle relative disposizioni ed è, così, venuta incontro ad un'esigenza che emerge dagli stessi elementi strutturali del processo di integrazione europea ed è stata colta da molti legislatori costituzionali di altri Paesi membri[8].

Per la verità, l'esame della giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001 consente di ritenere superato il timore prima evidenziato poiché la Corte costituzionale non ha rimesso in discussione i capisaldi della propria precedente giurisprudenza[9] ma sembra, anzi, aver avviato un percorso diretto ad un riesame complessivo del sistema dei rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento dell'Unione europea; percorso, peraltro, ancora agli inizi ed i cui sviluppi sistematici è difficile prevedere soprattutto sino a quando la suddetta Corte rimarrà fedele all'impostazione "dualista" che costituisce – a nostro avviso – solo un retaggio ideologico di tipo difensivo del sistema nazionale di garanzie e controlimiti. Impostazione che già adesso si mostra non attuale in quanto non più in grado di cogliere la realtà dei rapporti interordinamentali, di cui qui si discute, per il concomitante effetto delle recenti evoluzioni del diritto UE e della riforma costituzionale italiana del 2001. Di qui l'opportunità di contribuire al processo di ricostruzione del quadro sistematico di riferimento relativo ai rapporti tra ordinamento italiano e ordinamento UE attraverso un attento monitoraggio della più recente giurisprudenza costituzionale e una riconduzione a sistema dei primi indicatori da essa provenienti con riferimento alla materia qui trattata.

**2.** Prima di procedere oltre è necessario soffermarci, ancorché brevemente, su un dato storico la cui comprensione è indispensabile per affrontare correttamente il tema qui studiato e, cioè, sulle peculiari modalità con le quali si è avviato e sviluppato – almeno in una lunga prima fase – il processo d'integrazione europea

---

ropea". Tale progetto definitivo, peraltro, escludeva quella disposizione (art. B), proposta nell'articolato presentato dal relatore *ad hoc* D'Amico, che puntava a dare un'esplicita copertura costituzionale al principio dell'effetto diretto e del primato del diritto comunitario. Quest'ultima disposizione, infatti, risultò soppressa già nel primo progetto di legge costituzionale del 30 giugno 1997. Comunque, come è noto, l'intero progetto di riforma costituzionale predisposto dalla Commissione bicamerale della XIII legislatura è rimasto allo stadio, appunto, di progetto. In argomento e per ulteriori riferimenti vedi C. Curti Gialdino, *Unione europea e trattati internazionali nelle riforme costituzionali della Bicamerale*, Milano, 1998, p. 23 ss.; Id., *Il progetto di revisione costituzionale sui temi attinenti all'Unione Europea nei lavori della Bicamerale*, in *Riforme costituzionali*, cit., p. 27 ss. Cfr. i vari testi preparatori, il progetto di legge costituzionale approvato il 30 giugno 1997 e quello – risultante dalle decisioni della Commissione sugli emendamenti – trasmesso al Parlamento il 4 novembre 1997 (www.camera.it, reperibili *on line*).

7 Manteniamo la dizione utilizzata dal legislatore costituzionale.

8 Vedi, per riferimenti, G. Gaja, *La Corte costituzionale di fronte al diritto comunitario*, in L. Daniele (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 255 ss. e spec. nota 3 di p. 256, nonché, per un'ampia analisi sistematica di diritto comparato, G. Martinico, O. Pollicino (eds.), *The National Judicial Treatment of the ECHR and EU Laws. A Comparative Constitutional Perspective*, Groningen, 2010, p. 55 ss.

9 Vedi *infra*, par. 4.

e di formazione dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Tale processo, infatti, non si è posto in termini di aggregazione sociale spontanea e di conseguente formazione di un sistema di regole che disciplinassero la vita di relazione all'interno di tale aggregazione sociale, non ha seguito, in sostanza, un *iter* di tipo costituzionale ma è stato avviato ed è stato alimentato attraverso l'attività internazionale degli Stati membri e con modalità incentrate sui procedimenti propri del diritto internazionale[10]. Procedimenti che, come è noto, si basano ancora essenzialmente – nonostante le cautele introdotte nei moderni sistemi costituzionali – sulle scelte politiche e sulla *voluntas* dei governi nazionali[11].

Sta di fatto che, mentre si creava un contesto istituzionale che consentiva agli Stati membri (o, forse, meglio: ai governi degli Stati membri) di trasferire alcuni poteri sovrani ad Enti sovranazionali sottraendo – almeno nei limiti delle attribuzioni conferite a tali Enti – detti poteri al sistema di garanzie e controlimiti previsto dalle costituzioni nazionali, solo con grande difficoltà si affermava un completo sistema di controlimiti interno all'ordinamento UE.

Quindi, con l'intensificarsi del processo di integrazione europea, si è posta con forza l'esigenza di individuare i necessari controlimiti al potere – sempre più penetrante – che veniva attribuito alle istituzioni dell'Unione europea; esigenza che – con riferimento alla situazione allora storicamente data – non poteva essere compiutamente soddisfatta nell'àmbito dell'ordinamento sovranazionale. Tutto ciò ha finito ineluttabilmente con il far gravare tale esigenza sui sistemi costituzionali nazionali e sui meccanismi di garanzia ivi previsti[12] e, quindi, con l'onerare di peculiari responsabilità gli organi di garanzia costituzionale dei Paesi membri. Tra tali organi vi è la Corte costituzionale italiana che, tra l'altro, ha dovuto operare, sino al 2001, in un assetto normativo inadeguato individuando nell'art. 11 Cost. il punto di equilibrio tra l'esigenza di non ostacolare il processo d'integrazione europea, con le modalità con le quali si era avviato e si stava evolvendo, e quella di garantire l'efficacia del sistema di garanzie e controlimiti previsto dalla Costituzione italiana[13].

Gli sviluppi successivi del processo di integrazione europea hanno consentito un superamento di molte di queste criticità grazie alle notevoli modifiche istituzionali introdotte nel sistema comunitario con la progressiva democratizzazione dei processi decisionali – incentrata essenzialmente sul ruolo del Parlamento europeo[14] – e con l'affermazione di importanti princìpi relativi alle regole di

---

10 E ciò, ovviamente, senza nulla togliere all'ampio e continuativo processo di autointegrazione dell'ordinamento comunitario grazie, soprattutto, al lavorio interpretativo della Corte di giustizia.

11 Vedi S. Bariatti, *Il ruolo del giudice nella costruzione dell'ordinamento comunitario*, 2004 (www.dirittoestoria.it, reperibile *on line*).

12 F. Balaguer Callejon, *Le Corti costituzionali ed il processo di integrazione europea*, trad. it. di A. Schillaci, 2006, p. 9 ss. (www.associazionedeicostituzionalisti.it, reperibile *on line*).

13 Per un'approfondita analisi della giurisprudenza costituzionale italiana in materia e per una ricostruzione critica dei relativi indirizzi, vedi, per tutti, U. Villani, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 1297 ss.

14 Vedi in argomento con riferimento all'assetto istituzionale successivo al Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, E. Triggiani, *Gli equilibri politici*

condotta delle istituzioni dell'Unione europea ed al rispetto dei diritti fondamentali[15]. Di qui il consolidarsi – anche grazie alle prassi interpretative ed applicative – di un sistema di controlimiti interno all'ordinamento dell'Unione europea che ha finito con il depotenziare le esigenze che prima oneravano gli organi nazionali di garanzia costituzionale. Processo questo che ha portato la parte più attenta della dottrina ad affermare – da una prospettiva "costituzionalistica" – che, soprattutto dopo il Trattato di Lisbona (articoli 4 e 6 TUE), si assiste a una "europeizzazione" del sistema di controlimiti incentrato sulla Corte di giustizia con l'effetto di creare un sistema uniforme sovranazionale sostitutivo dei vari sistemi nazionali elaborati dagli organi interni di garanzia costituzionale[16].

Di qui, inoltre, l'affermarsi di una esigenza diversa e, per certi versi, opposta a quella prima individuata: l'esigenza di rendere più fluidi, anche a livello di diritto primario, i rapporti tra ordinamento dell'Unione europea ed ordinamenti nazionali nel senso di una progressiva maggiore omogeneità dei secondi rispetto al primo. Detta omogeneità – già, in qualche modo, perseguita dal diritto UE con il riferimento esplicito alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (art. 6, par. 3, TUE) – può essere realizzata, per gli ordinamenti costituzionali nazionali dotati di un maggior grado di rigidità, solo introducendo più flessibilità nelle procedure di revisione costituzionale, quando tali revisioni siano rese necessarie dall'evolversi del processo d'integrazione europea. In sostanza – come ha chiarito la dottrina di diritto costituzionale – la suddetta necessaria flessibilità può ottenersi solo con un complessivo riesame delle procedure nazionali di revisione costituzionale che consenta, almeno al diritto "primario" dell'Unione europea, di incidere direttamente – e per quanto necessario – nei sistemi costituzionali degli Stati membri[17]. In tal senso si può ipotizzare la previsione di meccanismi d'incidenza diretta che, non più frutto di opzioni meramente interpretative, siano individuati formalmente con l'introduzione di giusti controlimiti quali, ad esempio, l'adozione del suddetto diritto primario dell'Unione europea mediante procedure particolari che prevedano il coinvolgimento dei Parlamenti nazionali[18]. Il tutto al precipuo fine di rendere più armonico il sistema normativo complessivamente inteso nella prospettiva della certezza del diritto e di una corretta reciprocità ma anche, così, evidenziando che si opera in un contesto storico profondamente diverso da quello originario nel quale la migliore garanzia di democraticità degli Stati nazionali – e dei relativi ordinamenti giuridici – risulta essere proprio nel processo di integrazione europea.

---

*interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2010, p. 9 ss.

15 Vedi U. Villani, *op. cit.*, p. 1306 ss.

16 S. Cassese, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, 2009, p. 5 (www.cortecostituzionale.it, reperibile *on line*).

17 F. Balaguer Callejon, *op. cit.*, p. 20 ss.

18 Vedi, a proposito del ruolo attribuito ai Parlamenti nazionali nel nuovo equilibrio istituzionale dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona (art. 12 TUE), E. Triggiani, *op. cit.*, p. 26 ss. e bibliografia ivi citata.

**3.** Quelle effettuate da ultimo nel paragrafo precedente sono, ovviamente, considerazioni *de jure condendo* che affidiamo alla sensibilità dei legislatori. Qui, invece, una volta tratteggiate le esigenze attuali del sistema, conviene concentrare la nostra attenzione sulla riforma costituzionale italiana del 2001 che – è bene rammentarlo – ha introdotto la disposizione dell'art. 117, 1° comma, Cost. in un contesto peculiare e "aggiungendola" ai princìpi già consacrati negli articoli 10 e 11 Cost.

A tal proposito è utile ricordare come il nuovo art. 117 Cost. non contenga soltanto la disposizione oggetto della nostra attenzione ma, unitamente al successivo art. 120, come modificato dalla stessa legge costituzionale, introduca ulteriori disposizioni relative ai rapporti internazionali e con l'Unione europea dello Stato, delle Regioni e delle Province autonome. Sono, infatti, da segnalare: l'art. 117, 3° comma, che include tra le materie di legislazione concorrente il commercio estero e, in generale, i "rapporti internazionali e con l'Unione europea delle Regioni"[19]; l'art. 117, 5° comma, che prevede, nelle materia di loro competenza, la partecipazione delle Regioni e Province autonome "alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi comunitari" e attribuisce a tali ultimi Enti la funzione di provvedere "all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell'Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza"[20]; l'art. 117, 9° comma, che attribuisce alle Regioni, sempre nelle materie di loro competenza, il potere di "concludere accordi con altri Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato"; l'art. 120, 2° comma, che disciplina il potere sostitutivo del Governo nei confronti degli altri Enti territoriali "nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria".

---

[19] L'art. 117, 3° comma, prosegue disponendo che "[n]elle materie di legislazione concorrente spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei princìpi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato".

[20] Sull'incidenza della suddetta riforma costituzionale con riferimento agli atti dell'Unione europea ai sensi del nuovo art. 117, 5° comma, vedi A. D'Atena, *La nuova disciplina costituzionale dei rapporti internazionali e con l'Unione Europea*, relazione al convegno *Il nuovo titolo V della parte II della Costituzione – Primi problemi della sua attuazione*, Bologna 14 gennaio 2002, in *Rassegna parlamentare*, 2002, p. 916 ss.; V. Starace, *Obblighi comunitari e internazionali e rapporti tra Stato e Regioni nel nuovo titolo V della parte seconda della Costituzione*, in G. Ziccardi Capaldo (a cura di), *Attuazione dei trattati internazionali e Costituzione italiana. Una riforma prioritaria nell'era della comunità globale*, Napoli, 2003, p. 141 ss. e spec. p. 145 ss.; A. Marzanati, *Art. 5 (Attuazione dell'articolo 117, quinto comma, della Costituzione sulla partecipazione delle Regioni in materia comunitaria)*, in F. Bergamelli e al., *Il nuovo ordinamento della Repubblica. Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 (La Loggia)*, Milano, 2003, p. 383 ss. e spec. p. 386 ss.; F. S. Marini, *La partecipazione regionale alle decisioni statali dirette alla formazione del diritto dell'Unione europea*, in A. D'Atena (a cura di), *L'Europa delle autonomie. Le Regioni e l'Unione europea*, Milano, 2003, p. 157 ss.

È opportuno, altresì, ricordare come la successiva legge di attuazione, 5 giugno 2003 n. 131[21], abbia precisato, all'art. 1, 1° comma, quali sarebbero, secondo il legislatore ordinario, i vincoli alla potestà legislativa dello Stato e delle Regioni ai sensi della ricordata disposizione costituzionale[22]. A parte le molte e condivisibili perplessità sollevate in dottrina, sia in ordine al contenuto dell'art. 1, 1° comma, l. n. 131/2003, sia, in generale, in ordine alla stessa opportunità di emanare una legge ordinaria d'attuazione con riferimento alla disposizione dell'art. 117, 1° comma, Cost.[23], sta di fatto che, nella sua portata letterale, la ricordata disposizione di legge ordinaria non introduce, nella materia qui analizzata, ulteriori elementi per l'esegesi della disposizione costituzionale di riferimento poiché si limita a riprodurne la dizione letterale. Peraltro, alla medesima disposizione di legge ordinaria deve riconoscersi una certa rilevanza sotto il profilo sistematico poiché scinde l'ordinamento comunitario dagli "accordi di reciproca limitazione della sovranità, di cui all'art. 11 della Costituzione" facendone oggetto di separata considerazione[24].

Alla luce di tale contesto normativo è, quindi, già possibile affermare come, con la riforma del 2001, il legislatore abbia voluto anzitutto riconoscere formalmente (a livello di Carta costituzionale) il ruolo già di fatto acquisito dal diritto UE intendendo, così, fornire di una solida base costituzionale princìpi che, in precedenza, erano stati enunciati essenzialmente per via interpretativa[25]. Ma, con la medesima disposizione, il legislatore costituzionale, mentre "redistribuisce" il potere legislativo e regolamentare tra lo Stato e gli altri Enti territoriali, pone l'attività legislativa dei vari organi costituzionali su un piano omogeneo anche nei rapporti "esterni" e individua, per il tramite di tali rapporti, alcuni limiti uniformi alla suddetta attività.

Per precisare meglio il nostro pensiero è opportuno segnalare come, sulla base del diritto vigente, sia da escludere che si possa attribuire, nel sistema costituzionale italiano, alla disposizione contenuta nell'art. 117, 1° comma, Cost., pur interpretata sistematicamente con le disposizioni di cui agli articoli 10 e 11 Cost., il ruolo di norma d'adattamento. Concordiamo, infatti, con la dottrina maggioritaria e con la giurisprudenza costituzionale[26] quando negano tale funzione sulla base di varie considerazioni di carattere sistematico e, soprattutto, sulla base del rilievo relativo alla collocazione della disposizione indicata nel

21 *GURI* 132, 10 giugno 2003.

22 La promulgazione dell'indicata legge di attuazione è stata preceduta da un'ampia e specifica indagine conoscitiva svolta dalla 1ª Commissione Affari costituzionali del Senato della Repubblica, avviata il 17 ottobre 2001 e conclusa il 26 giugno 2002. Cfr. i relativi lavori (www.senato.it, reperibili *on line*).

23 F. G. Pizzetti, *Art. 1, comma 1 (Attuazione dell'articolo 117, primo e terzo comma, della Costituzione, in materia di legislazione regionale)*, in F. Bergamelli e al., *Il nuovo ordinamento*, cit., p. 10 ss.

24 Vedi *infra*, par. 5.

25 Per una lucida ricostruzione dell'argomento vedi, per tutti, V. Starace, *op. cit.*, p. 141 s.

26 Vedi, per riferimenti, L. Garofalo, *op. cit.*, p. 99 ss.

titolo V della parte II della Costituzione e non tra i "princìpi fondamentali" o tra le disposizioni costituzionali che si occupano della "formazione delle leggi"[27].

Se vogliamo, con uno sforzo di sintesi, ricondurre ad un unico schema logico le varie indicazioni interpretative provenienti dalla prevalente dottrina in materia, possiamo dire come risulti sostanzialmente acclarato che il principio di cui all'art. 117, 1° comma, Cost. si inserisce nella prospettiva di policentrismo legislativo propria della complessiva riforma del 2001 ponendo un limite generale che grava sull'intero sistema di produzione legislativa del nostro Paese e, quindi, in egual misura, sulla potestà legislativa dello Stato e su quella degli altri Enti a cui tale potestà è costituzionalmente attribuita[28].

Si può, anche, affermare che, nel nuovo sistema disegnato dal legislatore costituzionale del 2001, l'ordinamento dell'Unione europea è – almeno funzionalmente – pariordinato alla stessa Costituzione quale elemento generale unificante il sistema a seguito del venir meno della funzione unificante che, storicamente, ha svolto nell'ordinamento italiano la legge (statale)[29]. A queste esigenze di uniformità deve essere considerato direttamente funzionale il potere sostitutivo attribuito al Governo dal novellato art. 120, 2° comma, Cost. che sorge quando gli Enti non statali siano inadempienti rispetto ai vincoli derivanti dai suddetti elementi unificanti. Tale potere si pone, infatti, come ulteriore cornice sanzionatoria diretta a garantire, in un sistema siffatto, anche rispetto a comportamenti meramente omissivi degli Enti indicati, il rispetto delle regole del gioco e, in particolare, di quegli elementi di unificazione del sistema stesso che sono indicati dal 1° comma dell'art. 117; garanzia che, tramite tali elementi, persegue una più generale esigenza di unità e/o uniformità dell'ordinamento giuridico italiano complessivamente inteso[30].

Quindi, con l'art. 117, 1° comma, Cost., il legislatore ha perseguito – forse prevalentemente – un'esigenza "nazionale" attribuendo all'ordinamento UE una funzione unificante dell'ordinamento giuridico italiano che, comunque, va ben oltre le logiche della mera integrazione tra ordinamenti e consente una considerazione complessivamente unitaria del sistema così delineatosi[31].

**4.** Ovviamente, nello sviluppo della nostra analisi, non può prescindersi da un'adeguata considerazione delle prassi interpretative costituzionali che hanno interessato la nostra materia e, in particolare, la *vexata quaestio* dei rapporti tra

---

27 *Ibidem*, p. 126 ss.

28 F. Sorrentino, *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, in *DPCE*, 2002, p. 1355 ss.

29 F. G. Pizzetti, *I nuovi elementi "unificanti" del sistema italiano: il "posto" della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il "ruolo" dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, 2002, p. 11 ss. (www.associazionedeicostituzionalisti.it, reperibile *on line*).

30 *Ibidem.*

31 *Ibidem*, p. 10 ss.; F. G. Pizzetti, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea*, 2002 (www.associazionedeicostituzionalisti.it, reperibile *on line*).

diritto interno e diritto dell'Unione europea. Peraltro, non risulta compatibile con le caratteristiche ed i limiti del presente studio ricostruire tali prassi interpretative nella loro integralità, per cui, nel darle per note[32], conviene soffermarci solo su alcuni dati emergenti dalle suddette prassi che, in qualche modo, costituiscono le premesse della giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001.

Ci riferiamo, in particolare, agli àmbiti di residua competenza che la Corte costituzionale ha riservato a se medesima anche quando è divenuto *jus receptum* il principio secondo il quale il primato del diritto UE sul diritto nazionale determina, per gli operatori giuridici nazionali, l'obbligo di non applicare al caso concreto norme interne che contrastino con norme UE aventi effetti diretti e di trarre, quindi, solo da queste ultime la *norma agendi* del caso concreto[33]. Con riferimento a questa ultima ipotesi, infatti, la Corte ha correttamente ritenuto che, in presenza di un tale potere riconosciuto al giudice ordinario, non fosse ammissibile il giudizio incidentale di costituzionalità[34] per difetto del necessario requisito della rilevanza della questione di legittimità costituzionale nel giudizio pendente dinanzi al giudice remittente; rilevanza che viene meno *de facto* proprio per effetto dei princìpi enunciati e delle conseguenti metodologie di risoluzione di questo tipo di antinomie[35].

Ma vi sono altre antinomie sulle quali la Corte costituzionale ha ritenuto di mantenere integra la propria competenza. Anzitutto, vi sono i giudizi di legittimità costituzionale in via principale nei quali le questioni vengono poste direttamente alla Corte dagli organi competenti senza l'interposizione di un giudice *a quo* che possa risolvere le antinomie nei modi prima segnalati. Poi vi sono altre ipotesi: le antinomie riguardanti norme comunitarie prive di effetti diretti o situazioni che assumono una valenza più generale di rilievo sistematico. Sotto tale ultimo profilo è da ricordare l'ipotesi individuata dalla stessa Corte "di norme interne dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato e il nucleo essenziale dei suoi princìpi"[36] e, più in generale, quell'ob-

---

32 Per una disamina sistematica della giurisprudenza della Corte costituzionale in materia vedi, di recente, G. Gaja, *op. cit.*, p. 256 ss.

33 Vedi, per una rapida ricostruzione delle varie tappe dell'evoluzione della giurisprudenza costituzionale, *ibidem*, p. 261 ss.; A. Cannone, *Le grandi decisioni della Corte costituzionale in materia internazionale ed europea*, Napoli, 2009, p. 27 ss. Propone una schematica quanto interessante suddivisione in fasi della giurisprudenza costituzionale in materia S. Cassese, *op. cit.*, p. 3 ss.

34 Prima solo con riferimento all'art. 11 Cost., ora anche con riferimento a tale norma in combinato disposto con l'art. 117, 1° comma, Cost.

35 Le prime chiare affermazioni di questi princìpi sono nella sentenza della Corte costituzionale del 30 marzo 1995, n. 94, in V. Starace, A. Cannone, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale e comunitaria. 1977-2000*, II, Napoli, 2001, p. 1929 ss. Vedi, peraltro, quanto riferito di seguito nel medesimo paragrafo.

36 Corte costituzionale, sentenza dell'8 giugno 1984, n. 170, in V. Starace, A. Cannone, *op. cit.*, I, p. 438 ss.

bligo di "depurare"[37] l'ordinamento nazionale da norme contrastanti con il diritto UE messo a fuoco dalla stessa Corte costituzionale a seguito delle pregnanti indicazioni provenienti dalla Corte comunitaria[38]; obbligo che va al di là della garanzia minima di compatibilità tra i due sistemi normativi che si realizza con la metodologia della non applicazione.

Queste sono le linee guida sulle quali si sta muovendo anche la giurisprudenza costituzionale successiva alla riforma del 2001 che, infatti, ha riproposto tali modalità d'intervento utilizzando, però, un contesto costituzionale ben più articolato di quello che si basava sul solo art. 11 Cost. In tal senso appare particolarmente ricca la giurisprudenza formatasi nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale ove il progressivo massiccio ricorso alla metodica delle norme interposte, rispetto al dettato costituzionale di cui agli articoli 11 e 117, 1° comma, Cost., ha consentito alla Corte di garantire il rispetto del diritto UE da parte del legislatore nazionale (*rectius*: dei legislatori nazionali) e, quindi, la coerenza del nostro ordinamento rispetto agli obblighi scaturenti dal processo di integrazione europea. Il tutto senza rimettere in discussione – anzi confermando – i princìpi già affermatisi relativamente alla soluzione delle antinomie di competenza dei giudici comuni rispetto ai quali la Corte traccia anche con chiarezza i confini delle rispettive sfere di competenza.

Infatti, in alcune recenti pronunzie, la Corte ha precisato come il vincolo di cui all'art. 117, 1° comma, Cost., relativo all'ordinamento comunitario, operi con diverse modalità a seconda che l'antinomia venga rilevata durante un giudizio pendente dinanzi ai giudici comuni o venga eccepita direttamente dinanzi alla Corte costituzionale adita in via principale avverso la norma interna censurata[39].

Nel primo caso, la sussistenza di un'antinomia tra norma interna e norma UE determina la non applicazione della prima ad opera dei giudici nazionali previo, se necessario, rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Nel secondo caso, la stessa norma UE rileva come parametro interposto di costituzionalità nei confronti delle norme nazionali sottoposte a scrutinio di costituzionalità poiché, dinanzi alla Corte adita in via principale, "la valutazione della conformità della legge regionale alle norme comunitarie si risolve, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., in un giudizio di legittimità costituzionale; con la conseguenza che, in caso di riscontrata difformità, la Corte non procede alla disapplicazione della legge, ma "ne dichiara l'illegittimità costituzionale con efficacia *erga omnes*"[40]. Del resto, nello stesso periodo, la Corte forniva di una più solida

---

37 Termine utilizzato dalla stessa Corte nella sentenza del 30 marzo 1995, n. 94, cit.

38 Vedi, anche per riferimenti, M. Frigessi di Rattalma, *Corte comunitaria e Costituzione italiana: recenti sviluppi*, in *Riforme costituzionali*, cit., p. 105 ss.

39 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2008, n. 102, e ordinanza del 15 aprile 2008, n. 103 (www.cortecostituzionale.it, reperibili *on line*). Vedi, su tale ultima ordinanza, E. Cannizzaro, *La Corte Costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103/2008*, in *RDI*, 2008, p. 789 ss.

40 Corte costituzionale, sentenza del 15 aprile 2008, n. 102, cit., punto 8.2.8.1.

base sistematica l'affermazione dell'irrilevanza della questione di costituzionalità sollevata dai giudici comuni in caso di antinomia tra norma nazionale e norma UE avente effetti diretti; irrilevanza dettata, come già ricordato, dal potere riconosciuto ai giudici comuni di non applicare la norma interna contrastante con il diritto UE avente le caratteristiche indicate. In tale giurisprudenza, infatti, la Corte fa discendere l'inammissibilità di una siffatta questione dal fatto che essa costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità poiché investe la stessa applicabilità della norma censurata[41]. In termini di diritto sostanziale tale "regolamento di confini" implica una valutazione di priorità logico-giuridica dell'intero sistema normativo comunitario – e dei relativi meccanismi di garanzia – rispetto all'ordinamento interno; priorità che apre il varco alla constatazione di un obbligo di "conformazione" del diritto interno al diritto UE foriero di interessanti conseguenze sistematiche.

*Nulla quaestio* in ordine all'utilizzabilità del giudizio di costituzionalità, anche in via incidentale, per la valutazione delle antinomie tra norme nazionali e norme UE prive di effetti diretti. In tal senso, la Corte ha di recente confermato, con riferimento all'art. 117, 1° comma, Cost., il proprio precedente orientamento in senso affermativo elaboratosi sulla base dell'art. 11 Cost.[42]. Al contrario, scarse indicazioni emergono in relazione alle altre competenze che la Corte ha riservato a sé medesima con riferimento agli àmbiti prima segnalati; competenze che, comunque, riguardano casi limite non di facile emersione.

Pur in un quadro sostanzialmente "continuista" ove la Corte sembra volersi muovere senza strappi nel solco tracciato dalla propria precedente giurisprudenza, non possono non essere segnalati ulteriori profili di novità nella giurisprudenza recente che mostrano una maggior sensibilità della Corte verso gli aspetti di compenetrazione dell'ordinamento nazionale rispetto a quello dell'Unione europea; maggiore sensibilità che è da ricollegare al nuovo contesto costituzionale interno.

Questa diversità di approccio risulta con sufficiente chiarezza da due ben note recenti pronunzie[43]. In tali pronunzie, infatti, la Corte, anche se al solo fine di chiarire la funzione sistematica del nuovo art. 117, 1° comma, Cost., ha rilevato la differente formulazione di tale disposizione costituzionale che contempla separatamente – e con accezioni letterali diverse – i vincoli derivanti, per il legislatore nazionale, dall'"ordinamento comunitario" e dagli "obblighi internazionali" così sottolineando un riferimento ordinamentale che è connaturato alla natura del sistema normativo UE di cui l'Italia è entrata a far parte con l'adesione ai relativi Trattati; sistema normativo che implica – come rileva la stessa Corte – cessioni di "sovranità, anche con riferimento al potere legislativo"[44].

---

41 Corte costituzionale, sentenza del 13 luglio 2007, n. 284 (www.cortecostituzionale.it, reperibile *on line*).

42 *Ibidem*.

43 Corte costituzionale, sentenze del 24 ottobre 2007, n. 348 e n. 349 (www.cortecostituzionale.it, reperibili *on line*).

44 Corte costituzionale, sentenza del 24 ottobre 2007, n. 348, cit.

Con tali *obiter dicta* la Corte si muove nel solco tracciato dalla sua precedente giurisprudenza affinando alcuni princìpi ivi già emersi. Ci riferiamo, in particolare, a quelle pronunzie nelle quali la Corte ebbe ad affermare, dichiarando inammissibili dei *referendum* abrogativi di discipline nazionali non attuative ma semplicemente conformi a direttive UE, la sussistenza di un "obbligo di conformazione" del diritto interno al diritto UE che sorge, a carico dello Stato, sin dal momento dell'adozione, in sede UE, di direttive per le quali sia ancora pendente il termine per la relativa attuazione[45]. Tale obbligo di conformazione si sostanzia, a detta della Corte, in un condizionamento dell'intero sistema interno di produzione normativa per il quale il rispetto degli obblighi posti dal diritto dell'Unione europea comporta, non solo l'onere di adeguamento del diritto nazionale alle prescrizioni delle istituzioni UE, ma anche, per effetto del principio di leale cooperazione (art. 4, par. 3, TUE), il divieto di adottare misure legislative interne che possano, ancorché indirettamente, pregiudicare l'obiettivo perseguito dalla direttiva[46].

Nella stessa prospettiva deve essere considerato l'altro profilo di novità della nostra giurisprudenza costituzionale che emerge dalla già citata ordinanza 15 aprile 2008 n. 103[47] ove, in primo luogo, si afferma nuovamente che, ratificando i Trattati comunitari, "l'Italia è entrata a far parte dell'ordinamento comunitario, e cioè di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno". Con la medesima pronunzia – come è noto – la Corte, per la prima volta[48], ha sollevato una questione pregiudiziale dinanzi alla Corte UE ai sensi dell'allora art. 234 TCE affermando esplicitamente di considerarsi giurisdizione nazionale tenuta – in quanto giudice di unica istanza nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale – a garantire l'uniformità di interpretazione ed applicazione del diritto UE mediante la procedura anzidetta e, inoltre, utilizzando una nozione comunitaria di "giurisdizione nazionale" che, in precedenza, la stessa Corte aveva disatteso a favore di una diversa "autoqualificazione" effettuata ai sensi del diritto interno[49]. Il tutto con riferimento ad una questione nella quale la disciplina dell'Unione europea veniva richiamata quale elemento inte-

---

45 Corte costituzionale, sentenze del 7 febbraio 2000, n. 41 e n. 45, in V. Starace, A. Cannone, *op. cit.*, II, p. 2654 ss.

46 Vedi, più ampiamente in argomento, L. Garofalo, *Le clausole di "non regresso" nelle direttive comunitarie in materia di politica sociale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2004, 1, p. 39 ss. e spec. p. 50 ss.

47 A cui è seguita la nota sentenza della Corte di giustizia del 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri* c. *Regione Sardegna*, *Raccolta*, p. I-10821 ss. In tale sentenza, la Corte UE ha pienamente recepito le indicazioni della Corte costituzionale sull'ammissibilità della questione pregiudiziale sollevata da tale ultima Corte ed ha interpretato il diritto UE confermando i sospetti di illegittimità "comunitaria" individuati dalla Corte italiana.

48 Vedi, per una pronunzia in senso negativo rispetto al potere della Corte costituzionale di sollevare questioni pregiudiziali, Corte costituzionale, ordinanza del 29 dicembre 1995, n. 536, in V. Starace, A. Cannone, *op. cit.*, II, p. 2054 ss.

49 Circostanza questa segnalata dalla stessa Corte di giustizia nella sentenza ricordata alla nota 47. Vedi, sulla giurisprudenza precedente, S. Bariatti, *op. cit.*, p. 7.

grativo del parametro di costituzionalità costituito dagli articoli 11 e 117, 1° comma, Cost. Così la Corte accentua notevolmente quel riferimento ordinamentale al sistema UE e quella constatazione della posizione di preminenza strutturale dell'ordinamento UE rispetto all'ordinamento nazionale sui cui effetti sistematici stiamo indagando.

Nello stesso senso si muove la Corte quando, nel 2010, ha dichiarato l'incostituzionalità della norma interna censurata rilevando un'antinomia, non tra discipline in concreto applicabili in fattispecie, ma tra la funzione e i presupposti di tale norma nazionale e la nozione comunitaria di "rifiuto" come presente nella normativa UE e come precisata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Sentenza nella quale la Corte costituzionale, tra l'altro, non esclude la possibilità di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia pur trattandosi di giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale limitandosi a ritenerlo inutile in fattispecie data la chiarezza della nozione comunitaria evocata in giudizio[50].

**5.** La Corte costituzionale italiana, quindi, appare ancora "in mezzo al guado". Da un lato, infatti, continua a parlare di ordinamenti autonomi, integrati e coordinati ma, dall'altro lato, introduce elementi che caratterizzano il coordinamento e l'integrazione tra ordinamento UE e ordinamento interno in termini ben diversi dal passato.

Inoltre, devono essere debitamente considerati – nonostante l'aperta ostilità alle relative tesi di recente manifestata dalla Corte costituzionale[51] – quei fermenti che emergono dalla giurisprudenza dei giudici "comuni", i quali, ad esempio, stanno cercando di superare i limiti rigorosi posti dalla stessa Corte alle metodologie di risoluzione delle antinomie con gli obblighi internazionali *ex* art. 117, 1° comma, Cost.[52] facendo un accorto uso proprio delle metodiche relative ai rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea. In tal senso, infatti, possono essere lette quelle recenti pronunzie di giudici amministrativi italiani che hanno affermato la "diretta applicabilità", con conseguenti oneri di interpretazione conforme e/o di non applicazione della normativa nazionale confliggente, di alcune disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per effetto di una sorta di recepimento di tale Convenzione nel diritto dell'Unione che sarebbe stata operata dall'art. 6 TUE nel testo risultante dal Trattato di Lisbona del 2007[53].

---

50 Corte costituzionale, sentenza del 28 gennaio 2010, n. 28 (www.cortecostituzionale.it, reperibile *on line*).

51 Vedi, da ultimo, Corte costituzionale, sentenza dell'11 marzo 2011, n. 80 (www.cortecostituzionale.it, reperibile *on line*).

52 Su cui vedi, L. Garofalo, *Obblighi internazionali*, cit., p. 110 ss.

53 Consiglio di Stato, IV sez., sentenza del 2 marzo 2010, n. 1220, e, con motivazione più articolata, TAR Lazio, II sez. *bis*, sentenza del 18 maggio 2010, n. 11984 (www.giustizia-amministrativa.it, reperibili *on line*). Vedi, anche, ancorché a livello di mero *obiter dictum*, Consiglio di Stato, VI sez., sentenza del 15 giugno 2010, n. 3760, *ivi*. Sull'argomento e in senso critico, vedi A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, (www.neldiritto.it, reperibile

Comunque, i punti salienti da considerare, per iniziare una ricostruzione sistematica, sono, da un lato, la funzione sovraordinata ed unificante attribuita all'ordinamento dell'Unione europea, nei confronti dell'ordinamento italiano, dal legislatore costituzionale del 2001[54] e, dall'altro lato, quelle che appaiono essere le prime conseguenze interpretative di tale principio: l'affermazione dell'obbligo di "conformazione" del diritto interno al diritto dell'Unione europea e il riferimento al sistema normativo dell'Unione come ordinamento. Riferimento sulla base del quale la Corte attribuisce diversa valenza ai vari vincoli indicati dall'art. 117, 1° comma, Cost.[55] e che viene valorizzato dallo stesso legislatore ordinario quando, nella legge d'attuazione n. 131/2003, lo individua come tale tra i vincoli di cui alla citata disposizione costituzionale considerandolo indipendentemente dagli "accordi di reciproca limitazione della sovranità di cui all'art. 11 Costituzione"[56].

L'obbligo di "conformazione" – pur costituendo, dal punto di vista linguistico, un inelegante neologismo – è sicuramente, dal punto di vista sistematico, un *quid pluris* rispetto al semplice obbligo di conformità perché implica un vincolo di adeguamento integrale, continuo e permanente. Inoltre, se l'obbligo di conformazione viene riferito ad un ordinamento giuridico complessivamente inteso, l'effetto è quello di condizionare l'intero sistema delle fonti di produzione normativa dell'ordinamento che deve adeguarsi tanto da determinare la subalternità di tali fonti alle fonti dell'ordinamento nei cui confronti vi è l'obbligo di "conformazione". In sostanza, come chiarito da attenta dottrina[57], l'attuale assetto costituzionale italiano implica una piena consapevolezza delle peculiarità dell'ordinamento dell'Unione europea e delle implicazioni che l'integrazione con tale ordinamento comporta.

Il tutto con l'effetto di andare ben oltre la semplice definitiva "costituzionalizzazione" del principio del primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno[58]. Si afferma, così, un sistema più serrato nel quale l'ordinamento interno deve essere completamente integrato con l'ordinamento dell'Unione europea accettando il principio dell'effetto diretto delle norme dell'Unione europea che hanno questa caratteristica, recependo nella sua completezza l'*acquis communautaire*, vincolando gli interpreti nazionali – anche al livello di Corte costituzionale – al rispetto della "norma" UE così come ricostruita nell'ordinamento di

*on line*); A. Terrasi, *Il giudice amministrativo e l'applicabilità diretta della CEDU all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona* (www.sidi-isil.org, reperibile *on line*).

54 Vedi *supra*, par. 3.

55 Vedi *supra*, par. 4.

56 Vedi *supra*, par. 3.

57 F. Sorrentino, *I vincoli dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali*, 2004, p. 10 ss. (www.astrid-online.it, reperibile *on line*).

58 Principio questo che, ad esempio, si è affermato con riferimento agli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, 1° comma, Cost., ma con meccanismi del tutto diversi che non implicano un'integrazione siffatta tra ordinamento interno e ordinamento internazionale. Vedi L. Garofalo, *Obblighi internazionali*, cit., p. 123 ss.

appartenenza e con i vincoli interpretativi posti da tale ultimo ordinamento[59], obbligando tutti i soggetti dell'ordinamento interno al rispetto del diritto dell'Unione europea e all'ossequio al principio di leale cooperazione, ecc.

Se, inoltre, i vincoli posti dall'ordinamento – complessivamente inteso – nei cui confronti vi è l'obbligo di "conformazione" costituiscono parametro per valutare la legittimità costituzionale della normativa interna e presupposto per l'intervento sostitutivo dello Stato nei confronti di Enti eventualmente inadempienti, il cerchio si chiude poiché si mette cosi a punto un sistema interno di controlimiti particolarmente efficace per garantire la suddetta "conformazione"; sistema che costituisce riprova della retrocessione delle fonti interne di produzione normativa ad un ruolo subalterno rispetto alle fonti sovranazionali. Coerente con tale schema logico-sistematico è la decisione della Corte costituzionale italiana di considerarsi "organo giurisdizionale nazionale" "tenuto" a rivolgersi alla Corte comunitaria ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 TFUE.

Del resto, quest'obbligo di "conformazione" emerge anche altrimenti nel nostro ordinamento giuridico. Ci riferiamo, in particolare, ad una chiara prassi legislativa nazionale che vede richiamare il diritto UE come sistema normativo atto a fornire i parametri generali di legittimità dell'azione legislativa – e/o della relativa attività ermeneutica – anche con riferimento a fattispecie interne non di "competenza" dell'Unione europea. Prassi, il cui rilievo sistematico – nel senso del suddetto obbligo di "conformazione" – è stato ulteriormente rafforzato dall'affermarsi di quella regola ermeneutica secondo la quale sussiste un dovere di interpretazione uniforme del diritto dell'Unione europea anche quando le relative disposizioni – e/o categorie o nozioni giuridiche – siano richiamate per fattispecie del genere[60].

Sotto tal profilo potrebbe essere sufficiente ricordare il recente d. lgs. 2 luglio 2010 n. 104, contenente il codice del processo amministrativo, ove, all'art. 1, si afferma che la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i princìpi "della Costituzione e del diritto europeo"[61]. Ma si tratta di una prassi ancor più risalente nel tempo se si considera, tra i tanti documenti rilevanti, la l. 10 ottobre 1990 n. 287, per la tutela della concorrenza e del mercato, il cui art. 1, dopo aver, al 1° comma, accuratamente delimitato l'àmbito di applicazione della legge al fine di evitare interferenze con la disciplina dell'Unione sulla concorrenza, al 4° comma, prevede che, comunque, l'interpretazione delle relative disposizioni

[59] Vincoli interpretativi che emergono, in particolare, dalle competenze degli organi giurisdizionali dell'Unione europea e dagli effetti riconosciuti alle relative pronunzie.

[60] Vedi, più estesamente in argomento, L. Garofalo, *Le nuove tecniche interpretative ed il concorso "atipico" di valori giuridici provenienti da ordinamenti diversi*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, cit., II, p. 1457 ss.

[61] *GURI* 156, 7 luglio 2010, S.O. Sarebbe interessante verificare se la dizione "diritto europeo" è stata utilizzata in ossequio ai nuovi assetti istituzionali successivi al Trattato di Lisbona del 2007 o se implica un riferimento più ampio che travalica il diritto dell'Unione europea per comprendervi, ad esempio, anche la Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Si tratta, comunque, di un problema estraneo all'economia del presente studio che, quindi, ci limitiamo a segnalare.

nazionali sia effettuata sulla base dei princìpi "dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza"[62].

In materia ancora meno "comunitaria", deve essere ricordata la l. 11 febbraio 2005 n. 15 che ha sensibilmente modificato la l. 7 agosto 1990 n. 241 concernente norme generali sul procedimento amministrativo[63]. L'art. 1 della l. n. 241/1990, nell'attuale formulazione, prevede che l'attività amministrativa interna sia retta, tra l'altro, "dai princìpi dell'ordinamento comunitario" così generalizzando una regola già introdotta, per l'azione amministrativa, in precedenti specifici strumenti legislativi[64]. L'effetto normativo di tale richiamo è di operare una recezione dei princìpi comunitari in quella materia per renderli vincolanti anche rispetto a procedimenti amministrativi di integrale attribuzione nazionale[65].

In tutti i casi, quindi, per espressa previsione del legislatore italiano, l'interprete, nel ricostruire la *regula juris* del caso concreto, dovrà tener conto dei princìpi dell'ordinamento dell'Unione europea indipendentemente dalla loro diretta vigenza rispetto alla fattispecie che, invece, non sarebbe di per sé soggetta al diritto dell'Unione. Per di più, come già rilevato, si è acclarato che tali princìpi dell'ordinamento UE, pur richiamati in un contesto normativo diverso, devono essere individuati e ricostruiti nell'àmbito dell'ordinamento di provenienza.

Tutto ciò, infatti, oltre ad essere logicamente incontrovertibile alla luce del principio di interpretazione contestuale[66], trova diretta conferma nella giurisprudenza UE ove il principio di interpretazione uniforme – e, quindi, l'obbligo di conformazione degli ordinamenti nazionali alla norma UE così come ricostruita nell'ordinamento di appartenenza – è stato riaffermato anche con riferimento a tali ipotesi. La giurisprudenza UE, infatti, chiamata a valutare la competenza dei relativi organi giurisdizionali ai sensi dell'attuale art. 267 TFUE con riferimento ad ipotesi del genere, ha ripetutamente affermato che è interesse dell'ordinamento dell'Unione evitare conflitti d'interpretazione e, pertanto, garantire l'interpretazione uniforme indipendentemente dal contesto nel quale le norme così ricostruite debbano essere applicate[67]. Più di recente, poi, la Corte di giustizia

---

62 *GURI* 240, 13 ottobre 1990.

63 L. 7 agosto 1990 n. 241, contenente "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto d'accesso ai documenti amministrativi", *GURI* 192, 18 agosto 1990, e l. 11 febbraio 2005 n. 15, contenente "modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990 n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa", *ivi* 42, 21 febbraio 2005.

64 Vedi, per riferimenti, V. Cerulli Irelli, *Verso un più compiuto assetto della disciplina generale dell'azione amministrativa. Un primo commento alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, recante "Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241"*, in *ASTRID Rassegna*, 10 marzo 2005, p. 3 (www.astrid-online.it, reperibile *on line*).

65 *Ibidem*, p. 2 ss. Sulle ragioni e sugli effetti di tale scelta di politica legislativa vedi la Relazione della 1ª Commissione permanente del Senato della Repubblica, rel. Bassanini, comunicata alla Presidenza l'11 marzo 2003, XIV legislatura, n. 1281-A, 12/aa (www.senato.it, reperibile *on line*).

66 Per maggiori approfondimenti su questo principio interpretativo, vedi L. Garofalo, *Interpretazione e conflitti di leggi*, Torino, 2002, p. 20 ss.

67 Vedi, *inter alia*, le sentenze della Corte di giustizia del 17 luglio 1997, C-130/95, *Bernd Giloy* c. *Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost*, *Raccolta*, p. I-4291 ss. e spec. punto 28; dell'11

ha utilizzato appunto tale principio per rendere più elastici i limiti alla propria competenza pregiudiziale affermando che non può escludersi qualsiasi collegamento tra l'interpretazione richiesta e l'oggetto della causa principale quando la nozione di diritto UE di cui si chiede l'interpretazione sia destinata ad applicarsi, nell'àmbito del diritto nazionale, "in condizioni diverse da quelle previste dalla disposizione comunitaria corrispondente"[68].

**6.** Alla luce delle considerazioni prima effettuate è chiaro che l'attuale schema logico-sistematico dei rapporti tra diritto italiano e diritto dell'Unione europea presenta dei profili di novità che vanno opportunamente messi a fuoco senza farsi condizionare da categorie giuridiche ormai non più in grado di inquadrare tale realtà.

Infatti, nulla volendo togliere al dibattito tra "monismo" e "dualismo" che ha avuto in passato indubbi meriti ai fini ricostruttivi[69], è evidente che dovranno essere considerate ormai ininfluenti alcune impostazioni care sia alla dottrina internazionalistica che alla dottrina costituzionalistica e, cioè, quelle impostazioni che gravitano ancora intorno al concetto di "adattamento" o, per la dottrina di diritto costituzionale, ancora intorno al concetto di gerarchia delle fonti di produzione normativa. Ambedue queste impostazioni non sono in grado di consentire un'esatta comprensione del fenomeno a cui stiamo assistendo perché, nei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, non può più da tempo parlarsi di adattamento dato che il diritto dell'Unione europea vige ed è applicabile in Italia *proprio vigore* – per effetto delle deleghe di sovranità effettuate dallo Stato italiano – non perché immesso nell'ordinamento italiano e, d'altro canto, il suo primato sul diritto interno non deriva da una posizione gerarchicamente sovraordinata sulle fonti di diritto nazionale – posizione che potrebbe essere riconosciuta solo ad altre fonti nazionali – ma dal fatto di determinare la

gennaio 2001, C-1/99, *Kofisa Italia Srl* c. *Ministero delle Finanze*, *Raccolta*, p. I-207 ss. e spec. punto 32. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali vedi M. E. Bartoloni, *Interpretazione di norme comunitarie al fine di accertare il significato di norme interne: in margine alla sentenza Adam*, in *RDI*, 2002, p. 143 ss.

[68] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2001, C-267/99, *Christiane Adam, in Urbing* c. *Administration de l'enregistrement et des domaines*, *Raccolta*, 2001, p. I-7467 ss. L'inciso di cui nel testo è al punto 29. Difformi, sotto il profilo della competenza della Corte per l'assenza di un collegamento significativo "tra la questione discussa nel giudizio principale e la norma comunitaria di cui si chiede l'interpretazione" (punti 22 ss.), sono state le conclusioni presentate nella causa anzidetta il 29 marzo 2001 dall'Avvocato generale Tizzano, *Raccolta*, p. I-7471 ss.

[69] Il dibattito, soprattutto con riferimento agli aspetti più attuali, è correttamente ricostruito in E. Cannizzaro, *Trattato internazionale (adattamento al)*, in *EdD*, XLIV, 1992, p. 1394 ss. Rileva come lo stesso concetto di adattamento derivi da un concezione dualista e come, peraltro, la contrapposizione tra le due teorie si stia attenuando nella moderna vita di relazione internazionale L. Sico, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale generale*, *ivi*, II agg., 1998, p. 32 ss. Più di recente vedi, sempre per una ricostruzione del suddetto dibattito, G. Itzovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006, p. 63 ss.

"ritrazione" dell'ordinamento nazionale e la non applicazione del relativo diritto[70].

Il superamento del concetto stesso di adattamento determina anche l'obsolescenza del principio di specialità quale canone ermeneutico diretto a garantire il primato del diritto UE[71]. Tale canone ermeneutico, infatti, può essere utilizzato solo tra norme del medesimo ordinamento, non tra norme di ordinamenti diversi pur in teorica concorrenza nella disciplina della medesima fattispecie; disciplina nella quale, come affermato dalla stessa Corte costituzionale, l'antinomia tra norma interna e norma dell'Unione europea costituisce un *prius* logico e giuridico rispetto alla questione di costituzionalità poiché investe la stessa applicabilità della norma interna[72].

Da ciò consegue che la più corretta metodologia di approccio al suddetto schema logico-sistematico sia quella del "conflitto di leggi" la cui soluzione, peraltro, rispetto a quanto avviene nel diritto internazionale privato, è qui facilitata dalla posizione di primato riconosciuta al diritto dell'Unione europea con i noti effetti di "ritrazione" e "non applicazione" dell'ordinamento nazionale.

Ovviamente, è difficile fornire oggi indicazioni esaustive sulle caratteristiche dello schema logico-sistematico atto ad inquadrare correttamente lo stato attuale dei rapporti tra diritto italiano e diritto dell'Unione europea. E ciò soprattutto per effetto delle continue evoluzioni che sta subendo il quadro normativo di riferimento e delle scarse, ancorché già significative, indicazioni provenienti dal diritto vivente. Peraltro, una volta esaminati alcuni elementi rilevanti e chiarita la metodologia di approccio, i contorni primordiali di tale schema dovrebbero iniziare ad apparire anche se molto è ancora da scrivere per definirli compiutamente.

Qui, in conclusione e in attesa di ulteriori approfondimenti, è utile ribadire una considerazione: la subalternità di un sistema di fonti di produzione normativa rispetto ad un altro sistema di fonti di produzione normativa è constatazione di per sé decisiva ai fini dell'individuazione del suddetto schema logico-sistematico anche se tale subalternità non è totale ma limitata alle materie di competenza dell'Unione europea e incontra un limite, a detta della Corte costituzionale[73], nel rispetto, da parte del diritto dell'Unione europea, dei princìpi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano.

Infatti, da un lato, tale ultima limitazione non rileva con riferimento alla problematica qui analizzata poiché l'eventuale violazione dei princìpi fonda-

---

70 Vedi, in argomento, M. Vacca, *La costruzione dell'ordinamento giuridico comunitario ed i Paesi membri*, Milano, 1996, p. 4 ss.

71 *Ibidem*, p. 108 ss.

72 Corte costituzionale, sentenza del 13 luglio 2007, n. 284, cit.

73 A partire da Corte costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, in V. Starace, C. Decaro, *La giurisprudenza costituzionale in materia internazionale*, Napoli, 1977, p. 364 ss. Sull'argomento, in generale, U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento italiano: un contrasto non più solo teorico*, in L. Daniele (a cura di), *op. cit.*, p. 281 ss.

mentali dell'ordinamento costituzionale italiano non determina una sindacabilità dei singoli atti normativi comunitari ma una valutazione "sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti princìpi fondamentali"[74]. Con ciò si esclude che i nostri princìpi fondamentali possano essere considerati un limite dell'attività normativa dell'Unione europea e, quindi, un condizionamento diretto di quel sistema di fonti.

Dall'altro lato, poi, il fatto che la subalternità delle fonti interne alle fonti dell'Unione europea sia limitata alle materie di competenza dell'Unione – per le quali le relative istituzioni devono operare nel rispetto dei princìpi di attribuzione e proporzionalità e, nelle materie di competenza concorrente, nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5 TUE) – non fa venir meno la suddetta subalternità ma rileva sotto un diverso profilo. Tale circostanza, infatti, implicando solo cessioni parziali di sovranità all'Unione europea – e, per di più, condizionate dall'operare dei princìpi anzidetti – mantiene strutturalmente inalterata la *plenitudo potestas*[75] degli Stati membri nelle materie non oggetto di cessioni e/o deleghe di sovranità e, di conseguenza, esclude solo che, *rebus sic stantibus*, il processo d'integrazione europea possa essere considerato come costituente una Entità federale che abbia assorbito e sostituito la personalità "sovrana" degli Stati membri.

Per il resto è ovvio che un sistema di fonti subordinato ad altro sistema di fonti – per di più con le modalità prima indicate – implica una subordinazione dell'ordinamento giuridico interno – integralmente considerato – a quello dell'Unione europea con gli effetti di tipo istituzionale che è facile ipotizzare.

## Abstract

### EU Law and Italian Law: 'Tests' of Integration

Relations between Italian law and European law are currently shrouded in fog. The reasons are many: first of all, our Constitutional Court has not yet clearly defined its position on the issues arising from the amendment of Article 117(1) of the Italian Constitution in relation to EU law. In particular, doubts of the Italian doctrine on this particular aspect of the constitutional reform of 2001 play an important role. Scholars initially found no substantial innovations from the usual grading of the relationship between EU law and Italian law. This framework has been consolidated through a long and troubled judicial developments. So, maybe, it was feared that the new version of

[74] Corte costituzionale, sentenza del 27 dicembre 1973, n. 183, cit. In argomento, U. Villani, *op. cit.*, p. 1304 ss.

[75] Potestà, peraltro, in Italia limitata dal fatto che i vincoli posti dall'ordinamento "comunitario" costituiscono un limite per l'intera attività legislativa nazionale ai sensi dell'art. 117, 1° comma, Cost.

Article 117 of the Italian Constitution could lead to a retreat from the judicial *acquis*. Fears concerned powers conferred upon the ordinary courts to resolve contrasts between Italian law and EU law and to set aside the former if contrasting with the latter. Nevertheless, the Constitutional Court's case-law after 2001 suggests to overcome fears: it had not questioned the judicial *acquis*, but it seems to have started a general review of the relations between national law and EU law. For the time being, it is difficult to anticipate developments. Undoubtedly, the current pattern of relations between the two systems presents some profiles of innovations that had to be carefully focused. The discussions between 'monism' theory and 'dualism' theory must be reviewed. As far as the relations between Italian law and EU law are concerned, we can no longer talk of adaptation: it would rather be better to talk of a system of 'conflict of laws'. EU law applies by its own force and also it has a very particular role in the hierarchy of Italian norms. Pending further studies, it seems nevertheless useful to reiterate an observation: the subordination of a system of production rules over another one represents the indisputable starting point of any subsequent development. From that point of view, it doesn't matter if such a subordination, on the one hand, is incomplete and limited to matters within the competence of the European Union and, on the other hand, cannot override the fundamental principles of the Italian Constitution

Francesco Seatzu

# Sulla *primauté* della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico italiano

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Le sentenze del Consiglio di Stato n. 1220 del 2010 e TAR Lazio, n. 11984 del 2010. – 3. *Segue*: osservazioni critiche. – 4. Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale. – 5. Art. 6 TUE e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. – 6. Considerazioni conclusive.

**1.** È nostra opinione che nel dibattito giurisprudenziale e talvolta persino in quello dottrinale spesso si trascura che la questione fondamentale nei rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (d'ora in avanti anche CEDU) e gli ordinamenti giuridici interni è quella concernente l'individuazione di "controlimiti", per adoperare le parole già felicemente utilizzate dalla nostra Corte costituzionale a proposito dei rapporti tra l'ordinamento italiano e il diritto dell'Unione europea[1], ovvero più precisamente l'identificazione dei principi nazionali da salvaguardare in quanto irrinunciabili e che, a loro volta, limitano la prevalenza in Italia delle norme della CEDU[2]. Siffatto duplice *deficit* contenutistico e prospettico dell'attuale dibattito si ricava indirettamente ma comunque nitidamente dalla frequente tendenza alla "settorializzazione" e soprattutto alla "radicalizzazione" del medesimo mediante la riduzione dei complessi rapporti tra la CEDU e le competenti autorità giurisdizionali italiane, a seconda dei casi e degli orientamenti accolti, alla sola relazione tra la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) ed i giudici di legittimità e merito (emblematiche, al riguardo, sono le sotto menzionate sentenze del Consiglio di Stato e del TAR Lazio) oppure, alternativamente, alla relazione tra la Corte EDU e i giudici costituzionali (si pensi, in particolare, alle ormai "storiche" decisioni della Consulta

[1] V. in particolare sentenza della Corte costituzionale del 24 giugno 2010, n. 227, in tema di mandato di arresto europeo (www.giustcost.org, reperibile *on line*).

[2] In argomento v. per tutti T. Groppi, A. Celotto, *Diritto UE e diritto nazionale:* primauté *v. controlimiti*, in *RIDPC*, 2004, p. 1309 ss.; U. Villani, *I "controlimiti" nei rapporti tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace,* II, Napoli, 2008, p. 1297 ss.; Id., *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 380 ss.

del 2007[3], sostanzialmente ribadite nella loro impostazione fondamentale da altre due pronunzie della medesima Corte del 2009[4], che pur tuttavia non hanno formalmente disconosciuto un ruolo sia pure minore anche ai c.d. giudici comuni nella risoluzione delle questioni poste dall'applicazione della CEDU in Italia)[5].

Abitualmente impostato lo studio della relazione tra la CEDU e l'ordinamento giuridico italiano in uno dei due modi, invero un poco drastici e abbastanza riduttivi, appena ricordati, si perviene inevitabilmente anche a sminuire (indebitamente) i profili cooperativi e dialettici del rapporto tra la Corte di Strasburgo e i giudici interni globalmente intesi. Siffatto *modus operandi* non è però sicuramente privo di conseguenze (negative) sulla prassi italiana riguardante la CEDU: soprattutto perché differenti risultano, in Italia, i poteri dei giudici c.d. comuni da quelli dei giudici costituzionali (non assimilabili ai giu-

---

[3] Le due sentenze sono anche reperibili *on line* (www.giustcost.org). A commento v. *ex multis* U. Villani, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte Costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *Dir. U.*, 2007, p. 46 ss.; C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze del 24 ottobre 2007*, *ivi*, p. 50 ss.; E. Cannizzaro, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano in due recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *RDI*, 2008, p. 138 ss.; Id., *The Effect of the ECHR on the Italian Legal Order: Direct Effect and Supremacy*, in *IYIL*, 2010, 178 ss.; M. Cartabia, *Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.,* 2008, p. 3564; L. Condorelli, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla Cedu o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *DUDI*, 2008, p. 301 ss.; G. Gaja, *Il limite costituzionale del rispetto degli obblighi internazionali: un parametro definito solo parzialmente*, in *RDI*, 2008, p. 136 ss.; M. L. Padelletti, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *DUDI*, 2008, p. 349 ss.; D. Tega, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Q. cost.,* 2008, p. 133 ss.; R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011, p. 20 ss.

[4] In argomento v. E. Cannizzaro, *The Effect*, cit., p. 178 ss.; N. Napoletano, *Rango ed efficacia delle norme della CEDU nella recente giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *DUDI*, 2010, p. 194 ss.

[5] V. anche la sentenza della Corte costituzionale del 12 marzo 2010, n. 93, in materia di procedimento per l'applicazione delle misure patrimoniali di prevenzione, che, al punto 4 del considerando in diritto, ha esplicitamente ribadito che: "A partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza di questa Corte è costante nel ritenere che le norme della CEDU – nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32, par. 1 della Convenzione) – integrano, quali 'norme interposte', il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, 1° comma, Cost. nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli 'obblighi internazionali' nel caso in cui si profili un eventuale contrasto tra una norma interna e una norma della CEDU, il giudice comune deve, quindi, preventivamente verificare la praticabilità di una interpretazione della prima conforme alla norma convenzionale, ricorrendo a tutti i normali strumenti di ermeneutica giuridica (sentenza n. 239 del 2009) e, ove tale soluzione risulti impercorribile deve denunciare la rilevata incompatibilità proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento al parametro dianzi indicato". Da ultimo in senso conforme v. sentenza della Corte costituzionale del 7 marzo 2011, n. 80, (reperibile *on line* anche all'indirizzo www.dirittoeprocesso.com), riguardante l'applicazione di misure personali e patrimoniali *ante* o *praeter delictum*.

dici comuni) ed a cui i privati non possono avere accesso diretto[6]. Da qui pertanto, a nostro avviso, la necessità di evitare qualsiasi forma di "perifericizzazione" dei giudici comuni (ad esempio, mediante l'imposizione ai medesimi di un divieto assoluto di disapplicare le norme statali irrimediabilmente confliggenti con una o più disposizioni pattizie), così come anche eventualmente della stessa Consulta (ad esempio, escludendo la possibilità per essa di esercitare una qualsivoglia forma di sindacato sulla conformità del diritto convenzionale ai valori e principi fondamentali della nostra Carta costituzionale) nell'applicazione della CEDU all'interno del nostro ordinamento giuridico[7].

Chiaramente quanto fin qui sottolineato non vuole però essere interpretato nel senso difforme che un ampliamento (pur auspicabile) *ratione materiarum* del dibattito in corso, con il conseguente recupero della fondamentale tematica dei valori costituzionali da garantire in ogni caso nell'applicazione interna della CEDU, possa essere realizzato mediante una meccanicistica trasposizione della "teoria dei contro-limiti". Al contrario, le specificità della CEDU, da un lato, e la sua obiettiva intrinseca diversità strutturale rispetto all'ordinamento giuridico dell'Unione europea in generale ed alla Carta dei diritti fondamentali più in particolare, dall'altro lato, impongono caso mai la ricerca e la successiva scelta ed adozione di una soluzione tecnica almeno parzialmente originale[8]. Ma non è tutto, la ricerca di una soluzione nuova specificamente finalizzata a garantire la *primauté* (sia pure, come si preciserà nella pagine successive, con alcune importanti limitazioni) della Convenzione europea in Italia ci pare suggerita anche da quanto meglio puntualizzato oltre a proposito dei rapporti tra la CEDU e la Carta di Nizza o Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In particolare, essa è consigliata dalla circostanza che soltanto alcune disposizioni della CEDU, vale a dire quelle coincidenti con le norme della Carta dei diritti fondamentali, possono condurre alla *non* applicazione (nei modi e termini suggeriti dall'art. 6 TUE) dei precetti normativi con esse irrimediabilmente confliggenti. Da quanto appena sostenuto è anche agevole desumere la sostanziale erroneità di quelle opinioni che concepiscono la CEDU, almeno ai peculiari fini qui esaminati, in termini "monolitici" e cioè come un *unicum* giuridico non scomponibile in sottoinsiemi normativi particolari.

**2.** Le decisioni del Consiglio di Stato n. 1220 del 2 marzo 2010 e del TAR Lazio n. 11984 del 18 maggio 2010, offrono l'occasione per ritornare sul rapporto tra giudici interni e CEDU ovvero sulla *vexata quaestio* dell'effetto diretto del predetto strumento normativo nell'ordinamento giuridico italiano. Più nello

6 Cfr. A. Guazzarotti, A. Cossiri, *La Cedu nell'ordinamento italiano: la Corte Costituzionale fissa le regole*, par. 4, nota 46 (www.forumcostituzionale.it, reperibile *on line*).

7 Incidentalmente può anche rilevarsi che, così come i giudici comuni, anche la Consulta non può esimersi dal fare un ricorso sistematico all'interpretazione adeguatrice ovvero ad un'interpretazione del diritto interno convenzionalmente orientata. In senso conforme v. anche A. Guazzarotti, A. Cossiri, *op. cit.*, par. 4.

8 *Ibidem*, par. 3, note 39 ss.

specifico, esse fanno risaltare, così come è stato acutamente sottolineato da almeno un autore, il "rinnovato tentativo" da parte dei nostri giudici comuni di assicurare alle disposizioni della CEDU quella idoneità auto-applicativa sostanzialmente disconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale formatasi a seguito delle ben note pronunzie "gemelle" n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale e consolidatasi nella successiva giurisprudenza della Consulta negli anni 2009 e 2010[9].

Giova rilevare, innanzitutto, che nella sopra menzionata sentenza del Consiglio di Stato testualmente si dispone che: "la Sezione deve fare applicazione dei principi sull'effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'art. 24 Costituzione e dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Tr. UE, disposta dal trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009)"[10]. Il supremo collegio, allineandosi a valutazioni già approfonditamente svolte dalla Corte EDU in tema di "giusto processo" ed effettività della tutela giurisdizionale, ha tra l'altro ritenuto che la fondatezza della soluzione interpretativa prospettata potrebbe anche prescindere dalla (presunta) "comunitarizzazione" o "trattatizzazione" della CEDU. In altre parole, sempre ad avviso del Consiglio di Stato, essa trarrebbe la propria legittimazione dall'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme che prescrive agli Stati parte, da un lato, di prevedere una giustizia effettiva, dall'altro, di impedire la violazione della CEDU mediante la scelta della soluzione che maggiormente la rispetti[11].

Preme osservare altresì che – secondo quanto è stato affermato in maniera assai più articolata dai giudici amministrativi del Lazio nella sentenza n. 11984 del 18 maggio 2010 – qualora una disposizione interna risulti contrastante con la CEDU, potrebbe la competente autorità giurisdizionale italiana disapplicarla direttamente (leggasi: senza sollevare cioè la questione di legittimità costituzionale)[12]. Ciò, per utilizzare anche qui le stesse parole dei giudici laziali,

---

9 Vedi C. Villani, *La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della Cedu. Tra presunta "comunitarizzazione" dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato della costituzionalità*, 2010 (www.federalismi.it, reperibile *on line*).

10 Cfr. sentenza del Consiglio di Stato n. 1220 del 2010, punto 5 in diritto.

11 *Amplius* C. Villani, *op. cit.*, p. 2 ss.

12 Incidentalmente può osservarsi che la modalità con cui la sopra citata sentenza del Consiglio di Stato dà conto del fondamento normativo della decisione è invece quello di un certo *understatement.* Così esattamente G. Colavitti, C. Pagotto, *Il Consiglio di Stato applica direttamente le norme CEDU grazie al Trattato di Lisbona: l'inizio di un nuovo percorso?*, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2010, n. 2 (www. associazionedeicostituzionalisti.it, reperibile *on line*), i quali sottolineano come – essendo stato previsto "il cuore della motivazione (…) in una parentesi ove si afferma che gli articoli 6 e 13 della CEDU sono 'divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009' – l'asserzione *risulta* addirittura inclusa tra parentesi, quasi che si trattasse di un dato scontato, con un effetto complessivo che pare sottolineare la perentorietà".

implica in particolare che "le norme della Convenzione *devono ritenersi* immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale (…) ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione (…) previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno"[13]. Nella fattispecie concreta il TAR Lazio ha disapplicato l'art. 57 DPR n. 327/01 allo scopo di assicurare l'applicazione "di uno dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ed oggi trasfusi nel diritto dell'Unione europea"[14]. È interessante rilevare che nel caso esaminato, tuttavia, i giudici amministrativi hanno potuto proclamare il principio della piena e diretta applicazione delle norme pattizie senza dovere fare ricorso alla disapplicazione di specifiche disposizioni di diritto statale antinomiche rispetto alle norme della CEDU[15].

Non è certamente questa la prima volta che un giudice italiano di legittimità o merito ammette la *primauté* delle norme pattizie nel nostro ordinamento giuridico. Esemplificativa, al riguardo, è la sentenza del Tribunale di Genova, sez. Lavoro, del 4 giugno 2001, in cui si è ritenuto di dovere disapplicare, per contrarietà alla CEDU, la disciplina della l. n. 608/96, che, in deroga alla l. n. 230/62, non permetteva di convertire in contratto a tempo indeterminato il contratto di lavoro dei dipendenti dell'"Ente Poste Italiane" su cui fosse stato illegittimamente apposto un termine finale. Rammentando che l'art. 6 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, esclude l'ingerenza del potere legislativo nel potere giudiziario, il Tribunale ha concluso nel senso dell'illegittimità della disposizione di cui sopra in rapporto ai principi regolatori del c.d. "equo processo"[16]. L'effetto diretto della CEDU è stato successivamente ribadito nella decisione della Cassazione, sezioni unite, del 23 dicembre 2005 n. 28507 e nella sentenza della Cassazione penale del 3 ottobre 2006 n. 32678[17]. Nelle suddette pronunzie, peraltro, il supremo collegio è stato particolarmente attento ad ancorare l'effetto diretto della CEDU nel nostro ordinamento giuridico non soltanto alla diversità di connotati tra la fattispecie prevista dalla norma

---

13 Cfr. sentenza del TAR Lazio, sez. II *bis*, del 18 maggio 2010, n. 11984, punto 13 in diritto (corsivo aggiunto).

14 *Ibidem*, punto 14 in diritto.

15 In argomento v. G. Colavitti, C. Pagotto, *op. cit.*, p. 2 ss., i quali testualmente osservano che: "In questo senso, dunque, la petizione di principio appare meno impegnativa, e quasi formulata *ad abundantiam,* tanto che, probabilmente, gli stessi risultati potevano essere raggiunti limitando il richiamo alla Cedu come riferimento ad un utile strumento interpretativo delle norme interne".

16 A commento v. P. Pomes, *Il Trattato di Lisbona e la CEDU: nuove prospettive di applicabilità del diritto europeo in Italia* (www.europeanrights.eu, reperibile *on line*).

17 Cfr. per tutti E. Cannizzaro, *The Effect*, cit., pp. 175-77.

interna e quella disciplinata dalla Convenzione europea, ma anche alla circostanza che questo strumento normativo imporrebbe agli Stati parte diritti immediatamente invocabili dinanzi ai propri organi. Nella pronunzia n. 28507, ad esempio, la Corte di Cassazione ha ritenuto che nel caso esaminato il fatto costitutivo del diritto all'indennizzo attribuito al ricorrente dalla legislazione nazionale coincidesse con la violazione della norma contenuta nell'art. 6 della CEDU di immediata rilevanza nel diritto interno, e che per tale ragione dovesse essere superato l'orientamento secondo cui la fonte giuridica del riconoscimento del predetto diritto dovesse essere individuata esclusivamente nella disciplina nazionale[18]. La strategia argomentativa impiegata dalla Corte di Cassazione le ha così consentito di concludere nel senso che "il diritto all'equa riparazione del pregiudizio derivato dalla non ragionevole durata del processo verificatosi prima dell'entrata in vigore della l. 99/2001 va riconosciuto dal giudice nazionale anche in favore degli eredi della parte che abbia introdotto prima di tale data il giudizio del quale si lamenta la non ragionevole durata, col solo limite che la domanda di equa riparazione non sia stata già proposta alla Corte di Strasburgo e che questa si sia pronunciata sulla sua ricevibilità"[19].

Tale percorso argomentativo, in realtà, non risulta del tutto giustificato. In prima battuta, ci pare discutibile la premessa maggiore dell'*iter* logico-deduttivo seguito dalla Corte di Cassazione, vale a dire l'esistenza di un obbligo in capo agli Stati contraenti (e quindi anche all'Italia) di rendere la CEDU direttamente invocabile e dunque applicabile nell'ordinamento italiano. Come ha ben chiarito la dottrina più attenta, "nel richiedere che gli Stati parti garantiscano i diritti enunciati, l'art. 1 e le altre disposizioni della Convenzione europea *non* impongono (…) che uno Stato renda la *medesima* direttamente invocabile dinanzi ai propri organi interni"[20]. In altri termini, se i diritti devono essere integralmente garantiti nella maniera prevista dalla CEDU, ciò può avvenire a prescindere dal fatto che le disposizioni pattizie siano ritenute totalmente o parzialmente "*self executing*"[21].

In secondo luogo, è egualmente discutibile che, così come anche nella sentenza della Cassazione penale del 3 ottobre 2006, l'efficacia diretta della CEDU abbia costituito l'unico fondamento della decisione giudiziaria che, per essere corretta, avrebbe invece dovuto procedere oltre ed in particolare verificare con una maggiore accuratezza l'eventuale coincidenza dei singoli diritti coinvolti nel caso di specie con altri diritti soggettivi tutelati nell'ordinamento dell'Unione

18 Cfr. sentenza della Cassazione, sez. unite, del 23 dicembre 2005 n. 28507, punto 3 in diritto.

19 *Ibidem*, punto 2 in diritto.

20 Così esattamente G. Gaja, *Art. 1*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 24 (corsivo aggiunto). In senso conforme v. F. Jacobs, R. White, C. Ovey, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 2010, pp. 15-16.

21 Così G. Gaja, *Art. 1*, cit., p. 24, il quale acutamente osserva che: "È tuttavia chiaro che quando le norme della Convenzione sono direttamente invocabili si realizza più facilmente l'adempimento di una parte rilevante degli obblighi da essa posti".

Europea e provvisti di effetti diretti nel nostro ordinamento giuridico[22]. Ciò si badi bene – alla luce di quanto appena osservato a proposito dell'art. 1 della CEDU – si sarebbe dovuto fare sebbene, nel 2006, non fosse certamente possibile parlare di una "comunitarizzazione" della Carta dei diritti fondamentali da parte del Trattato di Lisbona.

Nella decisione del Consiglio di Stato n. 1220/2010, invece, i giudici amministrativi hanno persino evitato di compiere una ricognizione del fondamento giuridico della *primauté* della CEDU in Italia. In questa vicenda infatti, come è già stato ampiamente ricordato sopra, il supremo collegio amministrativo ha fondato la sua decisione esclusivamente su una (invero soltanto presunta) naturale idoneità auto-applicativa della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, limitandosi così sostanzialmente a condividere le considerazioni svolte in altre pronunzie di giudici di legittimità e merito sull'effetto diretto della CEDU in Italia[23].

**3.** Come facilmente si evince da quanto precede, varie asserzioni nelle sopra nominate pronunzie del Consiglio di Stato e del TAR Lazio sollevano perplessità (al pari anche di alcune rilevanti omissioni). Vediamo analiticamente entrambe secondo un ordine espositivo suggerito dalla loro importanza nella pratica. Innanzitutto, giova ricordare l'affermazione, non infondatamente oggetto di vivaci critiche in dottrina, secondo cui la CEDU ha un'efficacia diretta nel nostro ordinamento giuridico. Come è ormai noto, questa affermazione è stata deplorevolmente presentata dai nostri giudici amministrativi (soprattutto dal Consiglio di Stato) in maniera quasi apodittica, e cioè omettendo in particolare qualsiasi riferimento sia all'impatto della CEDU sulla legislazione nazionale sia al suo ruolo nel sistema delle fonti di diritto italiano.

In secondo luogo, i giudici amministrativi hanno sostenuto che l'ingresso delle norme CEDU nel nostro ordinamento avverrebbe esclusivamente tramite la "via" dell'art. 117 Cost. (e non quindi anche dell'art. 10, 1° comma, Cost.)[24].

---

22 V. *infra,* par. 5.

23 Va peraltro osservato che nella successiva sentenza del 15 giugno 2010 n. 3760 il Consiglio di Stato ha realizzato un *bouleversement* delle tesi accolte nella sopra commentata decisione giudiziaria e si è invece allineato alle posizioni teoriche (leggasi: all'interpretazione della CEDU come "norma interposta" e alla conseguente necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale qualora non risulti possibile in concreto un'interpretazione conforme) sostenute nella giurisprudenza costituzionale dal 2007 ad oggi.

24 Incidentalmente può sottolinearsi che quanto sopra ricordato nel testo è stato sostenuto dai nostri giudici amministrativi discutibilmente prescindendo dall'esistenza di pur valide ragioni, anche pratiche, a favore del c.d. doppio rinvio alternativo (leggasi: agli articoli 10 e 117 Cost.). In sintesi, basti ricordare qui che la principale utilità del richiamo (anche) dell'art. 10 Cost., ai fini dell'"ingresso" delle norme pattizie nell'ordinamento giuridico italiano, è la seguente: le disposizioni CEDU, così come interpretate a Strasburgo, non acquistando la forza delle norme costituzionali "non" sono in principio immuni dal controllo di legittimità costituzionale. Pertanto siffatto controllo di costituzionalità, se dovesse sfociare nell'accertamento di un contrasto con disposizioni costituzionali, determinerebbe automaticamente l'inibizione del rinvio alla Convenzione europea e *a fortiori* anche la sua inidoneità ad integrare il parametro previsto nell'art. 117 Cost.

Giova rilevare che, pure se intesa in questo senso particolare, è riscontrabile una vistosa carenza di chiarimenti specialmente sul livello in cui le norme internazionali pattizie andrebbero a collocarsi all'interno del nostro sistema delle fonti di produzione normativa e quindi in definitiva anche sul loro "grado di resistenza" rispetto alle disposizioni costituzionali. Ciò sebbene, in entrambi i casi, si tratti di aspetti abbastanza incerti anche nella giurisprudenza costituzionale del 2007 e 2009 e quindi meritevoli di essere meglio precisati e sviluppati[25].

In terzo luogo, è utile ricordare i brevi cenni in entrambe le pronunzie di cui sopra all'obbligo del giudice comune di procedere ad un'interpretazione del diritto interno convenzionalmente orientata. Tali rimandi non sarebbero sicuramente sorprendenti se non si fosse però deplorevolmente omesso di chiarire – soprattutto nella sentenza del Consiglio di Stato – se alla suddetta interpretazione del diritto statale il giudice debba sempre procedere alla luce della giurisprudenza della Corte EDU[26]. Come meglio si evidenzierà in seguito è, infatti, difficilmente contestabile che una maggiore precisione sul punto avrebbe, tra le altre cose, agevolato la non semplice ricostruzione sistematica dei rapporti tra la Convenzione europea e la Carta dei diritti fondamentali, almeno nei casi in cui concretamente risulti ravvisabile una coincidenza contenutistica tra i predetti due strumenti normativi.

Fatte queste premesse, va osservato, più in generale, che l'attenzione dei nostri giudici amministrativi, come del resto anche quella di alcuni commentatori, sembra essersi eccessivamente focalizzata sull'efficacia diretta (vera o presunta) della CEDU nel nostro ordinamento e quindi, con una maggiore o minore consapevolezza a seconda dei casi, su un raffronto "coatto" tra il sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto dell'Unione europea. Ciò si evince da vari elementi alcuni già ricordati sopra ed, in particolare, sia dalla complessiva duttilità dell'*iter* argomentativo normalmente seguito sia dalla modesta attenzione, da parte del TAR Lazio e soprattutto del Consiglio di Stato, al fondamento giuridico ed al ruolo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano. In tale maniera però i giudici amministrativi hanno rinunciato, diversamente da quanto secondo noi avrebbero invece dovuto fare, a procedere alla ricerca di soluzioni almeno parzialmente nuove nella prospettazione e successiva ricostruzione del rapporto esistente tra i giudici interni e la CEDU. Ma non è tutto, così facendo essi hanno anche perso l'importante occasione per chiarire talune questioni lasciate irrisolte sia dalle sopra menzionate sentenze "storiche" della Corte costituzionale del 2007 sia dalle

[25] Sul punto si vedano anche le osservazioni di E. Cannizzaro, *The Effect*, cit., p. 179 ss.; N. Napoletano, *op. cit*., p. 194 ss. V. anche gli scritti pubblicati in F. Salerno, R. Sapienza (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il giudice italiano*, Torino, 2010.

[26] Come è stato ben osservato da V. Esposito, *La libertà degli Stati nella scelta dei mezzi attuativi delle sentenze della Corte europea dei diritti umani* (www.csm.it, reperibile *on line*): "secondo il principio di solidarietà, la giurisprudenza della Corte fa *invece parte integrante della Convenzione*, sì che il carattere giuridicamente obbligatorio della Convenzione si è allargato '*erga omnes*' (a tutte le altre Parti)" (corsivo aggiunto).

successive pronunzie del 2009 (a cui inspiegabilmente sia il TAR Lazio sia il Consiglio di Stato omettono di fare riferimento nonostante nelle medesime si rinvengano talune importanti "aperture" al tema dell'efficacia della Convenzione europea nell'ordinamento italiano)[27].

**4.** Da quanto precisato finora non è difficile riscontrare nella giurisprudenza italiana più recente (dal 2007 ad oggi) la presenza quasi esclusiva di due orientamenti fortemente divergenti sul tema ancora controverso dell'efficacia delle norme CEDU nell'ordinamento italiano. Questa, come già ricordato in numerose occasioni, è emblematicamente segnalata rispettivamente:

a) dalle assai contestate pronunzie del Consiglio di Stato e TAR Lazio che, abbastanza sbrigativamente e acriticamente, hanno riconosciuto un'efficacia diretta alle norme convenzionali nel nostro ordinamento giuridico equiparandole alle corrispondenti disposizioni della Carta dei diritti fondamentali;

b) dalle ormai storiche decisioni della Corte costituzionale del 2007 che, tra le molte cose, hanno sottolineato il carattere meramente sistematico ovvero *non* ordinamentale della CEDU che quindi risulterebbe priva di efficacia diretta sul piano interno.

In tale modo però si è sostanzialmente omesso di considerare l'esistenza di alcuni pur solidi argomenti che, in negativo, risultano contrari ad entrambi gli orientamenti appena richiamati e, in positivo, favorevoli invece ad un approccio "mediano" (da intendersi nel senso meglio precisato sotto) al tema dei rapporti tra la CEDU e il diritto italiano.

In sintesi, basti ricordare – criticamente rispetto a quanto è stato affermato dai nostri giudici amministrativi nelle due pronunzie già più volte richiamate – che occorre non "svalutare" le diversità esistenti tra la CEDU e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ne consegue pertanto che non è possibile per le competenti autorità giurisdizionali italiane procedere a (forzose) assimilazioni dei due strumenti normativi in parola pena altrimenti, tra le altre cose, una palese e grave violazione del dettato dell'art. 6 TUE. Ancora, sempre a proposito dell'art. 6 TUE, occorre non trascurare che qualsiasi interpretazione evolutiva del medesimo – ipoteticamente finalizzata ad attribuirgli un'efficacia precettiva sufficiente a permettere la disapplicazione in ogni caso da parte dei giudici comuni delle disposizioni legislative interne insanabilmente contrastanti con una o più norme CEDU – paradossalmente finirebbe con l'assegnare a queste ultime un effetto diretto (leggasi: un'idoneità ad essere invocate dai singoli in sede giurisdizionale) persino materialmente più esteso di quello riconosciuto

[27] Tra queste "aperture" può ricordarsi l'obbligo ivi richiamato del giudice nazionale di applicare la CEDU nell'interpretazione offertane dalla Corte di Strasburgo sia pure esclusivamente nelle ipotesi in cui l'autorità giurisdizionale competente a risolvere il caso non debba applicare norme nazionali con essa confliggenti. Secondo quanto indicato dalla Consulta, ogni qualvolta il conflitto tra norme interne e norme pattizie risulti (secondo il giudice comune) insanabile in via interpretativa non resta, infatti, al medesimo che sollevare la questione di costituzionalità. In argomento v. per tutti le osservazioni di N. Napoletano, *op. cit.*, p. 194 ss.

al diritto dell'Unione europea[28]. In altre parole, se si accogliesse la tesi qui contestata, si finirebbe per legittimare, ciò che è insieme assurdo ed aberrante, una "comunitarizzazione" della CEDU persino più completa di quella realizzata con il rinvio formale disposto dall'art. 6 TUE alla (sola) Carta dei diritti fondamentali. Se questi ed altri rilievi inequivocabilmente suggeriscono l'erroneità dell'approccio al tema in esame utilizzato dal Consiglio di Stato prima e dal TAR Lazio poi nemmeno mancano gli argomenti contrari alla tesi opposta.

A questo proposito, è utile rammentare che l'*iter* argomentativo seguito dalla nostra Consulta nel 2007 e, più recentemente nel 2009, è fin troppo saldamente ancorato al carattere "sistematico" (leggasi: non ordinamentale) della CEDU. Si veda, in particolare, il par. 6.2 della sentenza n. 349/2007, in cui si parla esplicitamente di "sistema" della Convenzione e, ancora con maggiore enfasi, il par. 3.3 della sentenza n. 348/2007, in cui nitidamente si sostiene che la CEDU "*non* crea un ordinamento giuridico sopranazionale"[29]. Sennonché, anche a non volere smentire queste circostanze del resto difficilmente contestabili, non è comunque complicato replicare che le questioni concernenti l'applicabilità diretta delle norme internazionali e quelle relative all'esistenza di un ordinamento sopranazionale, diversamente da quanto invece sembra avere ritenuto la nostra Corte costituzionale[30], non sono affatto elementi necessariamente collegati e quindi inscindibili tra loro[31]. Da quanto finora precisato è dunque agevole desumere l'erroneità del ragionamento che deduce l'esistenza di un divieto assoluto di effetti diretti delle disposizioni pattizie dalla natura soltanto sistematica *alias* non ordinamentale della CEDU[32].

---

28 Sul significato e la portata del rinvio alla Carta dei diritti fondamentali previsto nell'art. 6 TUE ci sia consentito rinviare al nostro *La tutela dei diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, in *CI*, 2009, p. 43 ss.

29 Corsivo aggiunto. Cfr. A. Guazzarotti, A. Cossiri, *op. cit*., par. 4, nota 62.

30 V., da ultimo, anche la sentenza della Corte costituzionale, del 7 marzo 2011, n. 80, punto 5.1 in diritto.

31 Vedi G. Cataldi, *Convenzione europea dei diritti umani e ordinamento italiano. Una storia infinita?*, in *DUDI*, 2008, p. 173 ss; N. Napoletano, *op. cit.*; v. anche A. Ruggeri, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale. Temi, tecniche e cronache della costituzionalizzazione europea – Forum: la CEDU nelle sentenze 348 e 349/2007 della Corte Costituzionale*, in *DPCE,* 2008, p. 3 che, dalla definizione della CEDU nella sentenza n. 349/2007 come "realtà giuridica, funzionale e istituzionale", ha implicitamente desunto la natura giuridica ordinamentale della medesima.

32 Caso mai, a ben vedere, qualche perplessità potrebbe invece presentarsi nell'ipotesi in cui si riscontrasse una divergenza interpretativa tra le Corti di Strasburgo e del Lussemburgo su singoli diritti garantiti sia nella CEDU sia nella Carta dei diritti fondamentali. In siffatte circostanze – i cui effetti peraltro dovrebbero auspicabilmente risultare ridimensionati dall'adesione dell'Unione alla Convenzione europea e soprattutto da un "dialogo" alla pari tra la Corte di Strasburgo e la Corte del Lussemburgo sul modo di intendere e interpretare i predetti diritti – potrebbero sorgere talune difficoltà anche pratiche per i giudici ordinari, stante la "comunitarizzazione" della sola Carta dei diritti fondamentali, a riconoscere un'efficacia diretta a disposizioni della CEDU così come interpretate (diversamente) a Strasburgo. Esplicitamente a favore di un "dialogo" tra la Corte di Strasburgo e la Corte del Lussemburgo sul modo di interpretare e applicare i diritti fondamentali contenuti sia nella CEDU sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea v. M.

*Rebus sic stantibus* è, almeno a nostro avviso, palese l'esigenza, così come già precisato sopra, di attestarsi su una posizione "intermedia", capace cioè di recepire argomentazioni validamente addotte da entrambe le tesi antagoniste sopra contestate. In altri termini, se è corretto censurare le pronunzie dei nostri giudici amministrativi sopra richiamate è però sbagliato farlo nell'ottica di un'ipotetica necessità di "allineamento" automatico dei giudici comuni alla giurisprudenza della Consulta del 2007 e 2009. Quest'ultima – anche a volere discutibilmente prescindere da alcune pur rilevanti perplessità che essa suscita – non può considerarsi, infatti, come una sistematizzazione definitiva dei rapporti tra la Convenzione europea ed i giudici italiani. Essa piuttosto deve essere valutata come una prima, sia pure articolata, "risposta" della Consulta agli "eccessi" di quelle sentenze di alcuni giudici di legittimità e merito che avevano fatto direttamente applicazione delle norme CEDU in sostituzione di disposizioni statali interne, allo scopo di garantire così l'esistenza di un diritto minimo dell'individuo nei casi esaminati oppure dare esecuzione al giudicato della Corte EDU[33].

**5**. Procedendo con ordine, può sottolinearsi, innanzitutto, che l'art. 6, par. 1, TUE, sebbene faccia obiettivamente riferimento soltanto alla Carta dei diritti fondamentali, non manca comunque di produrre talune importanti conseguenze – naturalmente oltre quelle fin troppo palesi riconducibili all'adesione dell'Unione alla Convenzione europea (da effettuarsi nel rispetto delle condizioni procedurali previste nel Protocollo n. 8) – anche nel *milieu* dei rapporti tra l'ordinamento giuridico italiano e la CEDU. Ciò non sorprende, almeno se si considera la sussistenza di una *liason* ovvero di un "rapporto osmotico" evidente tra la Carta dei diritti fondamentali e la CEDU o, per dirla in termini ancora differenti, l'esistenza nella Convenzione europea di numerose disposizioni contenutisticamente coincidenti con norme della Carta di Nizza. Più precisamente, ci sembra che dall'art. 6, par. 1, TUE possa ricavarsi un'efficacia diretta orizzontale (parziale o totale) di quelle disposizioni della CEDU che, a seconda dei casi, totalmente o parzialmente coincidono con norme della predetta Carta. Sempre se la nostra interpretazione dovesse ritenersi corretta, dovrebbe ulteriormente ricavarsi che il giudice comune potrà – sia pure nelle sole situazioni appena illustrate e purché

---

Condinanzi, *I diritti umani nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Rapporti con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e con la Corte di Strasburgo* (www.csm.it, reperibile *on line*); R. Conti, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, 2010, p. 16 (www.federalismi.it, reperibile *on line*).

[33] Cfr., tra le tante, Commissione tributaria regionale di Milano, sez. V, 19 settembre 2000, in *RIDPC*, 2002, p. 160 ss; Corte di appello di Roma, ordinanza 11 febbraio 2002, s.n., in *Giur. cost.,* 2002, p. 2221 ss; Cassazione, SS. UU., sentenza del 23 dicembre 2005, n. 28507; Cassazione penale, sentenza del 3 ottobre 2006, n. 32678. A commento v. E. Cannizzaro, *The Effect*, cit., p. 175 ss.; G. Colavitti, C. Pagotto, *op. cit*., p. 4; v. anche L. Montanari, *Giudici comuni e Corti sopranazionali: rapporti tra sistemi*, Torino, 2002, p. 130 ss.; B. Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in P. Falzea, A. Spadaro, L. Ventura (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2002, p. 252 ss.

si rientri nell'attuazione del diritto dell'Unione europea (argomentando *ex* art. 51 della Carta)[34] – procedere ad una disapplicazione diretta della norma interna incompatibile con la CEDU a favore di quest'ultima naturalmente così come essa è interpretata dalla Corte di Strasburgo[35]. Quanto appena osservato infatti non ci pare smentito dalla pur esatta osservazione, ricordata anche dalla nostra Corte costituzionale nella ormai celebre sentenza n. 348/2007, che nel sistema della CEDU diversamente da quanto accade nell'Unione europea non è ravvisabile un superiore ordinamento giuridico con conseguenti legittime limitazioni della sovranità *ex* art. 11 Cost.

A sostegno dell'opinione qui accolta, oltre alle considerazioni già effettuate sopra ed a cui naturalmente si rimanda integralmente, può addursi anche la palese simmetria tra il sistema di limitazione di sovranità che, a suo tempo, ha consentito l'applicazione diretta del diritto comunitario *ex* art. 11 Cost., da un lato, e le "rinunce" compiute dallo Stato italiano in materia di diritti umani nei confronti del sistema della CEDU, dall'altro lato[36]. In altri termini, sempre a riprova dell'esistenza di taluni marcati "parallelismi" tra il sistema della CEDU e l'ordinamento dell'UE, può ricordarsi, a mero titolo esemplificativo, che gli articoli 13 e 35 della CEDU, se letti in combinato disposto tra loro ed analogamente a quanto accade nell'ordinamento dell'Unione europea, impongono agli Stati contraenti l'obbligo di risolvere le controversie relative all'applicazione dei diritti della Convenzione europea *in primis* in sede nazionale[37]. In ultimo, a voler fugare qualsiasi eventuale residua incertezza sul significato, anche pratico, di questa circostanza e quindi sull'importanza della c.d. "comunitarizzazione"

---

[34] L'art. 51 della Carta – il quale recita testualmente che: "Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati (…)" – suggerisce infatti l'esistenza di una *liaison* forte o, se si preferisce, di un rapporto "osmotico" tra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea "comunitarizzata" dal Trattato di Lisbona e la CEDU.

[35] Incidentalmente può osservarsi che quanto sopra indicato nel testo è diverso da ciò che invece è stato sostenuto da C. Zanghì, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione*, par. 7 (www.giurcost.org, reperibile *on line*), secondo cui: "qualora (…) la norma della Convenzione lo consenta si potrebbe anche ipotizzare una diretta applicazione della norma europea allo scopo di colmare la lacuna evidenziata con la sentenza, e ciò quando il ritardo nel dare esecuzione alla sentenza adottando la normativa richiesta, possa determinare il perdurare delle violazioni".

[36] V. anche articoli 13, 35 e 46 CEDU. Cfr., tra i tanti, A. Di Stefano, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà*, Catania, 2009, p. 52 ss., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[37] V. anche sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 novembre 2008, *Demir e Baykara* c. *Turchia*, par. 68, in cui – testualmente disponendosi che: "*The Convention* must be interpreted in the light of present-day conditions, and (…) *by taking into* account *the* evolving norms of national and international law" (corsivo aggiunto) – si legittima un ruolo interpretativo delle autorità giudiziarie statali sull'esegesi delle norme pattizie persino nei giudizi svolti a Strasburgo. In dottrina, C. Villani, *op. cit*., p. 2 ss.

della Carta nel contesto dei rapporti tra la CEDU e l'ordinamento italiano, può rammentarsi che – ai sensi dell'art. 52, par. 3, della Carta dei diritti fondamentali, contenente una "clausola di equivalenza" – ogni qualvolta la "presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione".

Quanto appena ricordato è peraltro corretto soltanto alla condizione che non si trascuri la circostanza che l'art. 52, par. 3, si occupa direttamente delle conseguenze che una coincidenza contenutistica tra le disposizioni previste nei due sopra menzionati strumenti normativi produce sull'interpretazione e applicazione "della" stessa Carta[38]. Naturalmente ciò che è stato esposto finora non implica comunque che debba sottovalutarsi la natura "soltanto" sistematica della CEDU. In caso contrario, infatti, risulterebbe piuttosto difficile spiegare la questione dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU e soprattutto la riconducibilità, *ex* art. 117, 1° comma, Cost., della CEDU nell'alveo dei comuni trattati internazionali nonostante alcune sue innegabili peculiarità[39].

**6.** In conclusione, può ulteriormente sottolinearsi che l'accoglimento di una tesi "mediana" tra le due opposte sopra richiamate permette di evitare una, altrimenti fin troppo facile, "de-responsabilizzazione" della Consulta, così contribuendo ad assicurare sia:

a) che i rapporti tra il sistema della CEDU e l'ordinamento giuridico italiano naturalmente evolvano secondo una corretta prospettiva di integrazione crescente[40];

b) più nello specifico, che la Corte costituzionale possa risultare effettivamente coinvolta nell'attuazione delle sentenze di condanna pronunciate a Strasburgo mediante l'esercizio della sua (non facile) attività di "guardia confinaria" del nostro ordinamento[41];

c) che – tramite una altrimenti scontata "perifericizzazione" della Consulta ed in palese violazione del dettato costituzionale – non si pervenga, nei fatti, all'affermazione di un controllo di costituzionalità "diffuso" alternativo a quello "centralizzato" formalmente previsto come esclusivo dalla *Magna Charta* costituzionale.

---

38 *Amplius* T. Groppi, *Commentary to Article 52*, in W. B. T. C. Mock, G. Demuro (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights*, Durham, 2010, p. 323 ss.

39 In argomento v. *ex multis* A. Guazzarotti, *I giudici comuni e la Convenzione alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Q. cost.*, 2003, p. 25 ss.; L. Condorelli, *op. cit*., p. 301 ss.

40 Sulla capacità delle giurisdizioni nazionali e internazionali di integrarsi reciprocamente mediante la creazione di criteri di raccordo tra ordinamenti giuridici non caratterizzati dal rispetto di un ordine gerarchico v. S. Cassese, *I tribunali di Babele*, Roma, 2009, p. 70 ss.

41 Per questa espressione v. A. Guazzarotti, A. Cossiri, *op. cit*., par. 4. Cfr. anche U. Villani, *Tutela dei diritti fondamentali nel "dialogo" tra corti europee e giudici nazionali*, in L. Moccia (a cura di), *Diritti fondamentali e Cittadinanza Europea*, Milano, 2010, p. 115 ss.

È pertanto da scartarsi l'opinione che la nostra Consulta possa essere autorizzata ad intervenire esclusivamente nei casi (verosimilmente abbastanza esigui in numero) in cui l'organo giudicante risulti incapace di risolvere in via interpretativa l'antinomia tra una normativa statale interna e la CEDU[42]. Al contrario, ci sembra che la Corte costituzionale mediante l'incidente di costituzionalità debba essere coinvolta anche in casi meno "estremi" e perciò più frequenti nella prassi. In positivo, ci pare che essa dovrebbe essere fatta partecipe ogni volta in cui – non rientrandosi nell'attuazione del diritto dell'Unione europea e non ravvisandosi una coincidenza tra una norma CEDU e una corrispondente disposizione della Carta dei diritti fondamentali – non possa ipotizzarsi un effetto diretto della norma pattizia nell'ordinamento italiano. Se così non fosse infatti l'intervento della Consulta in *subiecta materia* sarebbe, ciò che è difficilmente accettabile anche da un punto di vista teorico, interamente condizionato dalla discrezionalità del giudice comune. Oltretutto, come è stato ben osservato già da altri, se così non fosse si prescinderebbe dalla circostanza che un contrasto "insanabile" (leggasi: un contrasto non risolvibile in via interpretativa) per un giudice comune potrebbe anche non esserlo per i nostri giudici costituzionali[43].

## Abstract

### The Primacy of the European Convention on Human Rights over the Italian Legal Order

This article explores how the Italian Council of State ("Consiglio di Stato") and more recently the administrative judges of first instance of the region of the Lazio ("TAR Lazio") have dealt with issues related to the primacy and direct applicability of the European Convention of Human Rights within the national legal framework of Italy. It critically assesses and evaluates to what extent the two judicial bodies have struck the right balance between conflicting considerations and values at issue in this context.

42 *Contra* P. Pomes, *op. cit.*, p. 7.

43 Così A. Guazzarotti, A. Cossiri, *op. cit.*, par. 4.

Francesca Ippolito

# Principio di non discriminazione e cittadini extracomunitari

SOMMARIO: 1. La formulazione del principio di non discriminazione nella clausola generale del TFUE e nella Carta dei diritti fondamentali: rilevanza per i cittadini di Stati terzi. – 2. I cittadini extracomunitari e la non discriminazione nelle misure attuative della clausola generale di cui all'art. 19 TFUE. – 3. Non discriminazione sulla base della nazionalità e condizioni di ingresso nell'Unione. – 4. Il contenuto variabile del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità negli accordi di associazione. – 5. La legislazione comunitaria in materia di immigrazione: una gerarchia della parità di trattamento in base allo *status* del cittadino extracomunitario. Il soggiornante di lungo periodo e i familiari extracomunitari dei cittadini comunitari. – 6. *Segue*: la protezione più attenuata: rifugiati, richiedenti asilo, familiari extracomunitari di extracomunitari; beneficiari della protezione temporanea. – 7. Considerazioni conclusive.

**1**. Nonostante il principio di non discriminazione sia, come sostenuto recentemente da Erika Szyszczak, "not merely a political ideal and aspiration but one of the fundamental principles of Community law"[1], la sua applicazione potenzialmente universale risulta appannata ogni qual volta sia riferita a coloro che non sono in possesso della cittadinanza dell'Unione europea. Prova ne è la formulazione della clausola di non discriminazione contenuta nel Trattato di Lisbona e nella Carta dei diritti fondamentali, strutturalmente dissimile da clausole analoghe contenute in altri strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali. Esse, in particolare, si limitano a sancire e considerare il principio di non discriminazione simultaneamente quale "value, objective, fundamental right, positive duty and a legal competence"[2].

Infatti, da un lato, l'art. 2 TUE delinea la portata dell'uguaglianza quale "valore comune agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo e dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e

[1] E. SZYSZCZAK, *Antidiscrimination Law in the European Community*, in *Fordham ILJ*, 2009, p. 624 ss., spec. p. 640.

[2] In tal senso si esprime M. BELL, *Equality and The European Union Constitution Introduction*, in *Industrial Law Journal*, 2004, p. 242 ss., spec. p. 256.

dalla parità tra uomini e donne"[3], la cui violazione grave e persistente può comportare l'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 7 TUE e il cui rispetto, al contrario, condiziona l'adesione all'organizzazione internazionale ai sensi dell'art. 49 TUE. D'altro lato, il nuovo art. 10 TFUE, secondo il quale "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale", ne introduce la dimensione di "obiettivo" dell'Unione.

Per quanto l'introduzione di una siffatta "clausola orizzontale" di lotta contro le discriminazioni non costituisca una nuova base giuridica per l'adozione di atti, dovrà pur sempre essere tenuta in debita considerazione nella definizione e attuazione di tutte le politiche dell'Unione (anche quelle esterne). Parallelamente, l'art. 3, par. 3, TUE introduce l'idea del "dovere" positivo per l'Unione di combattere le discriminazioni. Le disposizioni di cui agli articoli 18 e 19 TFUE chiariscono, in particolare, la possibilità per il Consiglio e per il Parlamento europeo di stabilire regole volte a vietare/combattere le discriminazioni fondate sulla nazionalità, sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale[4]. La direttiva 2000/43/CE[5] e la direttiva 2000/78/CE[6] rappresentano ad oggi le misure attuative della clausola generale di non discriminazione di cui all'art. 19 TFUE che, non modificando in nulla per questa parte il precedente art. 13 TCE[7], continua a non sancire essa stessa un diritto direttamente invocabile da parte dei singoli davanti alle giurisdizioni nazionali[8].

---

3 Anche la Carta dei diritti fondamentali rappresenta la dimensione del valore del principio allorquando, nel suo preambolo specifica che, "consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà".

4 È da notare che, laddove l'art. 19 TFUE prevede la procedura speciale per l'adozione degli atti di diritto derivato, e conseguentemente l'unanimità in seno al Consiglio, maggiore sarà il peso della volontà degli Stati rispetto alla procedura ordinaria, invece prevista per gli atti che vengano adottati sulla base dell'art. 18 TFUE.

5 Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, *GUCE* L 180, 19 luglio 2000, p. 22 ss.

6 Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *GUCE* L 303, 2 dicembre 2000, p. 16 ss.

7 Le uniche modifiche sono consistite, infatti, nell'inserimento tra i motivi di discriminazione della disabilità e nella previsione di un potere maggiore per il Parlamento in fase di adozione degli atti che costituiscano il quadro generale per la lotta alle discriminazioni basate sui diversi motivi: non più mera consultazione, bensì necessità di una sua previa approvazione dell'atto.

8 Si veda con riferimento all'art. 13 TCE la riflessione di M. Barbera, *Not the Same? The Judicial Role in the New Community Anti-Discrimination Law Context*, in *Industrial Law Journal*, 2002, p. 82 ss., spec. p. 164, sul fatto che "the Treaty does not speak the language of rights, but the language of power".

Se, dunque, la dimensione del "diritto (fondamentale)", azionabile come tale ed in quanto tale, analogamente a quanto si prevede nelle costituzioni nazionali e, in ambito sempre europeo, nel Protocollo n. 12 allegato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, è del tutto assente per quel che concerne la discriminazione sulla base del sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale; non altrettanto accade con riferimento alle forme di discriminazione fondate sulla nazionalità[9]. La Corte di giustizia ha infatti riconosciuto efficacia diretta (sia verticale che orizzontale) alla disposizione in parola, utilizzandola quale norma generalmente integrativa di altre disposizioni del Trattato che ne costituiscono una manifestazione più specifica[10].

Tuttavia, nella formulazione della norma, l'applicazione del diritto alla non discriminazione sulla base della nazionalità risulta confinata all'"ambito di applicazione del Trattato", locuzione che, nella sua opera ermeneutica, la Corte di giustizia ha sempre fatto coincidere con l'esercizio della libertà di circolazione[11], dapprima dei soli "lavoratori" e successivamente, grazie all'introduzione dell'art. 18, più semplicemente, di tutti i cittadini comunitari[12]. Dunque, una pietra angolare[13] dell'integrazione dei cittadini degli Stati membri funzionale al mercato comune – e come tale rafforzatrice della centralità dei diritti fondamentali rispetto all'*acquis* sulla cittadinanza[14] – ma non anche clausola

[9] È pur vero che anche la non discriminazione basata sul sesso, nell'ambito lavorativo (e più specificamente in quello della retribuzione) è egualmente principio dotato di efficacia diretta (art. 157 TFUE, già art. 141 TCE).

[10] Si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, *Raccolta*, p. 1495 ss., punto 11, e più recentemente, la sentenza dell'11 gennaio 2007, causa C-40/05, *Kaj Lyyski* e *Umea universitet*, *ivi*, p. I-99 ss., punti 33-34.

[11] Si veda per tutte la sentenza della Corte di giustizia del 29 maggio 1997, causa C-299/95, *Kremzow* c. *Austria*, *Raccolta*, p. I-2629 ss., punto 16, in cui la prospettiva ipotetica dell'esercizio della libertà (si trattava di un detenuto) non assicurava il necessario nesso adeguato con il diritto comunitario. Ma si veda anche il fatto che sia stata espunta dalla versione finale della direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al ricongiungimento familiare, *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12 ss., la previsione originariamente inserita dalla Commissione di ricomprendere nell'ambito di applicazione della direttiva anche i cittadini dell'Unione che non avessero esercitato la libertà di circolazione: cfr. l'art. 3 della proposta della Commissione, del 1° dicembre 1999, COM(1999)638 def.

[12] Cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *Martinez Sala*, *Raccolta*, p. I-2691 ss., punti 59-64; del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, *ivi*, p. I-6193 ss., punto 36; del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Carlos Garcìa Avello*, *ivi*, p. I-11613 ss.; del 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Egon Schempp* e *Finanzamt Munchen V*, *ivi*, p. I-6421 ss., punto 43.

[13] T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 45, si riferisce alla non discriminazione quale "keystone of integration".

[14] P. O'Neill, S. R. Sandler, *The EU Citizenship Acquis and the Court of Justice: Citizenship Vigilant or Merely Vigilant Treaty Guardian?*, in *Richmond Journal of Global Law & Business*, 2008, p. 205 ss.

generale al contempo funzionale a combattere ogni pregiudizio contro lo straniero[15].

Se questa interpretazione pareva l'unica possibile sino all'adozione delle direttive contenenti previsioni del principio di eguaglianza relativamente a diverse categorie di cittadini provenienti da Paesi terzi legalmente residenti all'interno dell'Unione[16], non necessariamente deve continuare ad esserlo successivamente ad esse. Infatti, l'operatività dell'art. 18 TFUE nell'ambito di applicazione del Trattato implica una sua operatività anche rispetto al titolo V TFUE relativo allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia. Sebbene inizialmente l'effettività di una siffatta operatività fosse impedita dall'assenza di norme attributive di diritti nell'allora titolo IV TCE (ora titolo V TFUE) – trattandosi essenzialmente di basi giuridiche su cui le istituzioni dovevano fondare la loro azione

[15] In dottrina condividono l'interpretazione dell'allora art. 12 TCE quale funzionale unicamente ad assicurare che le discriminazioni non divenissero un ostacolo alla libertà di circolazione G. De Burca, *The Role of Equality in European Community Law*, in A. Dashwood, S. O'Leary (eds.), *The Principle of Equal Treatment in European Community Law*, London, 1997, p. 1 ss.; M. Bell, *Antidiscrimination Law and the European Union*, Oxford, 2002, pp. 37-38. In senso contrario si vedano, invece, C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008, pp. 74-76 e 85-86, e già S. Peers, *Towards Equality: Actual and Potential Rights of Third-Country Nationals in the European Union*, in *CML Rev.*, 1996, pp. 21-24, che ha, in particolare, optato per una lettura della norma quale potenzialmente comprensiva anche delle discriminazioni razziali ed etniche, come tale possibile fonte di tutela diretta anche delle situazioni giuridiche soggettive pregiudicate dei cittadini provenienti da Paesi terzi.

[16] Art. 11 direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, *GUUE* L 16, 23 gennaio 2004, p. 44 ss.; art. 24, par. 1, direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE,73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, *ivi* L 229, 29 giugno 2004, p. 35 ss. Per un commento alla misura comunitaria e sui conseguenti rapporti tra cittadinanza, immigrazione ed integrazione anche alla luce dei casi portati davanti alla Corte di giustizia si veda, in dottrina, il più recente S. Carrera, M. Merlino, *State of the Art on the European Court of Justice and Enacting Citizenship*, Bruxelles, 2009. Cfr. ancora gli articoli 12 e 14 direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell'equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell'accoglienza degli stessi, *GUCE* L 212, 7 agosto 2001, p. 12 ss.; gli articoli 10 e 11 direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, *GUUE* L 31, 6 febbraio 2003, p. 18 ss.; l'art. 14 della citata direttiva 2003/86/CE; gli articoli 26 e 27 direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, *ivi* L 304, 30 settembre 2004 p. 12 ss.; l'art. 17 direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato, *ivi* L 375, 23 dicembre 2004, p. 12 ss.; e gli articoli 11 e 12 direttiva 2005/71/CE del Consiglio, del 12 ottobre 2005, relativa a una procedura specificamente concepita per l'ammissione di cittadini di paesi terzi a fini di ricerca scientifica, *ivi* L 289, 3 novembre 2005, p. 15 ss.

– l'adozione delle norme di diritto derivato in materia di immigrazione e asilo che hanno definito la portata del divieto di discriminazione hanno conseguentemente determinato, anche sulla scia della più recente giurisprudenza *Kücükdeveci*[17], un'operatività dell'art. 18 TFUE "estesa" a talune categorie di cittadini extracomunitari.

Per quel che concerne, infine, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, l'art. 21 ripropone il binomio/distinzione tra cittadini dell'Unione ed extracomunitari anche sul piano della tutela contro la discriminazione, contenendo due commi a grandi linee riproduttivi dell'art. 18 TFUE (art. 21, par. 2, della Carta) e dell'art. 19 TFUE. Tuttavia, combinando insieme elementi dell'art. 19 TFUE, dell'art. 14 CEDU e dell'art. 11 della Convenzione sui diritti fondamentali e la biomedicina del 1997, ad essere vietati sono anche motivi di discriminazione "ulteriori" rispetto a quelli di cui all'art. 19 TFUE[18]. Tra l'altro, la lista dei motivi di discriminazione di cui all'art. 21, par. 1, della Carta, diversamente da quanto avveniva con l'art. 13 TCE, presenta un carattere meramente esemplificativo/descrittivo e non tassativo/esaustivo (annullando così la differenza strutturale dell'art. 19 TFUE rispetto alle clausole di non discriminazione contenute negli altri strumenti internazionali relativi ai diritti umani). Questa particolarità, come pure il fatto che la disposizione in parola vieti, più in generale, "ogni" discriminazione (diretta o indiretta, quale, ad esempio, quella che, benché fondata espressamente sulla razza o l'origine etnica, sia in realtà altresì fondata sulla nazionalità), non comporta tuttavia che anche tali situazioni risultino in concreto tutelabili dalla Corte di giustizia, e così garantiti i diritti riconosciuti ai cittadini extracomunitari[19]. Infatti, ai sensi dell'art. 51, par. 2, della Carta stessa, l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione non è esteso dalle previsioni della Carta al di là delle competenze dell'Unione, né la Carta introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati.

**2.** Prima di esaminare, con riferimento ai cittadini extracomunitari, il contenuto (variabile) e l'operatività (estesa) del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, occorre sottolineare come le direttive che introducono un meccanismo per far valere le discriminazioni in base a parametri quali la razza e l'origine etnica, da un lato, e sulla base della religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, dall'altro, risultino applicabili, quanto ai divieti di discriminazione

[17] Sentenza della Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 25.

[18] Si tratta segnatamente del colore, l'origine sociale e genetica, la lingua, l'opinione politica o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la proprietà e la nascita.

[19] Sulla portata estensiva dell'interpretazione della Corte di giustizia dei diritti riconosciuti ai cittadini extracomunitari in passato si veda V. Guiraudon, *International Human Rights Norms and Their Incorporation: The Protection of Aliens in Europe*, EUP No 98/4 EUI Working Papers.

sanciti, anche ai cittadini extracomunitari[20]. Ciò nonostante, entrambe le direttive adottate sulla base dell'art. 19 TFUE (la direttiva 2000/43/CE e la direttiva 2000/78/CE) contengono una disposizione, l'art. 3, par. 2, in base alla quale "le differenze di trattamento basate sulla nazionalità" non si considerano riguardate dalle misure in questione, così come queste "non pregiudicano le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati"[21]. Il fatto che la norma escluda le discriminazioni basate sulla nazionalità potrebbe portare, privilegiando un'interpretazione letterale della disposizione, a ritenere che una discriminazione sulla base della nazionalità non possa mai costituire altresì una discriminazione sulla base della razza o dell'origine etnica. Si riscontrerebbe così *prima facie* un *vulnus* nella tutela dei cittadini extracomunitari che si vedano oggetto di una discriminazione sulla nazionalità che dissimuli, in realtà, una discriminazione sulla base della razza o dell'origine etnica. Al contrario, pare debba essere invece privilegiata un'interpretazione della norma secondo la quale l'ambito di applicazione della direttiva sarebbe esteso anche a quelle discriminazioni basate sulla nazionalità che (a) realizzino altresì una discriminazione sulla base della razza od origine etnica, ovvero (b) fungano da

---

[20] Il 13° "considerando" della direttiva 2000/43/CE ed il 12° "considerando" della direttiva 2000/78/CE, cit., prevedono, infatti, che il divieto di ogni discriminazione diretta e indiretta basata sulla razza o l'origine etnica nei settori di coperti dalla misura comunitaria "dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini dei paesi terzi". Quanto ivi affermato si colloca d'altro canto in linea di continuità con l'approccio già fatto proprio dalla Corte di giustizia in altre aree del diritto comunitario ove ha ritenuto applicabile la legislazione comunitaria a prescindere dalla cittadinanza. Si veda per tutte al riguardo la sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 1998, causa C-230/97, *Awoyemi*, *Raccolta*, p. I-6781 ss., punto 22.

[21] È da notare che anche la proposta di direttiva del Consiglio, del 2 luglio 2008, recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, COM(2008)426 def., che la Presidenza spagnola ha deciso di riportare all'attenzione delle istituzioni, contiene una formulazione dell'art. 3, par. 5, identica a quella dell'art. 3, par. 2, delle citate direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE, secondo cui non sono riguardate "le differenze di trattamento basate sulla nazionalità", né pregiudicate "le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e al soggiorno di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati". Non è stato infatti ad oggi accettato l'emendamento del Parlamento europeo all'art. 3, par. 5, della proposta di direttiva che, al contrario, proponeva di considerare come discriminazione quelle disuguaglianze fondate sulla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale presentate però quali differenze di trattamento basate sulla nazionalità. Si veda al riguardo la risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 2 aprile 2009 sulla proposta di direttiva del Consiglio recante applicazione del principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale, doc. P6_TA(2009)0211. Anche lo European Network Against Racism (ENAR) si è espresso per la necessità dell'abrogazione dell'art. 3, par. 2, di ciascuna delle direttive 2000/43/CE e 2000/78/CE. Cfr. ENAR, *General Policy Paper no 3*, *Third Country Nationals*, November 2006 (www.enar-eu.org, reperibile *on line*).

motivo discriminatorio sostitutivo della razza, della religione o dell'etnia[22]. Ciò si impone anche alla luce del fatto che la direttiva in parola si propone come strumento di promozione del diritto all'uguaglianza quale diritto fondamentale, fondato non già sulle esigenze del mercato comune, quanto piuttosto sul principio della dignità umana, riconosciuto e promosso a livello dell'Unione[23]. Del resto la stessa Corte di giustizia sembra essere andata chiaramente in tale direzione nel caso *Feryn*[24] in cui ha ritenuto costituire una discriminazione fondata sulla razza il rifiuto espresso pubblicamente da un datore di lavoro di assumere immigrati di origine marocchina. È stata così riconosciuta la protezione di qualsiasi situazione di discriminazione potenziale ed eventuale senza necessità di presupporre – come invece il mero dato letterale dell'art. 2, par. 2, lett. a), della direttiva lascerebbe intendere – l'esistenza di alcuna effettiva vittima della discriminazione vietata[25]. Da qui la possibilità di prefigurare una protezione *a priori* per i cittadini extracomunitari discriminati sulla base dell'origine etnica che finisca per coincidere con l'origine nazionale.

Anche la Commissione, dal canto suo, nella fase di approvazione della direttiva 2000/43/CE aveva mostrato di aderire alla posizione del Parlamento europeo manifestata in fase di esame del testo in prima lettura, a che fossero fatte rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva anche quelle discriminazioni sulla base della razza o dell'origine etnica che si presentassero quali differenze di trattamento sulla base della religione o della nazionalità. La Commissione, infatti, per quanto non avallata dal Consiglio in sede di approvazione definitiva dell'atto, aveva recepito le istanze dell'assemblea rappresentativa nella riformulazione dell'art. 10, par. 2, sull'onere di informazione degli Stati alle autorità competenti delle misure prese in attuazione della normativa comunitaria al fine di vegliare accuratamente a che le differenze fondate sulla nazionalità (come sulle convinzioni religiose) non costituissero forme dissimulate di discriminazione fondate sulla razza o l'origine etnica.

---

22 Si pensi a come, nell'ambito dell'adozione di misure a tutela dell'ordine pubblico, esista il rischio di utilizzazione strumentale di tale deroga al fine di perpetuare discriminazioni quali, ad esempio, quelle eventualmente veicolate contro i seguaci della religione musulmana attraverso l'esclusione, nell'ambito di misure antiterrorismo, di persone aventi la nazionalità di determinati Paesi del Medio Oriente. Si veda al riguardo, tra gli altri, C. Barnard, *The Changing Scope of the Fundamental Principle of Equality?*, in *McGill Law Journal*, 2001, p. 955 ss.; P. Skidmore, *EC Framework Directive on Equal Treatment in Employment: Towards a Comprehensive Community Anti-discrimination Policy*?, in *Industrial Law Journal*, 2001, p. 126 ss., spec. p. 130. Al contrario, resta esclusa dall'ambito di applicazione delle direttive qualunque discriminazione basata sulla nazionalità che non configuri una discriminazione fondata sulla razza o l'origine etnica, opponendosi a ciò sia un difetto di base giuridica – manca ogni riferimento all'art. 18 TFUE – che ragioni di procedura.

23 S. McInerney, *Bases for Action against Race Discrimination in EU Law*, in *ELR*, 2002, p. 72 ss.

24 Sentenza della Corte di giustizia del 10 luglio 2008, causa C-54/07, *Feryn*, *Raccolta*, p. I-5187 ss.

25 In tal senso anche A. Eriksson, *European Court of Justice: Broadening the Scope of European Non Discrimination Law*, in *Int. J. Const. Law*, 2009, p. 731 ss.

**3**. Preliminarmente all'analisi di quelle misure di diritto derivato adottate nell'ambito del titolo V TFUE, come pure degli accordi di associazione conclusi dall'Unione con gli Stati terzi, che prevedono un divieto di discriminazione in favore dei cittadini extracomunitari che soggiornino legalmente in uno degli Stati membri, sembra opportuno cercare di chiarire se un analogo divieto sia stato altresì previsto dall'ordinamento comunitario con riferimento alla fase pregressa dell'ingresso nell'Unione.

Sebbene sia del tutto assente una normativa comunitaria che disciplini le condizioni sostanziali all'ingresso nell'Unione, essendo la materia tradizionalmente nella competenza degli Stati membri, la normativa sui visti, adottata in quanto funzionale al perseguimento dell'obiettivo dell'eliminazione dei controlli alle frontiere interne[26], non manca di porre alcune perplessità circa il rispetto del principio di non discriminazione.

I maggiori problemi derivano dal metodo utilizzato, e cioè dalla scelta della tecnica normativa di prevedere "elenchi" di Paesi rispetto ai quali nessun visto è necessario sia posseduto ai fini dell'ingresso e soggiorno per un periodo non superiore a tre mesi (c.d. soggiorno di breve periodo)[27], ovvero relativamente ai quali il visto è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'ingresso dell'Unione, od infine per cui è richiesto il possesso di un visto aeroportuale ai fini del transito aeroportuale in uno degli Stati membri dell'UE. Infatti, l'ampio margine di discrezionalità lasciato agli Stati sembrerebbe indurre a pensare che, dietro norme *prima facie* non discriminatorie, si adombrino in realtà vere e proprie discriminazioni fondate sulla razza, il colore o convinzioni religiose.

Il problema emerge, in particolare, nella misura in cui, da un esame degli allegati I e II del regolamento (CE) n. 539/2001 che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto per soggiorno di breve periodo all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne o possono esserne

---

[26] Il regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti (contenente le procedure e le condizioni di consegna dei visti di breve durata), *GUUE* L 243, 15 settembre 2009, p. 1 ss., realizza quell'ulteriore armonizzazione delle legislazioni nazionali e delle prassi per il trattamento delle domande di visto presso le rappresentanze consolari locali che dovrebbe eliminare il "visa shopping". Il collegato manuale per il trattamento delle domande di visto adottato dalla Commissione il 19 marzo 2010, prevedendo invece un termine massimo (solo eccezionalmente estendibile) di 2 settimane "for obtaining an appointment for lodging the application and for the Member State to take a final decision on the application (15 calendar days)", introduce un elemento positivo di attenuazione di eventuali differenziazioni arbitrarie tra cittadini extracomunitari che presentino la richiesta di visto. Analogamente, il regolamento (CE) n. 265/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2010, *ivi* L 85, 31 marzo 2010, p. 1 ss., è volto a facilitare la circolazione, all'interno dello Spazio Schengen (per un periodo non superiore a tre mesi per semestre nell'arco temporale di vigenza del visto stesso che non può essere superiore a un anno), dei cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente in uno Stato membro in virtù di un visto nazionale ma che sono temporaneamente sprovvisti del relativo permesso di soggiorno a seguito della prassi nazionale vieppiù ricorrente della mancata – o tardiva – conversione del visto "D" dopo l'ingresso del cittadino di uno Stato terzo o vi provvedono con considerevole ritardo.

[27] Qualora il soggiorno sia di lungo periodo, il visto è obbligatorio per tutti gli stranieri.

esenti[28], si delinea un panorama tale per cui ad essere state inserite tra i Paesi la cui provenienza implica la necessità di un visto sono per lo più popolazioni non di origine bianca e a composizione religiosa prevalentemente musulmana. Come rilevato da Cholewinski, "the only three countries on the positive list with large Muslim populations are Brunei, Malaysia and Singapore"[29]. Se è vero che la presenza del Paese nell'elenco di cui al regolamento non comporta l'interdizione all'ingresso nello Stato membro del cittadino in questione, non di meno i criteri dettati dal regolamento in ordine all'inserimento di un Paese di provenienza tra quelli necessitanti di un visto per l'Europa, che attengono "all'immigrazione clandestina, all'ordine pubblico, alla sicurezza e alle relazioni esterne dell'Unione europea con i paesi terzi", sembrano introdurre una presunzione negativa a danno di soggetti di una determinata origine. Detta presunzione verrebbe, in particolare, ad operare nel momento della valutazione individuale della posizione di ognuno di essi all'ingresso nello Stato membro di destinazione: il solo possesso del visto non comporta, infatti, un diritto di ingresso automatico del cittadino extracomunitario[30].

A parziale contemperamento delle perplessità espresse con riferimento alla scelta degli elenchi dovrebbe, tuttavia, essere tenuto presente come sotteso alla redazione degli stessi potrebbe essere stato altresì un criterio di selezione della ricchezza degli Stati di nazionalità dei migranti extracomunitari, volendosi evitare più che altro un aggravio di costi per gli Stati europei di accoglienza.

**4**. L'applicabilità del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità ai cittadini extracomunitari soggiornanti nell'Unione trova il suo primario esplicito riconoscimento negli accordi di associazione stipulati negli anni tra l'Unione europea e Stati terzi. È infatti in detti accordi che la categoria degli stranieri lavoratori e relativi "familiari" extracomunitari (coniuge[31], discendenti

[28] Il regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio del 15 marzo 2001, *GUCE* L 81, 21 marzo 2001, p. 1 ss., e successive modifiche prevede, accanto alla lista dei Paesi inseriti nelle c.d. *white lists* rispetto ai quali nessun visto è necessario sia posseduto ai fini dell'ingresso e soggiorno per un periodo non superiore a tre mesi, le c.d. *black lists* dei Paesi relativamente ai quali il visto è condizione necessaria ma non sufficiente ai fini dell'ingresso dell'Unione; così come un elenco di Paesi per i cui cittadini è richiesto il possesso di un visto aeroportuale ai fini del transito aeroportuale in uno degli Stati membri dell'UE.

[29] R. Cholewinski, *Borders and Discrimination in the European Union, Report for the Immigration Law Practitioner's Association and the Migration Policy Group*, London-Brussels, 2002 (www.migpolgroup.com, reperibile *on line*).

[30] Art. 15 dello Schengen Implementing Agreement (SIA) confermato altresì nel cap. 1, par. 2.1, delle Common Consular Instructions.

[31] Nel caso dell'Accordo di associazione con il Marocco, la Corte di giustizia nella sentenza del 20 aprile 1994, causa C-58/93, *Yousfi* c. *Belgio*, *Raccolta*, p. I-1353 ss., ha avuto modo di affermare che anche una vedova (dunque un soggetto che ha avuto un legame familiare, venuto meno, con un cittadino marocchino) potrebbe rientrare nella previsione dell'art. 65, n. 1, 1° comma, dell'Accordo di associazione (che estende il principio di non discriminazione per il lavoratore e relativi familiari conviventi alla materia della previdenza sociale); ciò ove fosse dimostrato che suo marito ha avuto, prima del suo decesso, la qualità di lavoratore migrante marocchino nello Stato mem-

del lavoratore migrante, come pure le persone che abbiano uno stretto legame di parentela con quest'ultimo, tra le quali i suoi ascendenti ed i suoi affini stretti[32]) rinviene questo tipo di protezione. Dette convenzioni, in particolare, senza attribuire ai cittadini extracomunitari alcun diritto di ingresso sul territorio dell'Unione per ricercarvi un'occupazione, accanto all'indicazione e disciplina delle condizioni e dei diritti di cui essi possono beneficiare sul territorio dell'Unione, ne promuovono – sia pure in maniera non unitaria – un trattamento paritetico con i cittadini nazionali dello Stato europeo di destinazione[33].

La variabilità dell'ampiezza della parità di trattamento con i nazionali (e dunque della misura in cui una differenziazione non è consentita) è ben esemplificata da un raffronto tra l'Accordo stipulato con i Paesi dello Spazio economico europeo, quello più ristretto con la Svizzera e gli accordi con il Marocco e la Polonia. Infatti, solo i primi due contengono la previsione di una clausola di non discriminazione ad applicazione generale sostanzialmente analoga a quella prevista all'art. 18 TFUE (già art. 12 TCE). Al contrario, l'Accordo con il Marocco come quello con la Polonia (e così la più parte degli accordi di associazione) contengono disposizioni che vietano la discriminazione fondata sulla nazionalità tra i cittadini degli Stati con cui è concluso l'accordo e i cittadini dell'Unione, limitatamente ad alcuni ambiti quali, ad esempio, l'accesso al lavoro, le condi-

---

bro dell'Unione (il Belgio), dove l'interessata continua a risiedere. Si veda, per analogia, anche la sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 1995, causa C-103/94, *Krid*, *ivi*, p. I-719 ss., punti 28-31.

[32] Si veda, per analogia, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1999, causa C-179/98, *Mesbah*, *Raccolta*, p. I-7955 ss., punto 46, in cui però la Corte ha affermato che, ai fini dell'applicazione del principio di non discriminazione relativamente alle prestazioni previdenziali nei confronti del familiare di un lavoratore migrante che abbia acquisito anche la cittadinanza dello Stato ospitante prima della data in cui tale familiare ha cominciato a risiedere presso di lui ed ha richiesto l'attribuzione di una prestazione previdenziale in forza della normativa dello Stato ospite, può essere solo il giudice nazionale a verificare la possibilità per il familiare di invocare la cittadinanza extracomunitaria del lavoratore invece che quella nazionale acquisita in base al diritto dello Stato membro considerato (punto 41).

[33] Per un esame specifico delle diverse condizioni previste nei vari tipi di accordi si rinvia a S. Boelaert-Suominen, *Non EU Nationals and Council Directive 2003/109/EC on the Status of Third-Country Nationals who are Long-Term Residents: Five Paces Forward and the Possibly Three Paces Back*, in *CML Rev.*, 2005, p. 1011 ss., spec. la sezione 4.2. del lavoro a p. 1037 ss. e la sezione 4.3 a p. 1041 ss.; M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2005, p. 256 ss.; D. Kochenov, *US Tractum of Many Faces: European Citizenship and the Difficult Relationship between Status and Rights*, in *Columbia JEL*, 2009, p. 169. Per un raffronto dei singoli diritti conferiti alle diverse categorie di lavoratori provenienti da Paesi terzi in base ai diversi tipi di accordi conclusi (nello specifico, in particolare, gli accordi tra la Comunità e il Maghreb, la Turchia, i Paesi P.E.C.O e quelli ex URSS) si veda D. Martin, *Association Agreements with Mediterranean Countries and Eastern Countries: Similarities and Differences*, Mainz, 1998. Sebbene, come anticipato, tali convenzioni non accordino un diritto di ingresso ai cittadini extracomunitari, la Corte ha non di meno finito per derivare dal principio di non discriminazione delle conseguenze importanti quanto al soggiorno del cittadino extracomunitario. Cfr. al riguardo la sentenza del 2 marzo 1999, causa C-416/96, *El-Yassini*, *Raccolta*, p. I-1209 ss., punto 65.

zioni di lavoro o la sicurezza sociale. Nonostante l'eventuale ambito ristretto di applicazione del principio di non discriminazione previsto dall'Accordo, la Corte di giustizia ha, in più occasioni, provveduto ad un'interpretazione estensiva tale da rendere operante la clausola anche in ambiti diversi da quelli espressamente previsti, ma ad essi implicitamente riconducibili. Ciò è quanto, ad esempio, accaduto nel caso *Surul* in cui la Corte, interpretando l'Accordo CEE-Turchia, ha ritenuto la parità di trattamento, prevista dalla norma dell'Accordo unicamente con riferimento alla retribuzione e alle condizioni di lavoro, operante anche ove riferita alla sicurezza sociale[34].

Accanto all'estensione della portata delle rispettive clausole di non discriminazione contenute nei diversi accordi di associazione, la Corte non ha altresì esitato ad interpretare tali clausole – tutte, dalle più generiche alle più ristrette e specifiche – in maniera sostanzialmente analoga alla clausola di cui all'art. 18 TFUE. Essa ha, infatti, ad esempio, riconosciuto efficacia diretta a dette disposizioni[35], sia che si trattasse di una lamentata discriminazione diretta[36] che indiretta[37], così come ne ha ritenuto l'obbligatorietà anche nei confronti dei privati[38]. È da notare, tuttavia, che l'efficacia diretta di tali clausole non è stata altresì

[34] Sentenza della Corte di giustizia del 4 maggio 1999, causa C-262/96, *Surul*, *Raccolta*, p. I-2743 ss. Analogamente a quanto avvenuto rispetto alla sicurezza sociale, la Corte di giustizia si è pronunciata con un'interpretazione estensiva relativamente all'uguaglianza nell'accesso al lavoro ad esempio nelle sentenze del 23 gennaio 1997, causa C-171/95, *Tetik*, *ivi*, p. I-329 ss., punto 26, e del 19 novembre 1998, causa C-210/97, *Akman*, *ivi*, p. I-7519 ss., punti 36, 40 e 41, con nota di S. Peers in *CML Rev.*, 1999, p. 1027 ss., spec. pp. 1040-1041, e, relativamente alla non discriminazione nell'istruzione, per tutte, nella sentenza del 7 luglio 2005, causa C-374/03, *Gurol*, *ivi*, p. I-6199 ss. Più in generale, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, *ivi*, p. 3719 ss.; e, in dottrina, per una disamina dei vari accordi e del ruolo della Corte di giustizia nel chiarirne le previsioni, M. Hedemann-Robinson, *An Overview of Recent Legal Developments at Community Level in Relation to Third Country Nationals Resident within the European Union*, in *CML Rev.*, 2001, p. 525 ss., spec. p. 527 ss. e p. 549 ss.; M. Wathelet, *The Case Law of The European Court of Justice and Nationals of Non-European Community Member States*, in *Fordham ILJ*, 1997, p. 603 ss.

[35] In generale si veda, ad esempio, con riferimento all'Accordo con il Marocco, la citata sentenza *Yousfi* c. *Belgio*, dove a venire in rilievo era una disposizione dell'Accordo di associazione col Marocco che prevedeva la non discriminazione sulla base della nazionalità in materia di sicurezza sociale. Nel caso di specie la Corte ha riconosciuto l'illegittimità della normativa belga che prevedeva solo per i nazionali residenti da almeno cinque anni la concessione di un assegno per minorati; v. anche la sentenza della Corte di giustizia del 31 gennaio 1991, causa C-18/90, *Kziber*, *Raccolta*, p. I-199 ss.

[36] Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2002, causa C-162/00, *Land Nordrhein-Westfalen* c. *Pokrzeptowicz-Meyer*, *Raccolta*, p. I-1049 ss.

[37] Sentenza *Land Nordrhein-Westfalen* c. *Pokrzeptowicz-Meyer*, cit., dove in base alla disposizione dell'Accordo di associazione della Comunità con la Polonia relativa all'uguaglianza nelle condizioni di lavoro, remunerazione e licenziamento, veniva riconosciuta illegittima la normativa nazionale che prevedeva l'applicazione di un contratto a tempo determinato in capo ai lettori di lingua straniera, laddove per gli altri insegnanti con incarichi particolari occorreva invece giustificare il ricorso a tale tipologia contrattuale caso per caso in ragione di motivi oggettivi.

[38] Sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2003, causa C-438/00, *Deutscher Handballbund* e *V.* c. *Maros Kolpak*, *Raccolta*, p. I-4135 ss.

riconosciuta dalla Corte a vantaggio dei migranti irregolari ravvisando la Corte proprio in tale *status* di irregolarità l'elemento pregiudizievole quanto alla stessa invocabilità degli accordi in questione[39].

Dalla ricostruzione della normativa e della prassi si può così dedurre un ruolo per tali clausole di non discriminazione di mera "specificazione" della clausola generale contenuta all'art. 18 TFUE; non invece di manifestazioni di un'estensione del campo di applicazione dell'art. 18 TFUE ai cittadini extracomunitari (lavoratori e rispettivi familiari). A tal fine, infatti, come vedremo di seguito, più correttamente si prestano le previsioni di diritto comunitario derivato in materia di immigrazione adottate dal momento dell'inserimento della materia tra quelle di competenza dell'allora (1999) Comunità europea sino ad oggi.

**5.** Allo stato attuale, non è dato rinvenire nel diritto derivato un quadro normativo unitario quanto all'applicazione indistinta del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità a tutti i cittadini extracomunitari legalmente residenti nel territorio di uno degli Stati membri. Al contrario, il principio di uguaglianza varia nella sua ampiezza in relazione allo *status* del migrante preso in considerazione di volta in volta dalla normativa dell'Unione che ne regola la protezione, e cioè: residente di lungo periodo; familiare di cittadino comunitario o extracomunitario; ricercatore; studente (di alta formazione); rifugiato o beneficiario di protezione sussidiaria; beneficiario della protezione temporanea ovvero richiedente asilo.

In particolare, da un esame della normativa emerge una vera e propria "gerarchia" della protezione contro la non discriminazione essenzialmente graduata in funzione della forza del legame – personale o territoriale – che il cittadino extracomunitario può vantare con lo Stato ospite. Le categorie che risultano pertanto maggiormente tutelate nell'equiparazione ai cittadini nazionali sono (a) i familiari extracomunitari dei cittadini comunitari e (b) i cittadini provenienti da Paesi terzi che vantano lo *status* di residenti di lungo periodo ai sensi della direttiva 2003/109/CE[40].

---

[39] Quanto agli accordi europei si vedano, ad esempio, le sentenze della Corte di giustizia del 27 settembre 2001, causa C-63/99, *Gloszczuk*, *Raccolta*, p. I-6369 ss.; causa C-235/99, *Kondova*, *ivi*, p. I-6427 ss.; causa C-257/99, *Barkoci* e *Malik*, *ivi*, p. I-6557 ss. Con riferimento invece all'Accordo con la Turchia la Corte ha sostenuto una posizione analoga nella sentenza dell'11 maggio 2000, causa C-37/98, *Savas*, *ivi*, p. I-2927 ss., punto 62. Al contrario, la Corte si è occasionalmente mostrata incline a trascurare lievi elementi di irregolarità quale ad esempio l'assenza per un breve periodo di tempo di un valido permesso di soggiorno o di lavoro come nella sentenza del 30 settembre 1997, causa C-98/96, *Ertanir*, *ivi*, p. I-5179 ss., punto 68.

[40] La citata direttiva 2003/109/CE, definendo una disciplina uniforme delle condizioni sostanziali e procedurali per il conseguimento da parte dei cittadini extracomunitari dello *status* di soggiornante di lungo periodo nell'Unione, contribuisce a mitigare le conseguenze negative che discendono dalla temporaneità dei normali permessi di soggiorno concessi dagli ordinamenti nazionali (di volta in volta rinnovabili).

Nella prima ipotesi, dove a venire in rilievo è il vincolo personale con un cittadino di uno Stato membro della Comunità, l'assicurazione della parità di trattamento dei familiari extracomunitari di cittadini dell'UE rispetto ai nazionali dello Stato ospite di cui all'art. 24, par. 1, direttiva 2004/38/CE[41] deriva dalla chiara volontà di facilitare l'esercizio della libertà di circolazione da parte dei cittadini UE nel rispetto della vita familiare. Al contrario, ove il vincolo familiare sia presente con un cittadino anch'esso extracomunitario (non legato da vincolo di associazione, né residente di lungo periodo che beneficia del regime di parità di trattamento di cui all'art. 11 direttiva 2003/109/CE di cui di dirà fra breve), il cittadino proveniente da un Paese terzo non beneficia, come prevedeva l'art. 12 della versione originaria della proposta di direttiva 2003/86/CE, "allo stesso titolo dei cittadini dell'Unione", di un diritto (a) all'accesso all'istruzione, (b) all'accesso ad un'attività lavorativa e (c) all'accesso all'orientamento, alla formazione, al perfezionamento e all'aggiornamento professionale[42]; ma ne beneficia meramente "al pari del soggiornante", cioè del cittadino proveniente da Paesi terzi. Lo stesso art. 14 direttiva 2003/86/CE prevede inoltre *in peius* la possibilità per gli Stati di definire anche le condizioni in base alle quali i familiari extracomunitari di cittadini extracomunitari possano esercitare un'attività lavorativa dipendente o autonoma.

Nella seconda ipotesi, dove a rilevare è il legame territoriale con uno degli Stati membri, è allo *status* di soggiornante di lungo periodo – per il cui riconoscimento è indispensabile un soggiorno ininterrotto per cinque anni nel territorio dello Stato membro – che la direttiva 2003/109/CE ricollega il riconoscimento della parità di trattamento[43]. Il requisito richiesto quale presupposto e condizione

[41] Rientrano nella nozione di familiari ai sensi della direttiva in parola: il coniuge come pure il "partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione, un'unione registrata sulla base di una legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante" (è evidente l'eco della sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 1986, causa 59/85, *Reed*, *Raccolta*, p. 1283 ss., anche se la direttiva prevede altresì all'art. 3, par. 2, lett. b, l'onere per gli Stati di "agevolare" l'ingresso altresì del partner con cui il cittadino UE abbia "un'unione stabile debitamente attestata"); i figli del cittadino dell'Unione o del suo coniuge se minori di anni 21 e a carico, nonché gli ascendenti del cittadino UE e del suo coniuge.

[42] Proposta di direttiva del Consiglio relativa al ricongiungimento familiare, COM(1999)638 def., cit.

[43] Sono, tuttavia, segnatamente esclusi dal novero dei beneficiari della direttiva: coloro che soggiornino nello Stato a titolo temporaneo o per motivi di studio o di formazione professionale; ovvero a titolo di protezione temporanea o sussidiaria (o siano in attesa dell'autorizzazione al soggiorno a tale titolo); come sopra già ricordato, i rifugiati o coloro che abbiano presentato domanda per il riconoscimento di tale *status* ma siano in attesa di una decisione definitiva circa la loro domanda; nonché coloro che godono di uno *status* giuridico previsto dalla Convenzione di Vienna del 1961 sulle relazioni diplomatiche, dalla Convenzione di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari, dalla Convenzione di Vienna del 1969 sulle missioni speciali o dalla Convenzione di Vienna del 1975 sulla rappresentanza degli Stati nelle loro relazioni con organizzazioni internazionale di carattere universale.

per la fruizione della parità risulta però di non facile soddisfazione se si considera anche come non sia affatto chiarito dalla direttiva se sia necessaria una certificazione dello Stato del riconoscimento dello *status* in parola, ovvero se possa considerarsi sufficiente la soddisfazione materiale dei requisiti sostanziali previsti dalla direttiva stessa. Per coloro i quali ottemperano alla suddetta condizione, l'art. 11 prevede una parità di trattamento con i cittadini nazionali quanto: alle agevolazioni fiscali; all'accesso a beni e servizi a disposizione del pubblico e all'erogazione degli stessi; alla procedura per l'ottenimento di un alloggio; alla libertà d'associazione, adesione e partecipazione a organizzazioni di lavoratori o datori di lavoro o a qualunque organizzazione professionale di categoria, compresi i vantaggi che ne derivano; nonché il libero accesso a tutto il territorio dello Stato membro interessato[44]. A fronte di una previsione formale di uguaglianza, la stessa normativa ammette la possibilità per le legislazioni nazionali di limitare alle "prestazioni essenziali" la parità di trattamento in materia di assistenza sociale e protezione sociale[45], ma non anche in materia di sicurezza sociale[46];

[44] La disposizione, per questa parte essendo chiara, precisa ed incondizionata, è dotata di efficacia diretta. Nello stesso senso dell'invocabilità della disposizione direttamente davanti ai giudici nazionali si veda anche, per tutti, P. J. Slot, M. Bulterman, *Harmonization of Legislation on Migrating EU Citizens and Third Country Nationals: Towards a Uniform Evaluation Framework?*, in *Fordham ILJ*, 2006, p. 747. Non è altrettanto inequivocabile, tuttavia, chi possa concretamente invocare la norma davanti ai giudici nazionali. La direttiva, infatti, non chiarisce se occorra il possesso di una certificazione da parte dello Stato del fatto che sia trascorso il quinquennio, ovvero possa ritenersi sufficiente la soddisfazione dei requisiti sostanziali che la norma prevede.

[45] Si noti che la nozione di prestazioni essenziali si trova nel preambolo della direttiva dove, il 13° "considerando", specifica che, con riferimento all'assistenza sociale, la possibilità di limitare le prestazioni per soggiornanti di lungo periodo a quelle essenziali deve intendersi nel senso che queste ultime comprendono almeno un sostegno di reddito minimo, l'assistenza in caso di malattia, di gravidanza, l'assistenza parentale e l'assistenza a lungo termine. Le modalità di concessione di queste prestazioni dovrebbero essere determinate dalla legislazione nazionale. Il fatto che si rimetta la determinazione alla legislazione nazionale non comporta, tuttavia, il potere dello Stato ospitante di negare il diritto alla parità di trattamento quanto alle prestazioni essenziali. Il tenore dell'affermazione trova conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo ai diritti previsti in accordi di associazione tra cui v. le sentenze *Pokrzeptowicz-Meyer*, cit., e dell'8 maggio 2003, causa C-171/01, *Birklite*, *Raccolta*, p. I-4301 ss.

[46] Ciò anche in considerazione del fatto che l'art. 14, par. 6, lascia impregiudicata la pertinente normativa comunitaria in materia di sicurezza sociale concernente i cittadini di Paesi terzi. Si applica in particolare ai cittadini extracomunitari che circolano nel territorio dell'Unione il regolamento (CE) n. 859/2003 del Consiglio, del 14 maggio 2003, *GUUE* L 124, 20 maggio 2003, p. 1 ss. Al contrario, non è stato ancora raggiunto un accordo su un progetto di regolamento destinato a garantire ai cittadini di Paesi terzi che soggiornano legalmente nell'UE e si trovano in una situazione transfrontaliera l'applicazione delle stesse regole di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale che si applicano ai cittadini europei. Secondo il comunicato stampa del Consiglio dell'Unione europea (2947ª sessione dell'8-9 giugno 2009, doc. 9721/2/09 REV 2 Presse 124), le ultime due questioni in sospeso circa l'estendibilità del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e Consiglio, del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, *ivi* L 166, 30 aprile 2004, p. 1 ss., anche ai cittadini di Stati terzi riguarderebbero proprio il principio della parità di trattamento e la possibilità di trasferimento delle pensioni verso Paesi terzi.

così come apporre riserve in favore dei propri cittadini, dei cittadini comunitari o dello Spazio economico europeo quanto all'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma; alle condizioni di assunzione ovvero di lavoro, ivi comprese quelle di licenziamento e di retribuzione[47]. Quanto poi all'istruzione e formazione professionale, è ammessa la possibilità per gli ordinamenti nazionali di condizionarne l'accesso alla prova del possesso di adeguate conoscenze linguistiche[48], così come l'accesso all'università è subordinato all'adempimento di specifiche condizioni riguardanti la formazione scolastica[49], e il riconoscimento di diplomi, certificati e altri titoli professionali dei cittadini extracomunitari – diversamente da quanto accade per i cittadini dell'Unione cui si applica la procedura comunitaria di riconoscimento – deve avvenire secondo le procedure nazionali applicabili.

Analoghe differenziazioni nel trattamento degli stranieri extracomunitari di lunga durata rispetto ai cittadini dell'Unione si riscontrano per quanto concerne (a) l'allontanamento dal territorio e (b) il diritto di soggiornare, per un periodo superiore a tre mesi, nel territorio di qualsiasi Stato membro diverso da quello che ha conferito lo *status* di soggiornante di lungo periodo, purché soddisfatte le condizioni stabilite nel capo III della direttiva. In quest'ultima ipotesi, pur essendo la mobilità formulata in termini di "diritto di soggiornare in uno Stato diverso" da quello che ha conferito lo *status* di residente di lungo periodo, essa non pare configurarsi in concreto quale vero e proprio "diritto", quanto piuttosto in termini di mera aspettativa. Le condizioni che gli Stati sono legittimati ad apporvi incidono, infatti, più che sull'esercizio del diritto, sul diritto stesso, il quale si sostanzia nella normativa di attuazione rimessa agli Stati, senza discendere, invece, dalla direttiva comunitaria che non è in questa parte produttiva di efficacia diretta[50]. Inoltre, tra le condizioni per la fruizione del diritto alla mobi-

[47] Anche per i familiari che abbiano esercitato il diritto al ricongiungimento di cui alla direttiva 2003/86/CE, cit., dalla direttiva in esame discende un "diritto di accesso ad un'attività lavorativa dipendente o autonoma" limitabile anch'esso dagli Stati, unicamente ad alcune categorie di familiari (l'art. 4, par. 2, lo prevede solo per gli ascendenti diretti di primo grado e i figli maggiorenni non coniugati), nonché nel suo contenuto, essendo lasciato agli Stati il poter di individuarne le condizioni. La valutazione della situazione del mercato del lavoro nazionale prima dell'autorizzazione ai familiari ad esercitare l'attività dipendente o autonoma, tuttavia, si prevede che non possa in tal caso eccedere i 12 mesi (art. 14, par. 2).

[48] Art. 11, par. 3, direttiva 2003/109/CE.

[49] Art. 11, par. 3, lett. b), direttiva 2003/109/CE.

[50] In particolare, sebbene l'art. 14 conferisca agli stranieri la possibilità di esercitare la mobilità al fine di svolgere un'attività economica, in qualità di lavoratori subordinati o autonomi, ovvero per frequentare corsi di studio o di formazione professionale o per altri scopi, gli Stati possono, infatti, limitare il numero totale di persone capaci di rivendicare tale diritto, nonché la portata del diritto stesso. Segnatamente, a seguito di un esame della situazione dei rispettivi mercati del lavoro, gli Stati possono applicare le procedure nazionali relative alla copertura di un posto vacante, ovvero all'esercizio di attività economiche in qualità di lavoratore autonomo o dipendente (art. 14, par. 3); privilegiare altri soggetti, conformemente alla legislazione comunitaria od anche nazionale; stabilire un accesso limitato, alle condizioni previste dalla legislazione nazionale, e per un periodo non superiore a dodici mesi, ad attività lavorative subordinate, diverse da quelle per le quali

lità e degli altri diritti riconnessi ad un permesso di soggiorno permanente, l'art. 5, par. 2, impone, in aggiunta ai requisiti normalmente richiesti ai cittadini comunitari (cioè la prova della dotazione di un'assicurazione sanitaria e di risorse economiche sufficienti per il sostentamento rispettivamente proprio e dei familiari), anche la soddisfazione delle condizioni di integrazione richieste dalla legislazione nazionale dello Stato di stabilimento. Il fatto che la direttiva non specifichi tali condizioni di integrazione dovrebbe portare – secondo un'interpretazione della disposizione alla luce del principio di non discriminazione – a riconoscere la sola piena legittimità di quelle "minime"; così come a fronte del silenzio della direttiva sul punto, quanto meno un'uguaglianza nell'accesso al lavoro ancor prima di esercitare la mobilità (dunque nella ricerca dello stesso) dovrebbe essere riconosciuta[51].

Tornando invece alla tutela contro le misure di allontanamento dal territorio, la direttiva subordina l'espulsione dei cittadini extracomunitari residenti di lungo periodo al fatto che rappresentino una minaccia effettiva e sufficientemente grave per l'ordine pubblico o la pubblica sicurezza, tenuto conto – sulla falsariga dei criteri previsti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali – unicamente (a) della durata del soggiorno nel territorio; (b) dell'età dell'interessato; (c) delle conseguenze per l'interessato e per i suoi familiari; (d) dei vincoli con il Paese di soggiorno ovvero l'assenza di vincoli con il Paese d'origine. Non si prevede, invece, che debbano essere considerati (come nel caso in cui l'allontanamento riguardi un cittadino comunitario migrante) lo stato di salute, la situazione economica e l'integrazione sociale e culturale nel territorio ospitante. Ora, un'interpretazione della norma che tenga però debitamente conto del principio generale di non discriminazione dovrebbe indurre quanto meno ad una presa in conto anche dello stato di salute con riferimento alla necessità di misure di profilassi generale, nonché del livello di integrazione del migrante. Infatti, quanto più si protrae la durata del suo "lungo periodo" di soggiorno, tanto più le situazioni dei "migranti", cittadini di altri Stati membri o di Stati terzi che siano, finiscono per avvicinarsi.

---

gli stranieri hanno ottenuto il permesso di soggiorno (art. 21, par. 2). Inoltre spetta agli Stati (conformemente alla legislazione interna) la definizione delle condizioni di accesso all'attività lavorativa subordinata o autonoma che lo straniero voglia esercitare e la previsione di normative specifiche per i lavoratori stagionali o transfrontalieri (art. 14, par. 5).

[51] In questo senso già S. Peers, *Implementing Equality? The Directive on Long Term Resident Third Country Nationals*, in *ELR*, 2004, p. 437 ss., che lo ha sostenuto sulla base di una diversa motivazione: "the Directive's objectives of ensuring equality, mobility and integration (into the Community, rather than a single Member State) would obviously also be enhanced by interpreting the Directive to require equal access to employment or other activity in the second Member State. Moreover, the text of Art. 14 gives Member States so many express possibilities for Member States to limit movement that it is entirely reasonable to apply *a contrario* reasoning to conclude that unless one of these express exceptions applies, long-term residents enjoy equal treatment as regards the initial take-up of employment, self-employment or non-economic activities in the second Member State".

**6.** Diversamente dai cittadini extracomunitari familiari di cittadini UE ovvero residenti di lungo periodo, coloro che si trovano in condizioni di residenza maggiormente precarie non beneficiano affatto o beneficiano di forme assai più attenuate di non discriminazione. I lavoratori migranti che, ad esempio, non abbiano acquisito lo *status* di residente di lungo periodo e che non rientrino neppure nella condizione dello studente o di familiare ricongiunto sono sprovvisti di qualsivoglia forma di protezione contro la discriminazione sulla base della nazionalità che non sia derivabile da un accordo di associazione stipulato dall'Unione con uno Stato terzo.

D'altro lato, i richiedenti asilo possono essere esclusi da qualsiasi accesso al lavoro per un anno e sono comunque soggetti al regime di priorità che, per ragioni legate alle politiche del mercato del lavoro, gli Stati membri possono decidere in favore dei cittadini dell'UE e degli Stati parti dell'Accordo sullo Spazio economico europeo[52]. Solo per i minori, figli dei richiedenti asilo – analogamente a quanto previsto dall'art. 14 direttiva 2001/55/CE per coloro cui sia accordata la protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati – è, invece previsto un diritto di accesso all'educazione (eventualmente circoscrivibile da parte degli Stati al solo sistema educativo pubblico) al pari dei cittadini nazionali dello Stato ospite. È solo nel momento in cui la domanda di asilo venga accolta e sia così acquisito lo *status* di rifugiato che la direttiva 2004/83/CE accorda loro una piena parità di trattamento rispetto ai nazionali quanto all'accesso all'occupazione; all'istruzione dei minori e al riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli stranieri[53]; all'assistenza sanitaria e sociale nonché alla "formazione occupazione per adulti, formazione professionale e tirocinio sul luogo di lavoro", che devono essere loro offerte dagli Stati "a condizioni equivalenti" a quelle previste per i cittadini nazionali. Analogamente, la direttiva 2004/83/CE sancisce l'applicabilità della normativa vigente negli Stati membri in materia di retribuzione, di accesso ai regimi di sicurezza sociale connessa all'attività di lavoro dipendente o autonomo, nonché di ogni altra condizione di lavoro[54]. Al contrario, per quanto concerne l'istruzione superiore e l'aggiornamento e perfezionamento professionale, come pure il diritto all'alloggio[55], ed alla libera circolazione e soggiorno nel territorio dello Stato di accoglienza[56], la parità di trattamento sancita dalla direttiva (tanto con riferimento ai rifugiati che ai beneficiari della protezione sussidiaria) non è rispetto ai cittadini nazionali, bensì agli altri cittadini di Stati terzi che siano regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato ospite[57].

Nella diversa ipotesi in cui l'esito della domanda di una protezione *lato sensu* internazionale approdi, invece, al riconoscimento della protezione sussi-

52 Art. 11, par. 4, direttiva 2003/9/CE.
53 Art. 27, paragrafi 1 e 3, direttiva 2004/83/CE.
54 Art. 26, par. 5, direttiva 2004/83/CE.
55 Art. 31 direttiva 2004/83/CE.
56 Art. 32 direttiva 2004/83/CE.
57 Art. 27, par. 2, direttiva 2004/83/CE.

diaria, la parità di trattamento rispetto ai nazionali non è piena, se non con riferimento all'istruzione dei minori e, nell'ambito dell'istruzione superiore, quanto al riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli stranieri[58]. L'assistenza sociale[59] e sanitaria (anche con riguardo a soggetti particolarmente bisognosi)[60], infatti, possono essere discrezionalmente ristrette dagli Stati alle sole prestazioni essenziali[61].

**7.** Dall'esame sin qui condotto è chiaramente emerso come in determinati settori il diritto comunitario derivato abbia sancito l'applicazione del principio di non discriminazione anche con riferimento ai cittadini extracomunitari. Il fatto che il principio non si presenti però con contorni assoluti in qualsivoglia degli ambiti trattati non può qualificarsi, *prima facie*, di per sé, quale violazione della clausola generale di non discriminazione sulla base della nazionalità. Da un lato, infatti, le stesse conclusioni del Consiglio di Tampere non chiedevano la promozione della parità di trattamento dei cittadini extracomunitari rispetto ai cittadini dell'Unione, ma solo un ravvicinamento del loro *status* giuridico[62]. D'altro lato, la giurisprudenza comunitaria ha da sempre interpretato il divieto di discriminazione quale divieto di trattare in modo diverso solo situazioni simili (qualificazione difficilmente proponibile per le categorie dei cittadini dell'Unione e quelli di Stati terzi sia pure residenti di lungo periodo in uno degli Stati membri dell'UE) e sempre che ciò non sia giustificato da situazioni obiettive[63]. Tra l'altro, è stata espressamente affermata l'inesistenza di un principio generale di non discriminazione che imponga un trattamento uguale anche per i Paesi terzi[64].

Analogamente, anche sul piano internazionale, l'art. 1, par. 3, della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale fa salve le disposizioni legislative degli Stati parti alla Convenzione che si riferiscono alla nazionalità, cittadinanza o naturalizzazione – a condizione che però non si rivelino discriminatorie nei confronti di una determinata nazionalità – e, per restare nell'ambito europeo, lo stesso Protocollo n. 12 allegato alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà

58 Art. 27, paragrafi 2 e 3, direttiva 2004/83/CE.

59 Art. 28 direttiva 2004/83/CE.

60 Art. 29 direttiva 2004/83/CE.

61 Detto sostanziale contrasto nella tutela delle diverse categorie di stranieri alla ricerca di protezione internazionale nel territorio dell'Unione europea è stato risolto in favore di una più assoluta applicazione del principio di non discriminazione, nella proposta di riforma della direttiva del dicembre 2009 grazie all'allineamento del livello contenutistico dei diritti riconosciuti ai rifugiati e beneficiari di protezione sussidiaria. Si vedano, in particolare, gli emendamenti al capitolo VII della proposta della Commissione, del 21 ottobre 2009, di riforma della c.d. direttiva "qualifiche", COM(2009)551 def.

62 Punti 18 e 21 di dette conclusioni.

63 Si veda, tra le molte altre, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 giugno 1989, causa 167/88, *Association générale des producteurs de blé*, *Raccolta*, p. 1653 ss., punto 23, e le relative conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro dell'11 maggio 1989, punto 8.

64 In tal senso si veda la sentenza della Corte di giustizia del 28 ottobre 1982, causa 52/81, *Faust*, *Raccolta*, p. 3745 ss., punto 25.

fondamentali non preclude qualsivoglia ragionevole e giustificata deviazione dal principio di eguaglianza nell'area della politica di immigrazione[65]. D'altronde, la stessa giurisprudenza di Strasburgo aveva ammesso deroghe alla clausola generale di non discriminazione purché basate su giustificazioni obiettive, nonché strettamente necessarie alla realizzazione dell'obiettivo legittimo che lo giustifica[66]. Più specificamente, proprio con riferimento alle differenze tra cittadini comunitari e non, la Corte europea dei diritti dell'uomo non ha mancato di ritenerle ragionevoli, proprio nell'area della politica di immigrazione, trovandosi di fronte a un contesto di integrazione regionale, dove a dettarle sono la "specificità dell'ordinamento comunitario"[67] e "la creazione di una cittadinanza dell'Unione europea"[68].

Dal fatto che comunque il principio generale di non discriminazione sulla base della nazionalità abbia trovato una sua affermazione – sia pure con i limiti sopra ricordati – nel diritto comunitario derivato sembra potersi far discendere un'estensione del campo di applicazione dell'art. 18 TFUE. Ciò attraverso una lettura della normativa derivata esaminata quale rientrante "nell'ambito di applicazione del Trattato" che determina il campo di applicazione *ratione materiae* dell'art. 18 TFUE. Avalla una lettura siffatta anche una recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazione sulla base dell'età che ha chiarito espressamente se anche questioni regolamentate dal diritto comunitario derivato debbano essere fatte rientrare nell'ambito di applicazione del Trattato. In particolare, nel caso *Kücükdeveci* veniva richiesto alla Corte se una normativa nazionale come quella controversa nella causa principale – la quale prevedeva che i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del suo venticinquesimo anno di età non fossero presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento – costituisse una disparità di trattamento in base all'età vietata dal diritto dell'Unione, in particolare dal diritto primario o dalla direttiva 2000/78/CE. La Corte ha dapprima dichiarato che non è la direttiva a sancire il principio della parità di trattamento in materia di occu-

---

65 Infatti, nell'Explanatory Report del Protocollo in parola si afferma che "since not every distinction or difference of treatment amounts to discrimination, and because of the general character of the principle of non-discrimination, it was not considered necessary or appropriate to include a restriction clause in the present Protocol. For example, the law of most if not all Member States of the Council of Europe provides for certain distinctions based on nationality concerning certain rights or entitlements to benefits", così come che "distinctions for which an objective and reasonable justification exists do not constitute discrimination". Si rinvia più diffusamente allo Steering Committee for Human Rights, Explanatory Report on Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (June 26, 2000), punto 19 (www.conventions.coe.int, reperibile *on line*).

66 Sull'opportunità di un controllo più rigoroso degli elementi di valutazione delle deroghe si vedano J. Gerards, *Intensity of Judicial Review in Equal Treatment Cases*, in *NILR*, 2004, p. 135 ss.; O. M. Arnadottir, *L'égalité et la non-discrimination dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, La Haye, 2003, p. 265 ss.

67 Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 26 febbraio 2004, *Natchova and Others* c. *Bulgaria*, e *C. (Chorfi)* c. *Belgio*.

68 Sentenza *C. (Chorfi)* c. *Belgio*, cit., p. 915.

pazione e di lavoro, trovando il principio la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, e costituendo lo stesso un principio generale del diritto dell'Unione altresì richiamato all'art. 21, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali. Conseguentemente ha affermato che la direttiva ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età. E, per quel che interessa ai nostri fini, ha ricollegato all'adozione della direttiva (e al fatto che il termine per la sua attuazione fosse scaduto nel momento in cui i fatti della controversia si erano verificati) l'importante conseguenza di poter far rientrare la fattispecie in discussione "nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"[69].

Se, dunque, l'ambito di applicazione del Trattato riguarda e comprende anche questioni disciplinate dal diritto comunitario derivato, l'adozione di una serie di direttive aventi ad oggetto la regolamentazione di determinati ambiti e fattispecie con riferimento ai cittadini extracomunitari porta necessariamente a comprendere il loro trattamento "nell'ambito di applicazione del Trattato", con conseguente estensione anche ad essi dell'applicazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità di cui all'art. 18 TFUE. Poiché nella causa *Kücükdeveci* la normativa di diritto derivato che ha portato all'applicabilità alla fattispecie controversa del principio di non discriminazione sulla base dell'età è stata, tuttavia, una norma che aveva come base giuridica l'allora art. 13 TCE (ora 19 TFUE), e cioè la clausola orizzontale di non discriminazione, potrebbe ipotizzarsi di dover restringere l'ipotesi di estensione dell'applicazione della disposizione di cui all'art. 18 TFUE alle sole fattispecie attratte nell'ambito di applicazione del Trattato da una norma di diritto comunitario derivato che abbia quale base giuridica, tra le altre, l'art. 18 TFUE[70]. Tuttavia, alla luce della portata estensiva e teleologica che la Corte di norma tende a dare alle disposizioni del Trattato, al fine di potersi vedere più genericamente estesa l'applicazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità ai cittadini extracomunitari, sembra potersi ritenere sufficiente che la normativa derivata preveda invece più semplicemente al suo interno la parità di trattamento per i cittadini extracomunitari individuandone il contenuto specifico.

[69] La Corte ricorda infatti come "affinché il principio di non discriminazione in base all'età possa applicarsi in una fattispecie come quella di cui alla causa principale, è anche necessario che tale fattispecie rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione" (punto 23), per chiarire incontestabilmente che la scadenza del termine di trasposizione della direttiva "ha avuto l'effetto di far entrare nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione la normativa nazionale di cui trattasi nella causa principale che affronta una materia disciplinata dalla stessa direttiva, vale a dire, nella fattispecie, le condizioni di licenziamento" (punto 25).

[70] In definitiva sarebbe così ipotizzabile un'unica estensione del principio di cui all'art. 18 TFUE ai familiari extracomunitari dei cittadini comunitari: l'art. 12 TCE risultava infatti una delle basi giuridiche della sola direttiva 2004/38/CE che prevede unicamente per questi cittadini provenienti da Paesi terzi la parità di trattamento con i cittadini nazionali.

# Abstract

## Non-Discrimination Principle and Non-EU Citizens

Sine every kind of discrimination is antithetical to the European integration process, the principle of non-discrimination is deeply embedded in European Union law. Indeed, a large body of non-discrimination law has been developed by both legislative bodies and the European Court of Justice (ECJ). The principle of non-discrimination and/or equality of treatment emerged as a general principle of Community law and, within this concept, as a fundamental right in Community law, extending its reach to many areas where Community law applied. This article first examines the underlying sources for an antidiscrimination concept in Community law and then moves on to analyze how the antidiscrimination concept has developed and has been used to render stability to third country nationals. In particular, it explores the possibility of the application of the principle – under which bases and to what extent – not only to those who are legally residing in the Community and their family but also to the vulnerable third country nationals who are looking for international protection in the Member States.

# Note e Commenti

Mariacristina Bottino

# Il diritto di accesso agli atti di causa. Il caso *API*

Sommario: 1. Democrazia, trasparenza e diritto di accesso ai documenti nell'ordinamento dell'Unione europea. – 2. I fatti all'origine della controversia e le argomentazioni di ricorrente e convenuta nel procedimento di primo grado. – 3. La sentenza del Tribunale e la tutela del corretto svolgimento della procedura giurisdizionale come limite al libero accesso ai documenti. – 4. *Segue*: l'accesso agli atti del procedimento d'infrazione. I limiti del diniego. – 5. Qualche riflessione sulla pronuncia. – 6. La sentenza della Corte e la sottrazione delle memorie di causa alla disciplina del diritto di accesso ai documenti. – 7. Considerazioni conclusive.

**1.** Apparso per la prima volta sulla scena "comunitaria" con il Trattato di Maastricht[1], il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni[2] trova oggi la sua

[1] Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993, *GUCE* C 191, 29 luglio 1992, p. 1 ss.

[2] Ampiamente esplorato, il tema dell'accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea ha, sin dalle sue origini, destato l'interesse della dottrina la quale, anche su impulso delle sempre più numerose pronunce giurisprudenziali, vi ha dedicato ampie riflessioni. Sul punto la bibliografia è ormai ampia. In particolare, senza alcuna pretesa di esaustività, si veda D. Curtin, H. Meijers, *Access to European Union Information: An Element of Citizenship and a Neglected Constitutional Right*, in *The European Union and Human Rights*, The Hague-Boston-London, 1995, p. 77 ss.; S. de Bellis, *L'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio dell'Unione Europea*, in *DUE*, 1996, p. 803 ss.; S. Izzo, *Segretezza dei documenti e diritto comunitario*, in *DCSI*, 1997, p. 407 ss.; T. Blanchet, *Transparence et qualité de la législation*, in *RTDE*, 1997, p. 915 ss.; F. Lafay, *L'accès aux documents du Conseil de l'Union: contribution à une problématique de la transparence en droit communautaire*, *ivi*, p. 37 ss.; F. Belaich, *Les obligations de la Commission en matière de transparence, à propos de l'arrêt WWF UK*, in *RMC*, 1998, p. 710 ss.; R. Garofali, *I profili comunitari del diritto di accesso*, in *RIDPC*, 1998, p. 1285 ss.; H. Ragnemalm, *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, II, Milano, 1998, p. 809 ss.; P. Dyrberg, *Current Issues in the Debate on Public Access to Documents*, in *ELR*, 1999, p. 157 ss.; P. Pallaro, *Nuove conquiste per il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *DCSI*, 1999, p. 695 ss.; Id., *Il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea tra novità giurisprudenziali e prospettive legislative*, in *RIDPC*, 2000, p. 1313 ss.; Id., *Diritto di accesso ai documenti pubblici e protezione di informazioni riservate nel diritto comunitario*, in *DCSI*, 2001, p. 435 ss.; R. V. Pastor, *Publicité et accés aux documents officiels dans les institutions de l'Union européenne avant et après le*

più compiuta espressione nell'art. 15 TFUE[3] (già art. 255 TCE[4]) e nel regola-

*traité d'Amsterdam*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, I, Bruxelles, 1999, p. 649 ss.; J. C. Piris, *La transparence dans les institutions communautaires*, in *DUE*, 1999, p. 673 ss.; H. G. Schermers, C. R. A. Swaak, *Public Access to Commission Documents: What about Commission Letters to National Courts?*, in *Mélanges Waelbroeck*, cit., I, p. 553 ss.; D. M. Curtin, *Citizens' fundamental right of access to EU information: an evolving digital Passepartout?*, in *CML Rev.*, 2000, p. 7 ss.; C. Morviducci, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni e Trattato di Amsterdam*, in *RIDPC*, 2000, p. 665 ss.; I. Harden, *Citizenship and Information*, in *EPL*, 2001, n. 7, p. 165 ss.; S. Peers, *The New Regulation on Access to Documents: A Critical Analysis*, in *YEL*, 2001-2002, p. 387 ss.; M. Migliazza, *Il diritto all'informazione nell'Unione europea*, Milano, 2002; A. Rizzo, *Il regolamento (CE) n. 1049/2001 e la "nuova" politica comunitaria della trasparenza*, in *CI*, 2002, p. 87 ss.; A. Santini, *Il nuovo regime giuridico dell'accesso del pubblico ai documenti: la disciplina di attuazione dell'articolo 255 del Trattato CE*, in *DUE*, 2002, p. 443 ss.; Id., *Il principio di trasparenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, Milano, 2004; R. Caranta, *Il diritto di accesso alle informazioni nel diritto europeo*, in *RIDPC*, 2003, p. 870 ss.; M. E. de Leeuw, *The Regulation on Public Access to European Parliament, Council and Commission Documents in the European Union: Are Citizens Better off?*, in *ELR*, 2003, p. 324 ss.; M. Schauss, *L'accès du citoyen aux documents des institutions communautaires*, in *J. trib.*, 2003, p. 1 ss.; J. Heliskoski, P. Leino-Sandberg, *Darkness at the Break of Noon: The Case Law on Regulation no. 1049/2001 on Access to Documents*, in *CML Rev.*, 2006, p. 735 ss.; S. Brisard, *Le droit d'accès aux documents non publiés des institutions communautaires*, in *RMC*, 2007, p. 127 ss.; L. Coudray, *La transparence et l'accès aux documents*, in *Droit administratif européen*, 2007, p. 519 ss.; M. Maes, *L'accès du public aux documents des institutions de la Communauté européenne: vers une révision du règlement (CE) 1049/2001*, in *RDUE*, 2007, p. 411 ss.

[3] L'art. 15 TFUE sancisce: "1. Al fine di promuovere il buon governo e garantire la partecipazione della società civile, le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione operano nel modo più trasparente possibile. 2. Il Parlamento europeo si riunisce in seduta pubblica, così come il Consiglio allorché delibera e vota in relazione ad un progetto di atto legislativo. 3. Qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti delle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, a prescindere dal loro supporto, secondo i principi e alle condizioni da definire a norma del presente paragrafo. I principi generali e le limitazioni a tutela di interessi pubblici o privati applicabili al diritto di accesso ai documenti sono stabiliti mediante regolamenti dal Parlamento europeo e dal Consiglio, che deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria. Ciascuna istituzione, organo od organismo garantisce la trasparenza dei suoi lavori e definisce nel proprio regolamento interno disposizioni specifiche riguardanti l'accesso ai propri documenti, in conformità dei regolamenti di cui al secondo comma. La Corte di giustizia dell'Unione europea, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti sono soggette al presente paragrafo soltanto allorché esercitano funzioni amministrative. Il Parlamento europeo e il Consiglio assicurano la pubblicità dei documenti relativi alle procedure legislative nel rispetto delle condizioni previste dai regolamenti di cui al secondo comma".

[4] Introdotta con il Trattato di Amsterdam, tale disposizione, come noto, riconosceva a qualsiasi cittadino dell'Unione e qualsiasi persona fisica o giuridica che risiedesse o avesse la sede sociale in uno Stato membro, il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione secondo i principi e alle condizioni di cui ai successivi paragrafi 2 e 3 ed oggi definite nel regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, *GUCE* L 145, 31 maggio 2001, p. 43 ss.

mento CE n. 1049/2001[5] che a tali norme ha dato applicazione[6]. Corollario del più generale principio di trasparenza, il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni si impone, infatti, già all'apertura della Conferenza intergovernativa prodromica al Trattato di Maastricht[7], quale garanzia della legittimità democratica dell'azione dell'Unione, nell'intento di rafforzare la fiducia dei cittadini verso quel processo di integrazione che, sin dalla sua genesi, mostra evidenti i segni di un sofferto *deficit* democratico[8].

---

5 Tale regolamento disciplina al suo art. 4 il regime delle eccezioni al libero accesso ai documenti prevedendo, tra l'altro, che le istituzioni possano rifiutare l'accesso a un documento la cui divulgazione arrechi pregiudizio alla tutela delle procedure giurisdizionali ed agli obiettivi delle attività di indagine salvo che vi sia un interesse pubblico prevalente sulla divulgazione. Per un commento alla disciplina delineata dal regolamento, vedi M. Migliazza, *op. cit.*; R. V. Pastor, *op. cit.*; S. Peers, *op. cit.*; A. Rizzo, *op. cit.*, p. 87; M. E. de Leeuw, *op. cit.*; M. Schauss, *op. cit.*; J. Heliskoski, P. Leino-Sandberg, *op. cit*.

6 In dottrina ripercorrono in modo più dettagliato le tappe essenziali della progressiva affermazione del diritto di accesso ai documenti a livello europeo M. Migliazza, *op. cit.*; C. Morviducci, *op. cit.*; M. E. de Leeuw, *op. cit.*, p. 324; S. Peers, *op. cit.*; A. Santini, *Il nuovo regime*, cit.; Id., *Il principio di trasparenza*, cit. Per una sintetica e puntuale ricostruzione dell'itinerario evolutivo del diritto di accesso si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 18 luglio 2007, causa C-64/05 P, *Regno di Svezia* c. *Commissione* e *a*., successivamente definita con sentenza dalla Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, *Raccolta*, p. I-11389 ss.

7 Invero, già prima della firma del Trattato di Maastricht, le istituzioni europee si erano occupate di accesso ai documenti, sia pure limitatamente ad alcuni settori specifici quali l'accesso al pubblico degli archivi storici della CEE e dell'Euratom disciplinato con regolamento (CEE, Euratom) n. 354/83 del Consiglio, del 1° febbraio 1983, che rende accessibili al pubblico gli archivi storici della Comunità economica europea e della Comunità europea dell'energia atomica, *GUCE* L 43, 15 febbraio 1983, p. 1 ss., ed il diritto all'informazione in materia ambientale oggetto della direttiva 90/313/CEE del Consiglio, del 7 giugno 1990, concernente la libertà di accesso all'informazione in materia di ambiente, *ivi* L 158, 23 giugno 1990, p. 56 ss., oggi sostituita dalla direttiva 2003/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, sull'accesso del pubblico all'informazione ambientale, *GUUE* L 41, 14 febbraio 2003, p. 26 ss. In merito al regolamento 354/83 si veda A. Forrest, *Naissance des archives historiques des Communautés européennes*, in *RMC*, 1983, p. 466 ss. Per un commento alla direttiva 90/313/CEE, con particolare riferimento alla sua mancata tempestiva trasposizione nell'ordinamento italiano, si veda invece M. Montini, *Il diritto di accesso all'informazione in materia ambientale: la mancata attuazione della direttiva CE 90/313*, in *Riv. giur. amb.*, 1997, p. 325 ss.

8 La finalità marcatamente economica che segna l'orizzonte dell'esperienza "comunitaria" al suo sorgere sembra spiegare, almeno in parte, la carenza di democraticità da cui la stessa è affetta. Carenza avvertita con sempre maggiore disagio quanto più si vengono ad ampliare le competenze dell'allora Comunità europea e diviene più incisivo l'effetto del diritto dell'Unione sulle posizioni giuridiche dei singoli. Un processo di progressivo assorbimento di elementi di democraticità è stato tuttavia avviato dalla Corte di giustizia al cui ruolo di avanguardia ha poi fatto seguito l'intervento delle altre istituzioni tradottosi nella messa a punto di soluzioni normative volte a colmare l'assenza di democraticità nell'Unione. Tra questi la disciplina del diritto di accesso che, benché non sufficiente da sola ad assicurare un'effettiva apertura dell'Unione nei confronti dei cittadini, ne è, tuttavia, componente necessaria. In merito al ruolo che la Corte di giustizia ha giocato nel favorire l'assorbimento di elementi di democrazia in ambito "comunitario" si veda: G. F. Mancini, *Il contributo della Corte di giustizia allo sviluppo della democrazia nella Comunità*, in *RDE*, 1993, p. 713 ss. Per qualche rilievo in merito al tanto tormentato tema del *deficit* democratico cfr., *ex multis*, C. Blaumann, *Citoyenneté et déficit démocratique*, in *La Citoyenneté eu-*

Ed invero, la forte accelerazione impressa, nel volgere di pochi anni, all'evoluzione normativa del diritto di accesso agli atti si spiega proprio alla luce dell'intima connessione tra quest'ultimo ed il principio democratico[9].

Le difficoltà di progressione dell'esperienza comunitaria[10] che, al di là delle enunciazioni di principio, sembrava procedere alla deriva, fecero maturare l'urgenza di una maggiore trasparenza del processo decisionale delle istituzioni[11], favorendo l'emergere del diritto di accesso quale principio fondamentale dell'ordinamento dell'Unione.

Così, per lungo tempo estraneo a tale ordinamento, il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni trova la sua prima consacrazione nella dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Maastricht, nella quale, come noto, la Conferenza intergovernativa, dopo aver sottolineato come la trasparenza del processo decisionale concorra a rafforzare il carattere democratico delle istituzioni nonché la fiducia del pubblico nei confronti delle amministrazioni, raccomandava alla Commissione di presentare al Consiglio, entro il 1993, una relazione sulle

---

*ropéenne*, Lyon-Montreal, 2000, p. 227 ss.; G. Napoletano, *Il "deficit democratico dell'Unione": formula desueta o problema ineludibile?*, in *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma, 2002, p. 1 ss.; C. Franck, *Le déficit démocratique: une notion en débat*, in *Mélanges en Hommage à Jean-Victor Louis*, I, Bruxelles, 2003, p. 175 ss.; C. Pinelli, *Che fine ha fatto il* deficit *democratico?*, in S. Gambino (a cura di), *Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, costituzioni nazionali, diritti fondamentali*, Milano, 2006, p. 255 ss.

9 Il rapporto di stretta interdipendenza tra i principi di accesso ai documenti e di trasparenza da un lato ed il principio democratico dall'altro, è oggetto di approfondite riflessioni in dottrina già all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht. Sul punto si veda, tra i tanti, J. C. Piris, *Dopo Maastricht, le Istituzioni sono divenute più efficaci, più democratiche, più trasparenti?*, in *RDE*, 1994, p. 3 ss.; Id., *La transparence dans les institutions communautaires*, in *DUE*, 1999, p. 673 ss.; H. Ragnemalm, *Démocratie et transparence: sur le droit général d'accès des citoyens de l'Union européenne aux documents détenus par les institutions communautaires*, in *Scritti Mancini*, cit., II, p. 809 ss.; C. Lequesne, *La transparence, vice ou vertu des démocraties?*, in *La transparence dans l'Union européenne: mythe ou principe juridique?*, Paris, 1998, p. 11 ss.; nonché N. Moussis, *La construction européenne et la citoyenneté: déficit démocratique ou déficit d'information?*, in *RMC*, 2000, p. 153 ss. Sul binomio trasparenza e democrazia si sofferma anche l'Avvocato generale Poiares Maduro nelle citate conclusioni *Regno di Svezia* c. *Commissione* e *a*., laddove, con intento dichiaratamente provocatorio, ne offre una lettura piuttosto originale chiedendosi se il rapporto tra i suddetti principi non debba essere percepito quale "sintomo di un sentimento generale di sospetto del cittadino nei confronti dei governanti e del sistema democratico rappresentativo" (punto 41).

10 Si allude, in particolare, al *referendum* per la ratifica del Trattato di Maastricht indetto dalla Danimarca nel giugno del 1992 il cui esito, come noto, se rischiò di compromettere seriamente l'entrata in vigore di detto Trattato, fu al contempo l'occasione per una seria presa di coscienza della lontananza delle istituzioni europee dai cittadini alla quale sarebbe stato necessario porre rimedio al più presto.

11 L'importanza di "[u]n alto grado di trasparenza per garantire che l'Unione sia aperta ad un controllo pubblico e renda conto del proprio operato" è stata ribadita anche nel Libro Verde della Commissione, del 3 maggio 2006, iniziativa europea per la trasparenza, COM(2006)194 def. È infatti opinione della Commissione che "un alto grado di trasparenza costituisca parte integrante della legittimità di ogni amministrazione moderna. I cittadini europei hanno il diritto di pretendere delle istituzioni pubbliche efficienti, trasparenti e improntate ad una cultura di servizio".

misure intese ad accrescere l'accesso del pubblico alle informazioni di cui dispongono le istituzioni. Tale dichiarazione, che ha trovato eco nelle conclusioni dei Consigli europei di Birmingham, Edimburgo e Copenaghen del 1992 e 1993, ha segnato gli esordi di un processo evolutivo cadenzato dall'adozione da parte del Consiglio e della Commissione di un "Codice di condotta"[12] a cui hanno fatto seguito le decisioni di adozione e recepimento dello stesso da parte delle medesime istituzioni[13]. Tuttavia, è solo con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam che il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni, fino a quel momento espressione del potere auto-organizzativo di Consiglio e Commissione, è stato assurto in modo esplicito al rango più elevato delle norme dell'Unione, trovando riconoscimento "costituzionale" nell'art. 255 TCE.

Se, dunque, già con le innovazioni del Trattato di Amsterdam[14] poteva dirsi esaurito l'acceso dibattito sorto in merito alla riconducibilità del diritto di accesso al novero dei principi generali di diritto dell'Unione, la scelta, di lì a poco operata dalla Convenzione[15], di collocare all'interno della Carta dei diritti fondamentali dell'UE[16] l'art. 42[17], specificamente dedicato al diritto di accesso ai documenti, "sembra rappresentare un punto di non ritorno verso la configurazione del diritto di accesso come principio"[18] di tale tenore.

---

12 Codice di Condotta relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio e della Commissione, 93/730/CE, *GUCE* L 340, 31 dicembre 1993, p. 41 s.

13 Decisione 93/731/CE del Consiglio, del 20 dicembre 1993, relativa all'accesso del pubblico ai documenti del Consiglio, *ivi*, p. 43 ss.; e decisione 94/90/CECA, CEE, Euratom della Commissione, dell'8 febbraio 1994, relativa all'accesso del pubblico ai documenti della Commissione, *GUCE* L 46, 18 febbraio 1994, p. 58 ss.

14 Sottoscritto il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore dal 1° maggio 1999, *GUCE* C 340, 10 novembre 1997. In merito alle novità che il Trattato di Amsterdam apporta in materia di accesso ai documenti quale declinazione della più generale istanza di trasparenza si veda A. Tizzano, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 46 ss.

15 Trattasi, come noto, di una commissione mista composta da membri delle istituzioni europee (Consiglio, Commissione e Parlamento) e da parlamentari degli Stati membri, cui il Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999, ha espressamente conferito il mandato di redigere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

16 Proclamata a Nizza da Parlamento europeo, Consiglio e Commissione il 7 dicembre del 2000 e adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, *GUUE* C 303, 14 dicembre 2007, p. 1 ss.

17 Sotto la rubrica "Diritto d'accesso ai documenti" tale norma prevede che "[q]ualsiasi cittadino dell'Unione o qualsiasi persona fisica o giuridica che risieda o abbia la sede sociale in uno Stato membro ha il diritto di accedere ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione".

18 In tal senso cfr. R. Bifulco, *Articolo 42*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti: Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 300 ss. Sorto a seguito della pronuncia della sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, causa C-58/94, *Paesi Bassi* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2169 ss., una delle prime e più note sentenze in tema di accesso ai documenti, il dibattito in merito alla natura fondamentale di tale diritto sembra dunque scemare a seguito della sua consacrazione nell'art. 255 TCE (divenuto art. 15 TFUE) e nell'art. 42 della Carta dei diritti fondamentali ed oggi ancor più a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, come noto, assegna alla Carta un valore giuridico equivalente a quello dei Trattati (cfr. art. 6 TUE). Per un esame più puntuale dell'art. 42 della Carta di Nizza, sia pure nella versione di cui al Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa,

L'emergere del diritto di accesso ai documenti delle istituzioni nell'ambito dell'Unione è invero il frutto di un processo di "affermazione graduale"[19] al quale non sono rimasti estranei gli organi giurisdizionali. Al contrario, la disciplina tracciata nel regolamento 1049/2001 è, in verità, il frutto di un continuo dialogo tra istituzioni[20] e giudici dell'Unione, dialogo che ne ha plasmato la portata, smussandone gli angoli e precisandone i confini[21].

---

si veda in particolare J. Ziller, *Article I-50*, in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe, Commentaire Article par Article*, Bruxelles, 2007, p. 653 ss.

19 In questi termini si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza *Paesi Bassi* c. *Consiglio*, cit., punto 36. In particolare, l'affermazione citata ha dato adito al menzionato dibattito dottrinale intorno alla natura del diritto di accesso ai documenti. Dibattito che ha visto contrapporsi quanti hanno colto nell'espressione citata un'implicita affermazione del carattere fondamentale di tale diritto a quanti, invece, vi hanno letto "un'occasione perduta per riconoscere a chiare lettere la generalità del principio di accesso come principio fondamentale". In tal senso si vedano L. Limberti, *La natura giuridica del diritto di accesso resta "sospesa" tra principio democratico e poteri di autorganizzazione delle istituzioni comunitarie*, in *RIDPC*, 1996, p. 1230 ss.; A. Oddenino, *Osservazioni in tema di effettività dell'accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *DPCE*, 1997, p. 1653 ss. Dà conto del dibattito, tra gli altri, A. Santini, *Il nuovo regime*, cit. Ricca di spunti di riflessione, tale sentenza è stata oggetto di numerosi commenti, tra i quali si rinvia a E. Chiti, *Further Developments of Access to Community Information: Kingdom of the Netherlands v. Council of the European Union*, in *EPL*, 1996, p. 563 ss; C. Franchini, *Il diritto di accesso tra l'ordinamento comunitario e quello nazionale*, in *G. dir. amm.*, 1996, p. 824 ss.; e Y. Gautier, in *JDI*, 1997, p. 501 ss.

20 Un ruolo senza dubbio incisivo è stato altresì svolto dal Mediatore europeo il quale, nel passare al vaglio le numerose denuncie dei cittadini europei relative alla violazione del libero accesso ai documenti delle istituzioni, ha compiuto una preziosa opera di sensibilizzazione a favore di un'amministrazione democratica responsabile e trasparente, specie a partire dal 1996, quando, a seguito di un'inchiesta avviata di propria iniziativa (cfr. Rapporto annuale del Mediatore europeo del 1996, p. 87), qualificava come ipotesi di "cattiva amministrazione" il fatto che le istituzioni non adottino o non rendano facilmente accessibili al pubblico norme sull'accesso del pubblico ai documenti. In merito all'impegno assunto dal Mediatore a favore di un effettivo accesso del pubblico ai documenti delle istituzioni dell'Unione europea si veda, *ex multis*, K. C. Bradley, *La transparence de l'Unione européenne: une évidence ou un trompe l'œil?*, in *CDE*, 1999, p. 283 ss.; C. Morviducci, *op. cit.*

21 Volgendo lo sguardo alla giurisprudenza più recente in tema di accesso ai documenti si assiste ad un costante susseguirsi di pronunce con le quali il Tribunale e la Corte di giustizia hanno chiarito e continuano a chiarire alcune disposizioni del regolamento, appuntandosi, in particolare, sulla portata di alcune eccezioni al diritto di accesso. Tali chiarificazioni, se certamente hanno contribuito in misura sensibile a migliorare l'attuazione delle norme esistenti, al contempo sono tese a far crollare quegli steccati che ancora rendono farraginoso l'effettivo esercizio del diritto di accesso ai documenti. Oltre alla sentenza in commento, sono intervenute a precisare i confini delle eccezioni di cui all'art. 4 del regolamento 1049/2001 la sentenza del Tribunale dell'8 novembre 2007, causa T-194/04, *The Bavarian Lager Co. Ltd* c. *Garante europeo della protezione dei dati (GEPD)*, *Raccolta*, p. II-4523 ss., riguardo all'eccezione relativa alla tutela della vita privata di cui all'art. 4, par. 1, lett. b); e la sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-64/05 P, *Regno di Svezia* c. *Commissione*, *ivi*, p. I-11389 ss., relativa all'interpretazione dell'eccezione di cui all'art. 4, par. 5, del regolamento 1049/2001, ai sensi del quale "[u]no Stato membro può chiedere all'istituzione di non comunicare a terzi un documento che provenga da tale Stato senza il suo previo accordo". Più recentemente, con riferimento all'eccezione riguardante la consulenza legale di cui all'art. 4, par. 2, secondo trattino, del regolamento 1049/2001, si veda la

In tale contesto si iscrive la pronuncia della Corte di giustizia resa il 21 settembre 2010[22] sul ricorso proposto avverso la sentenza del Tribunale del 12 settembre 2007[23]. Ed invero, con tali pronunce i giudici dell'Unione tornano sul tema dell'accesso ai documenti delle istituzioni europee chiarendo se, ed eventualmente quando, l'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali e degli obiettivi dell'attività di indagine di cui all'art. 4, par. 2, secondo e terzo trattino del regolamento 1049/2001 possano legittimamente fondare il diniego alla divulgazione di memorie redatte dalla Commissione, in qualità di parte dei procedimenti in cui quelle stesse memorie sono state versate.

Chiamati a pronunciarsi su un tema complesso e delicato, in parte ancora inesplorato, quale quello dell'accesso al documento di causa, Tribunale e Corte elaborano due pronunce la cui parte motiva, solo parzialmente coincidente, è il frutto di un approccio al tema completamente differente. Una lettura "combinata" delle due sentenze pare, dunque, interessante al fine di comprendere la reale portata della soluzione con la quale la Corte chiude la complessa vicenda. Ciò, tuttavia, non senza aver previamente ricordato i fatti all'origine della controversia e ripercorso i tratti salienti della pronuncia resa dai giudici di prime cure. Solo la messa a fuoco dei principali passaggi che scandiscono l'*iter* argomentativo del Tribunale consente, infatti, di cogliere lo scarto tra le due sentenze.

**2.** L'Association de la presse internationale, organizzazione a scopo non lucrativo di giornalisti stranieri operanti in Belgio (API), presentava alla Commissione, ai sensi dell'art. 6 del regolamento 1049/2001, una domanda volta ad ottenere l'accesso alle memorie depositate dalla medesima istituzione

sentenza della Corte di giustizia del 1° luglio 2008, cause riunite C-39 e 52/05 P, *Regno di Svezia* c. *Maurizio Turco*, *ivi*, p. I-4723 ss. Infine, sempre sulla medesima eccezione ma con specifico riguardo all'accesso ai documenti afferenti a procedimenti di controllo degli aiuti di Stato, cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 29 giugno 2010, causa C-139/07 P, *Commissione* c. *Technische Glaswerke Ilmenau GmbH*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

[22] Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 21 settembre 2010, cause riunite C-514, 528 e 532/07 P, *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

[23] Sentenza del Tribunale del 12 settembre 2007, causa T-36/04, *Association de la presse internationale ASBL (API)* c. *Commissione*, *Raccolta*, p. II-3201 ss. Per un breve commento si vedano V. Mancinelli, *Diritto di accesso ai documenti delle istituzioni comunitarie*, in *Giur. it.*, 2007, p. 2142 ss.; E. Meisse, *Accès aux documents de la Commission*, in *Europe*, 2007, p. 16 ss.; E. Adobati, *Accesso ai documenti: memorie depositate dalla Commissione nell'ambito di procedimenti dinanzi alla Corte di giustizia e al Tribunale di primo grado*, in *DCSI*, 2007, p. 98 ss. Avverso tale sentenza, in data 22 novembre 2007, proponevano ricorso entrambe le parti implicate nella controversia nonché il Regno di Svezia. Cfr. i ricorsi relativi alle cause C-514/07 P, *Regno di Svezia* c. *Commissione*; C-528/07 P, *Association de la presse internationale ASBL (API)* c. *Commissione*; e C-532/07 P, *Commissione* c. *Association de la presse internationale ASBL (API)*. Rispettivamente in *GUUE* C 51, 23 febbraio 2008, p. 32, e C 22, 26 gennaio 2008, pp. 36-37.

innanzi alla Corte ed al Tribunale nell'ambito di taluni procedimenti diretti[24] e pregiudiziali[25].

Tuttavia, dopo aver invitato l'API a precisare l'oggetto della sua domanda, la Commissione negava l'accesso ad alcune delle memorie richieste[26] con decisione di diniego che veniva ribadita in sede di esame della domanda di conferma, che l'organizzazione dei giornalisti puntualmente aveva provveduto a formulare a norma dell'art. 7, par. 2, del citato regolamento[27].

In particolare, la Commissione rifiutava l'accesso alle memorie presentate dalla stessa nell'ambito delle cause ancora pendenti, *Honeywell* e *General Electric*[28], invocando l'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali di cui all'art. 4, par. 2, secondo e terzo trattino del regolamento 1049/2001. La divulgazione delle memorie richieste avrebbe infatti potuto compromettere, a giudizio della Commissione, "la propria posizione di convenuta nell'ambito dei procedimenti in parola", sacrificando quel diritto, più volte riconosciuto alle parti dallo stesso giudice dell'Unione, di difendere i propri interessi rifuggendo da qualsivoglia condizionamento esterno, segnatamente da parte del pubblico[29].

Al medesimo argomento l'esecutivo dell'Unione ricorreva al fine di negare l'accesso a memorie relative ad una causa che, benché già conclusa, era stata seguita da un'azione per risarcimento danni nei propri confronti[30], nonché per

---

[24] Trattasi dei ricorsi per annullamento di cui alle cause T-209/01, *Honeywell* c. *Commissione*; T-210/01, *General Electric* c. *Commissione*; e T-342/99, *Airtours* c. *Commissione*; l'azione per responsabilità extracontrattuale di cui alla causa T-212/03, *MyTravel* c. *Commissione*; ed infine dei ricorsi per inadempimento di cui alle cause C-203/03, *Commissione* c. *Austria*; C-466/98, *Commissione* c. *Regno Unito*; C-467/98, *Commissione* c. *Danimarca*; C-468/98, *Commissione* c. *Svezia*; C-469/98, *Commissione* c. *Finlandia*; C-471/98, *Commissione* c. *Belgio*; C-472/98, *Commissione* c. *Lussemburgo*; C-475/98, *Commissione* c. *Austria*; e C-476/98, *Commissione* c. *Germania* (designate in corso di causa le cause "Cielo aperto").

[25] Cause C-224/01, *Köbler*, e C-280/00, *Altmark Trans* e *Regierungspräsidium Magdeburg.*

[26] Più precisamente, con lettera del 17 settembre 2003, la Commissione riconosceva l'accesso ai documenti relativi alle procedure pregiudiziali di cui alle cause C-224/01 e C-280/00, mentre negava l'accesso ai documenti relativi ai ricorsi per annullamento di cui alle cause T-209/01, T-210/01 e C-203/03 ed al procedimento per inadempimento di cui alla causa T-342/99, nonché alle cause "Cielo aperto".

[27] Nel disciplinare le modalità di trattamento delle domande di accesso, l'art. 7 del regolamento in parola prevede, al suo par. 2, che "[n]el caso di un rifiuto totale o parziale, il richiedente può entro 15 giorni lavorativi dalla ricezione della risposta dell'istituzione, chiedere alla stessa di rivedere la sua posizione, presentando una domanda di conferma".

[28] Le quali erano ancora pendenti alla data di presentazione della domanda di accesso da parte dell'API, e successivamente definite con sentenza del Tribunale del 14 dicembre 2005, *Raccolta*, p. II-5527 ss.

[29] Cfr. il punto 15 della sentenza in commento ove la Commissione, al fine di suffragare la propria tesi, fa rinvio a quanto sancito dal Tribunale con sentenza del 17 giugno 1998, causa T-174/95, *Svenska Journalistförbundet* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. II-2289 ss., nonché con sentenza del 7 dicembre 1999, causa T-92/98, *Interporc Im- und Export GmbH* c. *Commissione*, *ivi*, p. II-3521 ss.

[30] Nella specie, la Commissione negava l'accesso ai documenti relativi alla causa *Airtours* c. *Commissione* la quale, benché già definita con sentenza del Tribunale del 6 giugno 2002, *Raccolta*, p. II-2585 ss., era stata seguita da un'azione per risarcimento danni instaurata nei suoi confron-

rigettare la domanda di accesso alle memorie depositate nel corso di procedimenti per inadempimento ancora pendenti[31], ritenendo, tra l'altro, che il proprio diniego ben si inscrivesse nel solco di quella giurisprudenza dell'Unione che, proprio sulla scorta dell'eccezione relativa alla tutela delle indagini, ha sempre negato la divulgazione dei documenti redatti nel corso dei procedimenti per infrazione[32].

Avverso la decisione di diniego della Commissione, l'API proponeva ricorso ai sensi dell'allora art. 230 TCE (oggi art. 263 TFUE)[33], sollevando quale unico motivo la violazione dell'art. 4, par. 2, secondo e terzo trattino del regolamento 1049/2001. Oggetto di censura era, dunque, in primo luogo, l'approccio ermeneutico seguito dalla Commissione nell'interpretazione dell'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali.

Ad avviso della ricorrente tale eccezione, infatti, non può motivare una generale esclusione delle memorie della Commissione dal libero accesso ai documenti. A ciò osterebbe, in particolare, quel consolidato indirizzo giurisprudenziale che vuole tali eccezioni oggetto di un'interpretazione restrittiva[34], nonché la

---

ti (oggetto della ricordata causa *MyTravel* c. *Commissione*). Ravvisando uno stretto legame tra le due cause, la Commissione si è opposta alla divulgazione delle memorie di cui alla domanda della ricorrente, ritenendo che tale divulgazione avrebbe potuto arrecare pregiudizio al procedimento nell'ambito della causa pendente, nella quale essa avrebbe riproposto alcuni degli argomenti sostenuti in quella già conclusa.

31 In particolare, si trattava dei documenti riguardanti la procedura per infrazione avviata dalla Commissione contro l'Austria nella citata causa *Commissione* c. *Austria*, nonché delle memorie relative alle cause "Cielo aperto".

32 Un orientamento volto ad escludere la permeabilità dei procedimenti per infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE (già art. 226 TCE) è emerso sin dalla sentenza del Tribunale del 5 marzo 1997, causa T-105/95, *WWF UK (World Wide Fund for Nature)* c. *Commissione (WWF UK)*, *Raccolta*, p. II-313 ss., ed è stato confermato, successivamente all'entrata in vigore del regolamento 1049/2001, con sentenza del Tribunale dell'11 dicembre 2001, causa T-191/99, *D. Petrie* e *a.* c. *Commissione (Petrie)*, *ivi*, p. II-3677 ss.

33 Si precisa che sebbene la causa sia sorta – e la sentenza del Tribunale sia stata resa – sotto il vigore del vecchio Trattato, gli articoli saranno citati nel prosieguo seguendo, in via di principio, la nuova formulazione introdotta dal Trattato di Lisbona.

34 Sulla necessità di interpretare restrittivamente le eccezioni previste in tema di accesso ai documenti delle istituzioni si è da sempre pronunciata la giurisprudenza prima e dopo l'entrata in vigore del regolamento 1049/2001. In particolare, si vedano le sentenze del Tribunale del 19 ottobre 1995, causa T-194/94, *Carvel* e *Guardian Newspapers Ltd* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. II-1765 ss.; *WWF UK*, cit.; 19 luglio 1999, causa T-14/98, *Hautala* c. *Consiglio*, *ivi*, p. II-2489 ss.; 7 dicembre 1999, causa T-92/98, *Interporc Im-und Export GmbH* c. *Commissione*, *ivi*, p. II-3521 ss.; 13 settembre 2000, causa T-20/99, *Denkavit Nederland BV* c. *Commissione*, *ivi*, p. II-3011 ss.; 7 febbraio 2002, causa T-211/00, *Kruijer* c. *Consiglio*, *ivi*, p. II-485; 13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation* c. *Commissione*, *ivi*, p. II-1121 ss.; nonché la sentenza della Corte di giustizia dell'11 gennaio 2000, cause riunite C-174 e 189/98 P, *Paesi Bassi* e *Van der Wal* c. *Commissione*, *ivi*, p. I-1 ss. Più recentemente si vedano anche le sentenze del Tribunale del 6 luglio 2006, cause riunite T-391/03 e 70/94, *Franchet* e *Byk* c. *Commissione*, *ivi*, p. II-2023 ss.; 19 gennaio 2010, cause riunite T-355 e 446/04, *Co-Frutta Soc. coop.* c. *Commissione*, *ivi*, p. II-1 ss.; e della Corte di giustizia del 1° febbraio 2007, causa C-266/05 P, *Sison* c. *Consiglio*, *ivi*, p. I-1233 ss.; 1° luglio 2008, cause riunite C-39 e 52/05 P, *Svezia* e *Turco* c. *Consiglio*, *ivi*, p. I-4723 ss.

nuova disciplina delle eccezioni al diritto di accesso dettata dal menzionato regolamento, il cui differente tenore letterale, rispetto al precedente codice di condotta, lascerebbe emergere, ad avviso della ricorrente, la scelta del legislatore dell'Unione di limitare la portata dell'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali[35].

Dunque, muovendo dal raffronto tra il regolamento 1049/2001 e la disciplina precedente, l'API contesta alla Commissione di aver omesso di eseguire un esame individuale e concreto per ciascuna delle memorie richieste, idoneo a dimostrare che la loro divulgazione arrecherebbe un grave pregiudizio a taluno degli interessi specifici elencati dall'art. 4, par. 2, del regolamento in parola, e di essere così incorsa in un generalizzato diniego del tutto inammissibile alla luce del principio del più ampio accesso possibile ai documenti sancito dal regolamento stesso.

Senza arrestarsi alla mera ricostruzione del quadro di diritto positivo, che fa da sfondo all'eccezione controversa, e nell'intento di far breccia sulla sensibilità del proprio interlocutore, la ricorrente va alla ricerca di argomenti più sofisticati che possano dare garanzie di sicura efficacia in un contesto, quale quello controverso, nel quale si dibatte di tutela di diritti fondamentali. Argomenti di ordine marcatamente sistematico cedono così il passo a temi di più alto profilo, quali l'esigenza di trasparenza e di completa informazione del pubblico, esigenze che, "sane e naturali in qualsiasi sistema basato sui principi dello Stato di diritto"[36], sono da tempo promosse e sostenute dagli stessi giudici di Lussemburgo.

Così, ad avviso della ricorrente, la divulgazione delle difese scritte della Commissione, lungi dal rappresentare un grave pregiudizio al buon andamento dei procedimenti giudiziari, verrebbe, al contrario, a sortire un effetto positivo. Una completa informazione del pubblico sui lavori dei giudici dell'Unione dimostrerebbe l'imparzialità degli stessi, rafforzando l'accettazione delle loro decisioni da parte del pubblico[37]. Non solo, l'accesso alle memorie favorirebbe, altresì, la diffusione del punto di vista della Commissione su questioni fondamentali di interpretazione del Trattato e del diritto derivato particolarmente prezioso in materia di concorrenza.

Ai rilievi così formulati dall'API fanno immediatamente eco le repliche della Commissione che, custode gelosa dei propri documenti di causa, caparbiamente

---

35 Ad avviso della ricorrente, tale scelta del legislatore dell'Unione emergerebbe dal fatto che, "mentre il codice di condotta del 1993 avrebbe previsto la possibilità di negare l'accesso a tutti i documenti la cui divulgazione 'possa pregiudicare' i procedimenti giudiziari, il regolamento 1049/2001 avrebbe ad oggetto documenti la cui divulgazione 'arrechi pregiudizio' a procedimenti siffatti". Non solo, la nuova disciplina prevede la possibilità della prevalenza di un interesse pubblico sull'interesse connesso alla tutela delle procedure giurisdizionali, non contemplata invece nel precedente codice di condotta. Anche in dottrina non è mancato chi, seguendo l'evoluzione normativa del diritto di accesso, si è soffermato a rimarcare le differenze tra la disciplina del codice di condotta e quella del nuovo regolamento. In particolare, si veda C. Morviducci, *op. cit.*; A. Santini, *Il nuovo regime*, cit.; Id., *Il principio di trasparenza*, cit.

36 Sentenza *API* c. *Commissione*, punto 32.

37 *Ibidem*, punto 33.

insiste sulla pericolosità della diffusione dell'integralità degli atti processuali, suscettibile, a suo avviso, di trasformare il dialogo scritto tra le parti in dibattito pubblico[38]. Con una strategia inversa rispetto a quella seguita dalla ricorrente, l'esecutivo dell'Unione, nel costruire la propria difesa, muove da considerazioni di alto profilo per poi ripiegare su rilievi di ordine più spiccatamente pragmatico. Ed invero, osservando che la necessità di tutelare la serenità della trattazione della causa prevale sulla necessità che i giornalisti siano adeguatamente preparati per l'udienza[39], la Commissione si allinea ai toni della ricorrente, portando così alla ribalta tutta la complessità e delicatezza di una controversia nella quale diritti fondamentali, quali il diritto di difesa e della parità delle armi, si contendono il primato con diritti altrettanto vitali per il processo di integrazione europea quali il diritto all'informazione e all'accesso ai documenti.

Tuttavia, senza indugiare nella retorica delle mere petizioni di principio, l'esecutivo dell'Unione si affretta a precisare il criterio seguito nel trattare le istanze di accesso alle memorie redatte nel corso di un procedimento giurisdizionale, chiarendo che il diniego opposto all'API, lungi dall'essere il frutto di una scelta arbitraria, al contrario scaturisce da una attenta ponderazione che muove dal valutare se il procedimento cui si riferisce il documento oggetto dell'istanza ostensiva abbia raggiunto la fase dell'udienza[40].

**3.** Investito della controversia, al Tribunale spetta dunque il difficile compito di tracciare i confini ancora imprecisati dell'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali e delle indagini di cui all'art. 4, par. 2, secondo e terzo trattino del regolamento 1049/2001.

Così, muovendo da una lettura ad ampio respiro del regolamento in parola, e della complessa evoluzione normativa e giurisprudenziale che, dapprima, ha portato alla sua adozione e, di seguito, ne ha accompagnato l'applicazione, il Tribunale intesse un ragionamento coerente e sistematico, puntualmente ancorato al caso concreto, giungendo ad una soluzione che, se da un lato si allinea alle difese della Commissione, dall'altra se ne distacca per ampliare, ancora una volta, le maglie del diritto di accesso ai documenti delle istituzioni.

Il Tribunale esordisce ripercorrendo i tratti essenziali della disciplina rilevante in tema di accesso ai documenti ricordando, in particolare, l'insegnamento

---

38 *Ibidem*, punto 44.

39 Si veda, in proposito, ancora il punto 44 della sentenza *API* c. *Commissione*, ove la Commissione invita a riflettere sul fatto che "[u]na sistematica divulgazione [dell'integralità degli atti processuali] potrebbe inoltre creare un dannoso squilibrio tra le istituzioni e tutte o talune delle altre parti in causa, le quali non sarebbero tenute a concedere l'accesso alle loro memorie alle stesse condizioni applicabili alle istituzioni".

40 Se tali precisazioni paiono quasi rassicurare sul carattere tutt'altro che affrettato della decisione presa dalla Commissione, il loro effetto in certa misura tranquillizzante tende, tuttavia, a scemare immediatamente dopo, quando la Commissione prosegue osservando che potrebbero esserci motivi tali da richiedere il diniego di accesso a un documento anche dopo che si sia svolta l'udienza, ovvero dopo la pronuncia della sentenza quando risulti necessario tutelare la formulazione di un argomento scritto identico a quello dedotto in una causa connessa ancora pendente.

di quella costante giurisprudenza secondo la quale l'esame richiesto per il trattamento di una domanda di accesso a certi documenti deve rivestire un carattere concreto, potendo l'applicazione di un'eccezione essere giustificata solo nel caso in cui l'istituzione richiesta abbia previamente valutato se l'accesso al documento possa arrecare, concretamente ed effettivamente, un pregiudizio all'interesse tutelato in assenza di un interesse pubblico prevalente alla divulgazione del documento in questione[41]. Il Tribunale, quindi, prosegue precisando che, benché la valutazione specifica e concreta del contenuto dei documenti richiesti costituisca la regola generale, da tale valutazione potrà prescindersi qualora "alla luce delle circostanze particolari del caso concreto, sia evidente che l'accesso debba essere negato o al contrario accordato"[42].

È quindi sulla scorta di una lucida "messa a fuoco" delle peculiarità del caso di specie che il Tribunale tenta di calibrare un giusto equilibrio tra le istanze di segno opposto sottese alla controversia di cui è investito. Così, dopo aver constatato che la Commissione ha effettivamente omesso di eseguire un controllo concreto sul contenuto dei documenti dei quali l'API ha chiesto l'accesso[43], il Tribunale va a ricercare le ragioni che, alla luce delle circostanze di fatto, possano giustificare il diniego della Commissione, legittimando l'applicazione automatica dell'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali.

Proprio la circostanza che nella fattispecie le memorie richieste dall'API non fossero state ancora discusse in udienza alla data della decisione di diniego della Commissione non poteva sfuggire alla "sensibilità casistica" del giudice dell'Unione, giocando, al contrario, un ruolo decisivo nella soluzione della controversia ad esso sottoposta. Ed invero, tale circostanza, unitamente alla necessità di assicurare le finalità sottese all'eccezione generale relativa alla tutela dei procedimenti giurisdizionali, si pone quale premessa di un sillogismo che conduce il Tribunale a concludere che l'esigenza di garantire il rispetto del diritto di ogni persona ad un'equa udienza davanti ad un giudice indipendente e, più in generale, di assicurare il buon andamento del procedimento, "*esige* che le memorie [della Commissione] non siano divulgate prima che essa abbia avuto la possibilità di discuterle innanzi al giudice all'udienza pubblica e che essa abbia

41 Sotto tale profilo il Tribunale non fa che confermare un consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui l'esame al quale deve procedere l'istituzione per applicare un'eccezione deve essere eseguito in concreto ed emergere dalla motivazione della decisione. Sul punto si vedano le sentenze del Tribunale del 19 luglio 1999, causa T-14/98, *Hautala* c. *Consiglio*, *Raccolta*, p. II-2489 ss.; 6 aprile 2000, causa T-188/98, *Kuijer* c. *Consiglio*, *ivi*, p. II-1959 ss.; 23 novembre 2004, causa T-84/03, *Turco* c. *Consiglio*, *ivi*, p. II-4061 ss.; 13 aprile 2005, causa T-2/03, *Verein für Konsumenteninformation* c. *Commissione*, *ivi*, p. II-1121 ss.; 6 luglio 2006, causa T-391/03, *Franchet* e *Byk* c. *Commissione*, *ivi*, p. 2023 ss.; 14 dicembre 2006, causa T-237/02, *Technische Glaswerke Ilmenau Gmbh* c. *Commissione*, *ivi*. p. II-5131 ss.

42 Sentenza *API* c. *Commissione*, punto 58.

43 *Ibidem*, punti 65-70, dai quali emerge che, ad avviso del Tribunale, l'assenza di un esame concreto risulta dalle stesse ragioni addotte dalla Commissione per giustificare il diniego di accesso, ragioni totalmente estranee al contenuto delle memorie.

perciò il diritto di sottrarle all'accesso del pubblico"[44] senza che sia necessario effettuare una valutazione concreta del loro contenuto.

Il Tribunale conviene così con la Commissione sul fatto che la divulgazione delle memorie della stessa, prima dello svolgimento dell'udienza, potrebbe compromettere la sua posizione di parte, esponendola a critiche ed obiezioni suscettibili di tradursi in un onere supplementare rispetto a quello delle altre parti processuali.

Il principio della parità delle armi e della serena trattazione della causa finisce così con il prevalere sull'interesse alla divulgazione delle memorie ed alla completa informazione, almeno laddove il procedimento non abbia ancora raggiunto la fase dell'udienza, precludendo in modo generalizzato ed automatico le memorie dal diritto di accesso, salvo che non vi sia un interesse pubblico prevalente alla divulgazione delle memorie stesse.

Diversa la soluzione qualora venga invocato un interesse pubblico prevalente, poiché, in tal caso, l'istituzione non potrà esimersi dall'eseguire la valutazione di ciascun documento richiesto per verificare in concreto se esso possa essere divulgato, ovvero, se la divulgazione possa arrecare pregiudizio al procedimento giurisdizionale cui si riferisce[45].

Tutt'altro che insensibile alle esigenze di trasparenza di cui il regolamento 1049/2001 è espressione, e ben consapevole del ruolo essenziale che la libertà di stampa gioca in una società democratica, il Tribunale giunge poi ad escludere che il semplice fatto che argomenti già sollevati dinanzi al giudice in una causa già conclusa possono essere altresì dibattuti nell'ambito di una causa simile rappresenti un motivo per rifiutare l'accesso a memorie relative ad una causa già definita con sentenza del Tribunale.

Pertanto, la Commissione sarebbe incorsa in un errore di valutazione negando l'accesso alle memorie relative alla causa *Airtours* ormai conclusa. Il timore da questa manifestato di veder compromessa la possibilità di scegliere gli argomenti da utilizzare per difendere la propria posizione nella causa analoga pendente suona, infatti, come timore meramente ipotetico e, dunque, difficilmente conciliabile con il generale principio del più ampio accesso possibile ai documenti detenuti dalle istituzioni[46].

---

44 *Ibidem*, punto 81 (corsivo aggiunto).

45 Da ciò emerge come anche l'accertamento di un interesse pubblico prevalente non possa sganciarsi da un'attenta ponderazione degli interessi in gioco alla luce delle peculiari circostanze del caso di specie, dalle quali risulti che tale interesse deve prevalere sull'esigenza di tutela dei documenti controversi.

46 Sentenza *API* c. *Commissione*, punti 107 e 110. Anche sotto tale profilo il Tribunale si mostra capace di vedere in prospettiva e soppesa gli effetti distorsivi del diritto di accesso ricollegabili all'eventuale accoglimento dei motivi della Commissione. Questi ultimi, infatti, se accolti, potrebbero essere invocati anche in tutti i casi in cui l'argomentazione contenuta in memorie relative ad una causa conclusa può essere fatta valere altresì nell'ambito di una causa pendente ad essa non connessa, sacrificando in modo eccessivo il diritto di accesso ai documenti.

**4.** Adducendo a fondamento del proprio ricorso la violazione dell'art. 4, secondo e terzo trattino, del regolamento 1049/2001, l'API lamenta non solo l'errata interpretazione dell'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali, ma altresì l'errata interpretazione dell'eccezione che il regolamento prevede a tutela degli obiettivi delle attività di indagine. Il Tribunale è, dunque, chiamato a vagliare la legittimità della decisone della Commissione anche laddove quest'ultima nega l'accesso alle memorie presentate dalla stessa nell'ambito di procedimenti per inadempimento sulla base dell'eccezione relativa alla tutela delle indagini. Sulla base dell'approccio sistematico già seguito nel dirimere la prima questione, il Tribunale ripropone un percorso ermeneutico che, muovendo dalla giurisprudenza formatasi con riferimento all'eccezione in esame, trova nell'attenta indagine sul caso concreto lo spunto per una riflessione più matura in merito alla sua portata, approdando così ad una soluzione che, animata dall'intento di assicurare il più ampio accesso possibile ai documenti, giunge ad aprire una breccia in quel muro impenetrabile che da sempre circonda i documenti redatti nel corso dei procedimenti di infrazione[47].

[47] Come noto, la procedura di infrazione, disciplinata nel suo modello base all'art. 258 TFUE (già art. 226 TCE), si articola in una duplice fase: alla prima c.d. "precontenziosa" a carattere amministrativo, volta a favorire una composizione amichevole della controversia può eventualmente seguire la seconda, propriamente contenziosa, di natura giudiziaria. In particolare, l'andamento della prima fase viene scandito dalla redazione di una lettera di messa in mora ed un parere motivato che la Commissione invia allo Stato interessato dalla procedura, al fine di renderlo edotto della violazione contestata e sollecitare il ripristino della legalità violata, prima che questa sia accertata dalla Corte di giustizia con sentenza nella successiva fase contenziosa (per un'analisi dettagliata della procedura di cui all'art. 258 TFUE prima delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, si vedano *ex multis* L. Fumagalli, *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000; P. Mori, *Commento all'articolo 226*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1057 ss.; e S. Andersen, *Procedural overview and substantive comments on Articles 226 and 228*, in *YEL*, 2008, p. 121 ss.). Né la lettera di messa in mora né il parere motivato vengono, tuttavia, pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea; al contrario, il contenuto di tali documenti resta rigorosamente riservato alla sola Commissione ed agli Stati interessati. Dal canto suo, la Commissione si è sempre mostrata intransigente nel negare l'accesso ai documenti redatti nel corso della procedura di infrazione al fine di evitare pressioni ed ingerenze che avrebbero potuto rivelarsi dannose per il buon esito della procedura stessa. Ed infatti, stando alle precisazioni riportate nella relazione della Commissione sull'applicazione nel corso dell'anno 2005 del regolamento 1049/2001 (COM(2007)548 def., del 24 settembre 2007), il principale motivo di rifiuto delle istanze di accesso continua ad essere la tutela degli obiettivi delle attività ispettive di indagine e di revisione contabile (art. 4, par. 2, terzo trattino del regolamento 1049/2001). In particolare, l'eccezione della tutela delle indagini sarebbe alla base del 41% dei rifiuti che, nella maggior parte dei casi, riguardano documenti relativi a procedure di infrazione non ancora concluse. Ancora, la relazione della Commissione sull'applicazione nel 2006 del regolamento n. 1049/2001 (COM(2007)841 def., del 20 dicembre 2007) conferma come il primato tra i motivi di rifiuto opposto alle istanze di accesso ai documenti spetti all'eccezione relativa alla tutela degli obiettivi delle attività ispettive e di indagine, sebbene in lieve calo rispetto al 2005 (30,72%). Una consistente riduzione si registra anche nel corso del 2007 sebbene il *trend* discendente non sia tale da far perdere all'eccezione in parola il suo primato. Si veda, in particolare, l'allegato contenente le statistiche sull'applicabilità del regolamento 1049/2001 che accompagna la relazione della Com-

Il Tribunale innesta così un percorso logico che, almeno nelle sue premesse iniziali, sembra destinato a ridimensionare non poco i rilievi formulati dalla ricorrente, le cui censure suonano invero poco convincenti. Ad avviso dell'API, la divulgazione delle memorie redatte nel corso di un procedimento per infrazione dopo la fase precontenziosa non arrecherebbe pregiudizio alla attività di indagine, essendo ormai falliti gli sforzi per giungere ad una soluzione amichevole della controversia[48]. A seguito della presentazione del ricorso al giudice, vi sarebbe anzi un interesse pubblico alla divulgazione prevalente sulla tutela delle indagini.

Tali affermazioni che, secondo la ricorrente, troverebbero conferma nella citata sentenza *Petrie*, si basano, tuttavia, a ben vedere, su una lettura eccessivamente "orientata" di tale pronuncia, che non tiene conto del complesso ragionamento seguito dal Tribunale e la cui chiarezza non sembra lasciare spazio ad interpretazioni di segno contrario[49]. Il Tribunale ricorda come l'esigenza di riservatezza che gli Stati membri hanno il diritto di attendersi dalla Commissione

---

missione sull'applicazione del detto regolamento nel 2007 (COM(2008)630 def., del 10 ottobre 2008) ove si documenta che dal 30,72% dei rifiuti opposti sulla base della detta eccezione nel 2006, si scende al 23,48% nel 2007. La condotta della Commissione trova del resto l'avallo della giurisprudenza. Quando, infatti, il diniego della Commissione all'accesso ai documenti è stato impugnato innanzi al Tribunale, questi ha sempre respinto i ricorsi adducendo a giustificazione la necessità di salvaguardare "la riservatezza che gli Stati membri hanno diritto di attendersi" dalla Commissione nello svolgimento delle indagini suscettibili di sfociare in un procedimento di infrazione. Sul punto si veda, in particolare, la citata sentenza *WWF UK*. Che la Commissione sia restia a consentire l'accesso ai documenti qualora si tratti di procedure per infrazione è un dato costantemente segnalato anche dalle altre istituzioni. Già nella sua risoluzione relativa all'applicazione, nel corso del 2002, del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo del Consiglio e della Commissione (2003/2022 (INI), *GUUE* C 77 E, 26 marzo 2004, p. 395 ss.), il Parlamento europeo osservava come la situazione relativa al libero accesso ai documenti delle istituzioni "sia ancora insoddisfacente per quanto riguarda la Commissione la quale interpreta in modo discutibile [il regolamento] quando nega sistematicamente ai cittadini l'accesso alla corrispondenza che origina dagli Stati membri nel quadro delle procedure per infrazione una volta che le procedure sono terminate o sospese e che essa dovrebbe invece compiere una valutazione autonoma seguendo il principio della presunzione di accessibilità".

48 Si vedano, in particolare, i punti 113 e 114 della sentenza *API* c. *Commissione*, dai quali emerge come la discutibile interpretazione che l'API dà della giurisprudenza relativa all'accesso agli atti inerenti la procedura di infrazione derivi, a sua volta, da un'errata individuazione della *ratio* sottesa all'eccezione volta a tutelare gli obiettivi dell'attività di indagine. Questa, infatti, ad avviso della ricorrente, sarebbe finalizzata non tanto a favorire il buon esito della procedura attraverso una definizione amichevole della vertenza, quanto ad evitare il rischio di un'alterazione delle prove, rischio che si attenuerebbe una volta conclusa l'attività di indagine condotta dalla Commissione nel corso della fase preliminare e sia stato formulato il ricorso alla Corte di giustizia.

49 Chiamato a vagliare la legittimità della decisione della Commissione con la quale quest'ultima negava l'accesso ai documenti di causa redatti nel corso di un procedimento di infrazione, il Tribunale, dopo aver fatto rinvio alla sua stessa giurisprudenza, già in quella sede ribadiva che "[l]a preservazione di questo obiettivo, ossia una definizione amichevole della controversia tra la Commissione e lo Stato membro interessato prima della sentenza della Corte di giustizia, giustifica, a titolo della protezione dell'interesse pubblico relativo a controlli ed indagini ed ai procedi-

all'atto delle indagini suscettibili di sfociare in un procedimento per inadempimento e la preoccupazione di salvaguardare l'obiettivo sotteso a quest'ultimo, orientato a favorire una definizione amichevole della controversia, giustifichi il diniego di accesso ai documenti redatti nell'ambito del procedimento di cui all'art. 258 TFUE (allora art. 226 TCE) sia qualora sia ancora in corso la fase "precontenziosa", sia qualora ad essa abbia fatto seguito il ricorso alla Corte di giustizia. "Se è vero che l'obiettivo di raggiungere una definizione amichevole costituisce la ragion d'essere della fase precontenziosa è altresì vero che (…) un tale risultato viene spesso raggiunto solo dopo aver adito la Corte". Dunque, "[s]arebbe contrario alla finalità di un procedimento per inadempimento (…) escludere la possibilità di ottenere un tale risultato dopo la presentazione del ricorso", divulgando i documenti di causa prima che sia pronunciata la sentenza[50].

Se da un lato, il Tribunale non sembra condividere gli assunti della ricorrente, dall'altro rifugge dalla tentazione, sempre possibile, di appiattirsi sugli argomenti elaborati dalla Commissione e, proprio quando il suo percorso argomentativo lasciava presagire un dispositivo a favore di quest'ultima, prosegue rilevando che nella fattispecie la Corte aveva già pronunciato da circa un anno le sentenze che accertavano le infrazioni contestate dalla Commissione e, dunque, non era in corso alcuna attività di indagine che avrebbe potuto essere messa in pericolo dalla divulgazione dei documenti richiesti.

Le giustificazioni addotte dall'esecutivo dell'Unione tradiscono, a ben riflettere, la preoccupazione di chi, protagonista delle procedure di infrazione[51] e perfettamente consapevole dei delicati equilibri che sottendono il dialogo avviato con gli Stati membri coinvolti, tenta di salvaguardare quel clima di fiducia con gli Stati che appare un ingrediente imprescindibile perché si possa addivenire ad una soluzione amichevole della controversia. Tuttavia, nell'opporsi alla divulgazione degli atti processuali in tutti i procedimenti di infrazione e sino alla pronuncia su un eventuale ricorso ai sensi dell'art. 260 TFUE[52], la

menti giudiziari, (…) il diniego di accesso alle lettere di messa in mora ed ai pareri motivati redatti nell'ambito del procedimento di cui all'articolo [258 TFUE]" (sentenza *Petrie*, punto 68).

50 Sentenza *API* c. *Commissione*, punto 132.

51 Come noto, spetta alla Commissione nella sua veste di "guardiana dei Trattati" il compito di vigilare sull'osservanza del diritto dell'Unione da parte degli Stati, attivando, se del caso, la procedura di infrazione di cui all'art. 258 TFUE.

52 Introdotto con il Trattato di Maastricht, l'attuale art. 260, par. 2, TFUE disciplina un meccanismo sanzionatorio volto a porre fine al persistente inadempimento da parte dello Stato membro la cui violazione del diritto dell'Unione sia stata già accertata con sentenza della Corte di giustizia. Qualora uno Stato membro venga meno all'obbligo di conformarsi alla sentenza emessa all'esito della procedura di cui all'art. 258 TFUE la Commissione può, dunque, attivare una nuova procedura di infrazione all'esito della quale, accertato l'inadempimento, lo Stato può essere condannato al pagamento di una somma forfetaria o penalità di mora. Recependo quella prassi giurisprudenziale che già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Maastricht aveva dato vita alle così dette "doppie condanne", il nuovo art. 260, par. 2, TFUE, disciplina una procedura che, ancorché ricalcata su quella dell'ordinaria procedura di infrazione, se ne discosta proprio in virtù della previsione delle suddette misure coercitive. Per una analisi dettagliata delle caratteristiche della procedura di cui all'art. 260, par. 2, TFUE, anche alla luce della prassi giurisprudenziale che è inter-

Commissione sconta il prezzo di una visione inevitabilmente condizionata dagli interessi di parte, che le impedisce di cogliere ciò che invece non sfugge al Tribunale, ovvero la significativa differenza tra la procedura *ex* art. 258 TFUE (già art. 226 TCE) e quella di cui all'art. 260, par. 2, TFUE.

Così, pur suggestivi, gli argomenti formulati dalla Commissione inevitabilmente sbiadiscono, perdendo di forza persuasiva, quando si seguono le riflessioni condotte in proposito dal Tribunale.

Facendo ancora una volta leva su una lucida analisi del caso concreto, il giudice di prime cure – superati i rilievi meno fondati della Commissione – si addentra in un terreno fino ad ora inesplorato per accertare se l'obiettivo di giungere ad una definizione amichevole, invocato dalla Commissione per giustificare il diniego di accesso al documento di causa, permanga anche dopo la pronuncia di sentenze che accertano l'esistenza degli inadempimenti cui si sono riferite le attività di indagine della Commissione e, dunque, se i vari documenti redatti da quest'ultima nel corso della suddetta attività siano coperti dall'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, terzo trattino del regolamento 1049/2001 anche nel caso in cui risulti necessaria una nuova indagine che conduca, eventualmente, alla presentazione di un ricorso basato sull'art. 260, par. 2, TFUE.

Pur consapevole del fatto che non si può escludere che lo Stato interessato da un procedimento di infrazione avviato ai sensi dell'art. 258 TFUE possa persistere nel proprio inadempimento e sia dunque possibile che la Commissione attivi un nuovo procedimento ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE, il Tribunale osserva che le attività di indagine che portano all'introduzione di un tale ricorso sono nuove rispetto a quelle che hanno condotto all'avvio del ricorso basato sull'art. 258 TFUE. Non solo, le misure pecuniarie che caratterizzano tale procedimento evidenziano un intento del tutto estraneo alle dinamiche del procedimento di infrazione di cui all'art. 258 TFUE, essendo volte ad esercitare sullo Stato interessato una pressione economica che lo induca a porre fine all'inadempimento accertato[53].

---

venuta a risolvere questioni interpretative ad essa connesse, evidenziandone al contempo le differenze rispetto al procedimento di cui all'art. 258 TFUE, si vedano i contributi di C. Amalfitano, *I procedimenti di "doppia condanna" a carico degli Stati membri dell'Unione europea: la prassi giurisprudenziale*, in *DUE*, 2008, p. 835 ss. e l'ampia bibliografia ivi citata; S. Andersen, *op. cit.*; e M. Wathelet, *Double manquement et sanctions financières des Etats (article 228, paragraphe 2 CE): le point après quinze ans*, in *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2008, p. 323 ss.

[53] Sentenza *API* c. *Commissione*, punto 138. A tale proposito, vale tuttavia la pena ricordare le modifiche che il Trattato di Lisbona ha apportato all'art. 260 TFUE. Oltre a sopprimere la fase precontenziosa del parere motivato e dunque ad accelerare la procedura prevista da tale norma, esso ha, altresì, introdotto un nuovo par. 3 che contempla la possibilità per la Commissione di adire direttamente la Corte di giustizia, già al primo ricorso avviato ai sensi dell'art. 258 TFUE, per condannare lo Stato al pagamento di una sanzione pecuniaria nell'ipotesi di mancata comunicazione dei provvedimenti nazionali di trasposizione di una direttiva adottata secondo una procedura legislativa. La scelta di anticipare alla soglia del primo ricorso la possibilità di comminare sanzioni non pare tuttavia smentire il ragionamento condotto dal Tribunale attesa la portata piuttosto circoscritta della nuova disposizione la quale, introdotta al fine di arginare il fenomeno della

Con stile asciutto e conciso, il Tribunale abbozza una soluzione nelle cui pieghe, ancora una volta, dati normativi e sistematici si coniugano con considerazioni di più ampio respiro.

Preoccupato di arginare gli effetti di un'interpretazione dell'eccezione relativa alla tutela delle indagini eccessivamente lata ed in palese contrasto con l'obiettivo di garantire al pubblico il più ampio accesso ai documenti delle istituzioni, il Tribunale prosegue con un'interessante riflessione. Esso osserva, infatti, che se si dovesse ammettere che i vari documenti che si riferiscono ad attività di indagine sono coperti dall'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, terzo trattino del regolamento 1049/2001 fino a quando tutti gli sviluppi di tali procedimenti non si siano esauriti ed anche nel caso in cui risulti necessaria una nuova indagine che conduca eventualmente alla presentazione di un ricorso basato sull'art. 260, par. 2, TFUE, l'accesso ai citati documenti sarebbe subordinato ad avvenimenti aleatori, quali l'inosservanza da parte dello Stato membro interessato della sentenza della Corte che accerta l'inadempimento e l'introduzione di un ricorso ai sensi dell'art. 260, par. 2, TFUE, rimessa al potere discrezionale della Commissione. In ogni caso, si tratterebbe di "avvenimenti futuri e incerti, dipendenti dalla celerità e dalla diligenza delle diverse autorità interessate"[54]. Ancora una volta, l'approccio eccessivamente ipotetico dal quale la Commissione si lascia trasportare, ancorché giustificato dall'intento di assicurare un effetto utile all'eccezione relativa alla tutela delle indagini, viene censurato dal Tribunale perché suscettibile di determinare una pericolosa inversione tra regola ed eccezione dalla quale la prima, ovvero il diritto di accesso, uscirebbe inesorabilmente ed indebitamente sacrificata.

**5.** Il Tribunale, privilegiando un approccio calibrato sul caso concreto, rifugge dalle enunciazioni di principio troppo rigide e categoriche che le parti sembrano suggerire ma che, ad un esame più attento, mal si attagliano ad una realtà complessa e sfaccettata quale quella del diritto di accesso nel sistema dell'Unione europea.

Se nella prospettiva di ricorrente e convenuta non pare esserci spazio per una soluzione di compromesso capace di assicurare una pacifica "convivenza" tra libero accesso ai documenti e diritto di difesa, il giudice di prima istanza studia invece un percorso che gli consente di assicurare un certo margine d'azione al primo senza però dover abdicare interamente al secondo.

---

trasposizione tardiva delle direttive, non trova applicazione con riguardo alle diverse ipotesi di violazione del diritto dell'Unione. Non ancora applicata in concreto, la portata della norma è stata precisata nella Comunicazione della Commissione, dell'11 novembre 2010, sull'applicazione dell'art. 260, par. 3, TFUE, *GUUE* C 12, 15 dicembre 2010, p. 1 ss. Per qualche considerazione sull'art. 260 TFUE all'indomani delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona cfr. R. Adam, A. Tizzano, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 281, e G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, VI ed. p. 305.

54 Sentenza *API* c. *Commissione*, punto 139.

Dunque, discostandosi dalla giurisprudenza consolidata che vuole il diniego alla domanda di accesso ancorato ad un esame puntuale e concreto del contenuto del documento stesso, il Tribunale sembra, in un primo momento, voler sacrificare il diritto di accesso in nome della tutela del diritto di difesa della parte, ma a ben vedere esso altro non fa se non delimitare i confini del primo al fine di assicurare un qualche effetto utile al secondo. Se l'interesse sotteso al diritto di accesso è quello della trasparenza, funzionale ad una maggiore democraticità dell'agire delle istituzioni e, quindi, della fiducia dei cittadini, tale obiettivo non può essere assicurato pregiudicando il diritto di difesa della parte e con essa la serena trattazione della causa. Anche quest'ultima, incidendo sul processo di formazione del convincimento del giudice, è strettamente funzionale a quella fiducia del pubblico nelle decisioni giurisprudenziali che, ad avviso della ricorrente, potrebbe legittimare la divulgazione delle memorie di causa.

Del resto, la giurisprudenza sull'esame concreto delle domande di accesso, lungi dall'essere sconfessata, viene piuttosto conciliata con il dato reale e, così come si ricorderà, dopo aver escluso il diritto di accesso al documento di causa in ragione del fatto che questo non era ancora stato discusso in udienza, il Tribunale torna alla regola generale che presiede il trattamento delle istanze ostensive, nell'ipotesi in cui l'udienza non sia ancora stata celebrata.

D'altra parte, quel diritto di accesso che in prima battuta sembra uscire sconfitto, ritrova piena dignità nella sentenza in cui il Tribunale, respingendo le difese della Commissione, ammette la divulgazione dei documenti redatti nel corso di un procedimento di infrazione una volta che questo si sia chiuso con decisione della Corte.

Ebbene, nella soluzione delineata dal giudice di primo grado dell'Unione, l'attrito tra i due diversi principi si ricompone in una precisa delimitazione dei confini che, lungi dal mortificare ora il diritto di accesso ai documenti, ora il diritto ad un equo processo, finisce paradossalmente per esaltarli e rafforzarli.

**6.** L'importanza di principio della sentenza, per la rilevanza del tema trattato, la rendeva destinata a passare al vaglio della Corte di giustizia chiamata, nella sua veste di giudice di "legittimità", ad assicurare la nomofilachia all'interno dell'ordinamento dell'Unione. Ad essa hanno infatti proposto appello (accanto al Regno di Svezia)[55] entrambe le parti processuali, sollecitando un giudizio che,

[55] Il ricorso del Regno di Svezia, completamente estraneo al giudizio di primo grado, si spiega alla luce dell'art. 56, 3º comma, dello Statuto della Corte di giustizia che, con la sola eccezione delle cause relative alle controversie tra l'Unione e i loro agenti, attribuisce agli Stati e alle istituzioni una posizione privilegiata nell'ambito del giudizio di impugnazione riconoscendo loro la legittimazione ad impugnare la sentenza del Tribunale ancorché non siano intervenuti nel procedimento celebratosi innanzi a quest'ultimo. Prevista a garanzia delle esigenze di certezza e di coerenza del diritto dell'Unione suscettibili di essere pregiudicate dal consolidarsi di pronunce del Tribunale viziate in diritto, tale legittimazione processuale, sganciata da qualsivoglia condizionamento, è stata ampiamente criticata in dottrina. Per una sintetica panoramica delle molte voci levatesi contro tale previsione cfr. M. Migliazza, *Il doppio grado di giurisdizione nel diritto delle comunità europee*, Milano, 1993, p. 11, nota 5. Non è mancato, tuttavia, chi ha visto in tale dispo-

necessariamente sganciato dalle dinamiche fattuali del caso di specie, assicuri la corretta interpretazione delle eccezioni al diritto di accesso ai documenti.

Rigorosamente circoscritto al riesame dei soli motivi di diritto[56], il giudizio di impugnazione appare, del resto, la sede più appropriata per una riflessione di ordine generale, volta a fornire una chiara lettura dei rapporti tra principi generali di diritto quali quelli che involgono la causa intentata dall'API. Investita del *pourvoi*, alla Corte di giustizia spetta, dunque, il compito di accertare la fondatezza dei motivi di ricorso, ovvero valutare se il Tribunale sia realmente incorso in errori di diritto, fornendo la propria interpretazione delle eccezioni di cui all'art. 4 del regolamento 1049/2001 nel senso di imporre alla Commissione un'interpretazione che la obblighi ad effettuare una valutazione concreta della domanda di accesso alle memorie di causa, caso per caso, a partire dalla data dell'udienza e, in ogni caso, a decorrere dalla data della sentenza ove si tratti di procedimenti per infrazione di cui all'art. 258 TFUE[57].

---

sizione una soluzione perfettamente "coerente con le linee generali del sistema giurisdizionale comunitario": in tal senso M. Condinanzi, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996, p. 307. Per una valutazione di carattere più spiccatamente pragmatico secondo la quale l'art. 56, 3º comma, dello Statuto della Corte di giustizia non darà luogo a gravi conseguenze pratiche, si veda anche G. Freden, *Quelques reflexions sur la recevabilité d'un pourvoi contre un arrêt du Tribunal de première instance*, in *Rev. AE*, 2000, p. 231 ss.

56 Ai sensi dell'art. 58 dello Statuto della Corte di giustizia, l'impugnazione delle decisioni del Tribunale "deve limitarsi ai motivi di diritto" ivi elencati al fine di escludere ogni possibile rivisitazione del fatto già accertato dal Tribunale da parte del giudice dell'impugnazione che, alla stregua di un giudice di legittimità, potrà, pertanto, concentrarsi sul solo compito di assicurare l'interpretazione uniforme del diritto dell'Unione di cui all'art. 19 TUE (già art. 220 TCE). In merito al giudizio di impugnazione avverso le sentenze del Tribunale dell'Unione europea si vedano *ex multis* M. Migliazza, *Il doppio grado di giurisdizione*, cit.; U. Leanza, P. Paone, A. Saggio, *Il tribunale di primo grado della Comunità europea*, Napoli, 1994; M. Condinanzi, *op. cit*.

57 Più specificamente, ad avviso dell'API, l'interpretazione dell'eccezione relativa ai procedimenti giurisdizionali fornita dal Tribunale sarebbe: "i) contraria ai principi interpretativi consolidati dell'eccezione dei procedimenti giurisdizionali riconosciuti in altre parti della sentenza; ii) fondata sul diritto inesistente della Commissione di difendere i propri interessi 'indipendentemente da qualsiasi influenza esterna'; iii) fondata su argomenti giuridici manifestamente erronei laddove viene invocato il 'principio di parità d'armi'; iv) disconosce erroneamente l'importanza dei principi accolti da altre giurisdizioni che autorizzano l'accesso alle memorie delle parti anteriormente all'udienza; e v) invoca erroneamente la necessità di proteggere l'effetto utile dei procedimenti a porte chiuse dinanzi ai giudici comunitari". Per contro, a sostegno del proprio ricorso, la Commissione deduce che "le conclusioni accolte dal Tribunale (…) sarebbero incoerenti rispetto alla relativa motivazione, che il Tribunale non avrebbe preso in considerazione l'interesse alla corretta amministrazione della giustizia ovvero l'interesse delle altre persone indicate nell'ambito del procedimento e che il Tribunale avrebbe solamente preso in considerazione i diritti e gli obblighi di una delle parti". Non solo, l'interpretazione data all'eccezione relativa alla tutela delle indagini "indebolirebbe il compito della Commissione di vigilare in quanto 'guardiana dei Trattati', affinché gli Stati membri rispettino gli obblighi ad essi incombenti per effetto del diritto comunitario".

Ebbene, pur confermando il dispositivo della sentenza del Tribunale, la Corte, sulla falsariga delle conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro[58], propone una lettura della causa del tutto diversa da quella fatta propria dal giudice di prime cure. Lettura che, facendo leva sulle "caratteristiche del tutto peculiari"[59] delle memorie delle quali l'API chiedeva la divulgazione, finisce per sottrarre completamente le stesse all'ambito di applicazione della disciplina del diritto di accesso ai documenti per tutta la durata della causa "senza distinzione tra i vari gradi del procedimento"[60].

Ed invero, una volta ricordato che le memorie "partecipano, per loro stessa natura, all'attività giurisdizionale della Corte" divenendo "elemento essenziale"[61] del processo cui ineriscono, è assai breve il passo che porta a sottrarre tali atti al diritto di accesso.

Ad avviso della Corte, l'intera disciplina di tale diritto documenta l'intenzione del legislatore "comunitario" di sottrarre l'attività degli organi giurisdizionali dell'Unione dalla sua sfera di applicazione. L'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, secondo trattino del regolamento 1049/2001 costituisce solo uno dei tanti elementi dai quali trarre conferma di tale assunto. L'art. 1 del medesimo regolamento, alla stessa stregua del vecchio art. 255 TCE, nell'omettere ogni riferimento alla Corte, escluderebbe questa dal novero delle istituzioni soggette agli obblighi di trasparenza da esso sanciti, secondo una scelta che trova conferma nel nuovo art. 15 TFUE[62]. Quest'ultimo, pur dilatando i confini del diritto in

---

58 Conclusioni del 1° ottobre 2009, cause riunite C-514, 528 e 532/07 P, *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*.

59 Sentenza *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, punto 77.

60 *Ibidem*, punto 92.

61 *Ibidem*, punti 77-78.

62 È peraltro interessante notare anche in tale passaggio logico lo scarto tra la posizione della Corte di giustizia e quella del Tribunale. Quest'ultimo infatti aveva fornito un'interpretazione diametralmente opposta del medesimo quadro legislativo deducendo dall'ampia definizione della nozione di documento enunciata dall'art. 3, lett. a) del regolamento 1049/2001, nonché dalla formulazione e dall'esistenza stessa di un'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali, l'intenzione del legislatore dell'Unione di non sottrarre l'attività contenziosa delle istituzioni dal diritto di accesso dei cittadini (sentenza *API* c. *Commissione*, punto 59). L'interpretazione data dalla Corte di giustizia suona per altro emblematica alla luce della proposta di modifica del regolamento 1049/2001, presentata alla Commissione con risoluzione del Parlamento europeo sulla necessità di migliorare il quadro giuridico che regola l'accesso ai documenti in seguito all'entrata in vigore del trattato di Lisbona, regolamento (CE) n. 1049/2001 (doc. P7_TA(2009)0116), *GUUE* C 286 E, 22 ottobre 2010, p. 12 ss., nella quale il Parlamento sollecita con urgenza la modifica del regolamento prevedendo un ampliamento dell'ambito di applicazione a tutte le istituzioni, gli organi ed organismi dell'Unione europea che attualmente non vi rientrano tra i quali anche la Corte di giustizia dell'Unione europea (cfr. punto 1, lett. a, della citata risoluzione). Tale risoluzione si iscrive nel solco di un ampio dibattito interistituzionale da lungo tempo avviato in merito all'opportunità di modificare e ampliare la disciplina del diritto di accesso ai documenti quale tracciata dal regolamento 1049/2001. La citata risoluzione fa seguito alla risoluzione del Parlamento europeo recante raccomandazioni alla Commissione sull'accesso ai testi delle istituzioni (doc. A6-0052/2006), *ivi* C 293 E, 2 dicembre 2006, p. 151 ss. Alla proposta di modifica del Parlamento ha poi fatto seguito la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 aprile

questione anche agli organi ed organismi dell'Unione, precisa al suo par. 3, 4° comma, che la Corte è soggetta agli obblighi di trasparenza "soltanto allorché [esercita] funzioni amministrative"[63].

Ebbene, se, per un verso, l'accesso alle memorie di causa finirebbe per tradursi in un palese disconoscimento "della specificità di tale categoria di documenti", per altro verso, esso inevitabilmente verrebbe a pregiudicare l'effetto utile dell'esclusione della Corte dal novero delle istituzioni cui si applica il principio di trasparenza[64] e, con esso, la finalità sottesa alla disciplina del diritto di accesso. Non solo, la divulgazione degli atti di causa sarebbe difficilmente spiegabile alla luce delle disposizioni dello Statuto della Corte[65] e dei regolamenti di

2008, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, COM(2008)229 def. Con tale proposta, volta ad apportare modifiche relative all'accesso ai documenti delle istituzioni dell'Unione, la Commissione riconferma il proprio impegno in tema di trasparenza, dando concreta attuazione ai risultati della consultazione pubblica avviata con la pubblicazione del Libro verde, del 16 gennaio 2008, sull'accesso ai documenti di cui alla relazione sui risultati della consultazione pubblica sul riesame del regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento, Consiglio e Commissione, SEC(2008)29. Contrariamente alle molte perplessità espresse dalla dottrina in merito al buon funzionamento della disciplina del diritto di accesso dettata dal regolamento, è convinzione – ribadita a più riprese dalle istituzioni – che le regole sul diritto di accesso ivi contenute abbiano dato buona prova di sé. Con la proposta di modifica la Commissione interviene dunque solo ad aggiornare e migliorare tali regole alla luce dei più recenti apporti della giurisprudenza del Tribunale e della Corte di giustizia nella convinzione che "se i nuovi testi legislativi fossero costantemente aggiornati in funzione della giurisprudenza, la situazione giuridica risulterebbe più chiara per i cittadini e le istituzioni disporrebbero di elementi orientativi più precisi per trattare le domande di accesso". Tuttavia, pur giungendo a toccare anche l'art. 4 regolamento 1049/2001, la proposta di modifica non sembra significativamente innovare la disciplina dell'eccezione relativa alla tutela delle procedure giurisdizionali e alla tutela delle indagini limitandosi semplicemente a chiarire che il concetto di "court proceeding (…) includes arbitration and dispute settlement proceeding". Per una prima riflessione, in dottrina, sulla proposta di revisione del regolamento 1049/2001 si rinvia a M. Maes, *op. cit*., in particolare p. 424. Sull'opportunità di procedere quanto prima ad una revisione del regolamento 1049/2001, che "(....) s'intéresse plus à fixer des exceptions qu'à donner véritablement au droit d'accès une portée générale", si è soffermato anche S. Brisard, *op. cit*., in particolare p. 131. Tralasciando quanto statuito dal Tribunale con la sentenza *API* c. *Commissione*, e quasi a voler soprassedere in attesa della pronuncia della Corte di giustizia, la proposta di modifica nulla aggiungeva in merito alla portata di tale eccezione e più in particolare all'applicabilità della stessa prima e dopo uno specifico evento.

63 Vale la pena ricordare che il 21 marzo 2011 la Commissione ha presentato una proposta di modifica del regolamento 1049/2001 al fine di estenderne il campo di applicazione istituzionale in linea con la nuova base giuridica di cui all'art. 15, par. 3, TFUE. Sulla base di tale proposta, il campo di applicazione del regolamento viene dunque esteso a tutte le istituzioni, organi, uffici e agenzie dell'Unione europea ferme restando le limitazioni poste dal Trattato per la Corte di giustizia, la Banca centrale europea e la Banca europea per gli investimenti. Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 marzo 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 1049/2001 relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, COM(2011)137 def.

64 Sentenza *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, punto 95.

65 Ai sensi dell'art. 20, 2° comma, dello Statuto della Corte di giustizia, "[l]a procedura scritta comprende la comunicazione *alle parti* nonché alle istituzioni dell'Unione le cui decisioni sono in

procedura delle giurisdizioni dell'Unione[66] che, pur prevedendo la pubblicità dell'udienza, riservano alle sole parti ed istituzioni le cui decisioni sono in causa la comunicazione degli atti processuali, non contemplando alcun diritto d'accesso a favore di terzi[67]. Ebbene, quegli argomenti che erano stati spesi dalla Commissione a sostegno della propria difesa innanzi al giudice di prime cure, ma che in quella sede erano stati scartati[68], vengono ora valorizzati come indizi atti a corroborare la convinzione della Corte secondo cui il procedimento giurisdizionale debba rimanere "impermeabile" ad incursioni di terzi estranei alla controversia.

Il Tribunale sarebbe, dunque, incorso in un errore di diritto affermando che "la Commissione, *dopo lo svolgimento dell'udienza*, [è] soggetta all'obbligo di effettuare una valutazione concreta di ciascun documento richiesto per verificare, alla luce dello specifico contenuto, se la sua divulgazione p[uò] arrecare pregiudizio alla tutela del procedimento giurisdizionale cui si riferisce"[69]. Sussisterebbe, infatti, una presunzione generale, ancorché non assoluta[70], secondo cui la divulgazione delle memorie depositate da un'istituzione nell'ambito di un procedimento giurisdizionale arrecherebbe pregiudizio allo stesso finché esso non sia definito con sentenza.

Viene così smentito quel passaggio che costituiva uno dei tratti più innovativi e di maggiore interesse della sentenza del Tribunale e nel quale, come più volte ricordato, questo aveva ammesso la divulgazione delle memorie depositate nell'ambito di procedure giurisdizionali ancora pendenti qualora l'udienza fosse già stata celebrata innanzi alla Corte. Ed invero, se le ragioni della sottrazione delle memorie dalla sfera di applicazione del diritto di accesso risiedono nella preoccupazione di assicurare la serena trattazione della causa, garantendo la tutela della parità delle armi e della buona amministrazione della giustizia, non vi è ragione di ammettere l'accesso in funzione dell'avvenuta celebrazione

causa delle istanze, memorie, difese e osservazioni e, eventualmente delle repliche, nonché di ogni atto e documento a sostegno, ovvero delle loro copie certificate conformi" (corsivo aggiunto).

66 Il riferimento operato dalla Corte di giustizia è alle disposizioni di cui all'art. 39 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, all'art. 45 del regolamento di procedura del Tribunale, nonché all'art. 37, par. 1, del regolamento di procedura del Tribunale della funzione pubblica, i quali dispongono che il ricorso sia notificato al solo convenuto.

67 Sentenza *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, punti 96-99.

68 Più precisamente la Commissione aveva ricordato (sentenza *API* c. *Commissione*, punto 42) il rigido controllo cui l'accesso di terzi al fascicolo di causa è soggetto ai sensi dell'art. 5, par. 3, 3° comma, delle istruzioni al cancelliere del Tribunale, del 3 marzo 1994, *GUCE* L 78, 22 marzo 1994, p. 32, come modificate il 5 giugno 2002, *ivi* L 160, 18 giugno 2002, p. 1. Il tenore della norma citata non è peraltro mutato nella versione consolidata del 5 luglio 2007, *GUUE* L 232, 4 settembre 2007, p. 1, e le modifiche adottate il 17 maggio 2010, *ivi* L 170, 6 luglio 2010, p. 53. L'argomento speso dalla Commissione a giustificazione del rifiuto opposto all'API non ha tuttavia trovato seguito nella sentenza pronunciata dal Tribunale.

69 Sentenza *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, punto 104 (corsivo aggiunto).

70 La Corte di giustizia precisa invero che tale presunzione generale non esclude, in linea di principio, il diritto dell'interessato di dimostrare che un dato documento di cui viene chiesta la divulgazione non ricade in tale presunzione: *ibidem*, punto 103.

dell'udienza giacché le menzionate esigenze sono tali da imporsi e protrarsi per tutta la durata del procedimento. Per certi versi, anzi, per quanto la Corte non valorizzi appieno l'argomento, l'esigenza di una serena trattazione della causa, non condizionata dai riflessi derivanti dalla possibile divulgazione delle memorie a seguito dell'esercizio dell'accesso, appare ancora più significativa proprio nella fase che segue l'udienza e che è, normalmente, quella della redazione delle conclusioni da parte dell'Avvocato generale e della successiva camera di consiglio che conduce alla decisione finale.

Il silenzioso tentativo operato dal giudice di prime cure di allentare le maglie entro le quali il diritto di accesso ai documenti delle istituzioni è talora costretto, garantendo ad esso la più ampia ed effettiva attuazione possibile[71], viene dunque messo in scacco dalla Corte che "blinda" il procedimento giurisdizionale, facendone "terreno di gioco" delle sole parti in causa fintanto che non sia intervenuta la pronuncia della sentenza.

La modifica apportata alla pronuncia del Tribunale non è tuttavia tale da stravolgerne l'esito. La Corte stessa ha cura di precisare che l'errore di valutazione nel quale quest'ultimo è incorso non è tale da inficiare il dispositivo della sentenza impugnata. Essa sottolinea invero che, lungi dal costituire il fondamento del dispositivo della pronuncia, le considerazioni svolte al punto 82 della sentenza impugnata e da essa smentite rappresentano semplicemente lo sviluppo del ragionamento che ha condotto il Tribunale a respingere il motivo sollevato dinanzi ad esso dall'API. L'annullamento di tale parte della motivazione non comporta, dunque, l'annullamento del dispositivo della stessa[72].

Quest'ultimo al contrario viene confermato dai giudici della Corte, che rigettano ogni motivo di ricorso addotto a sostegno del *pourvoi*. Viene così ribadita l'ammissibilità dell'accesso alle memorie versate nell'ambito di procedure di infrazione ormai concluse a prescindere dalla circostanza che tali procedimenti possano sfociare in una procedura di cui all'art. 260 TFUE. Ancorché entrambi preordinati a garantire la corretta ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione, i procedimenti di cui agli articoli 258 e 260 TFUE restano distinti perché caratterizzati da un diverso oggetto.

Non solo, l'aver concluso circa l'esistenza di una presunzione generale di non accessibilità ai documenti in pendenza di causa consente poi alla Corte di sbarazzarsi con una certa agilità del motivo addotto dall'API e dal Regno di Svezia a fondamento del proprio ricorso. Il Tribunale sarebbe incorso in un errore di diritto interpretando l'eccezione di cui all'art. 4, par. 2, secondo trattino del regolamento 1049/2001 nel senso che le istituzioni hanno il diritto di rifiutare l'accesso alle memorie depositate nell'ambito di procedimenti giurisdizionali pendenti che non abbiano ancora raggiunto la fase dell'udienza, a prescindere da un esame concreto di ciascun caso di specie. La copertura della

[71] In proposito, giova rilevare che il Tribunale si è mosso in perfetta aderenza al regolamento 1049/2001 il quale, a norma dell'art. 1, persegue l'obiettivo di dare la massima attuazione possibile al diritto di accesso del pubblico ai documenti detenuti dalle istituzioni europee.

[72] Sentenza *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, punti 105-106.

presunzione generale manleva le istituzioni dal procedere ad un esame concreto, caso per caso, di ogni istanza di accesso avanzata in corso di causa.

**7.** Sottraendo gli atti versati nel corso di un procedimento giurisdizionale al diritto di accesso ai documenti, la Corte di giustizia delude le aspettative di quanti avevano intravisto nella pronuncia del Tribunale la possibilità di una deroga alla tradizionale impermeabilità dei procedimenti giurisdizionali, tanto più attesa quanto più è rilevante il ruolo del giudice "comunitario" quale *decision maker* del sistema giuridico dell'Unione europea.

La sentenza di secondo grado suggerisce, invero, un ripensamento dei rapporti tra i diritti in gioco che sacrifica il diritto di accesso ai documenti di causa per privilegiare l'esigenza di una piena parità delle armi tra le parti, garantendo a ciascuna di esse, per tutta la durata del processo, uguali condizioni nelle quali fronteggiarsi.

Ciononostante, riesce difficile non condividere l'impianto argomentativo della Corte che, a ben vedere, scongiura possibili derive cui la sentenza del Tribunale avrebbe potuto dare adito. Quest'ultima, senz'altro apprezzabile per lo sforzo compiuto nel tentare di coniugare istanze di trasparenza e buona amministrazione della giustizia, corre il rischio di trasformare il diritto di accesso ai documenti in un onere supplementare che svantaggia, rendendola più vulnerabile, l'istituzione dell'Unione coinvolta nel procedimento in ragione del suo *status* giuridico.

D'altra parte, nell'agganciare la possibilità di accedere agli atti di causa alla natura del ricorso e alla fase raggiunta dal procedimento, la pronuncia del giudice di primo grado crea una disparità di trattamento giacché comprime, a svantaggio della sola Commissione, l'arco temporale nel quale poter beneficiare della serena trattazione della causa ed esponendo la sola Commissione al pubblico dibattito, all'indomani dell'udienza.

Se la soluzione della Corte fa salva la regolarità del contraddittorio, essa al contempo ha il merito di preservare l'attività giurisdizionale, scongiurando il rischio di incursioni esterne suscettibili di falsare il giudizio nel quale si concreta l'attività dei giudici dell'Unione. A guidare questi ultimi è una visione di ampio respiro che guarda in prospettiva alle possibili ripercussioni negative che la lettura del Tribunale avrebbe potuto produrre sull'efficacia del processo di formazione delle decisioni dei giudici dell'Unione, compromettendo il ruolo fondamentale da questi svolto nel processo di evoluzione dell'ordinamento dell'Unione.

Di qui la scelta di sottrarre l'intero *iter* processuale al diritto di accesso, rinviando alla chiusura del procedimento la soglia di accessibilità ai documenti, soglia che il Tribunale aveva anticipato troppo prematuramente alla fase orale. Nella prospettiva della Corte, il momento chiave che segna la possibile apertura alla divulgazione degli atti di causa non è tanto l'udienza quanto la pronuncia della sentenza che definisce il giudizio[73]. Solo quest'ultima segna il venir meno

[73] Sotto tale profilo la Corte di giustizia si allinea alle conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro nella causa *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, che aveva distinto tra causa

di quella presunzione generale che giustifica il rifiuto alla divulgazione delle memorie in pendenza di causa, dissolvendo ogni timore in merito al rischio di un'alterazione delle dinamiche processuali[74].

Nel far propria un'interpretazione rigida e restrittiva del diritto di accesso ai documenti, la Corte disattende non solo le aperture del Tribunale, ma smentisce altresì le conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro il cui *iter* argomentativo solo in parte coincide con quello seguito dai giudici di ultima istanza dell'Unione[75]. Infatti, nel sottolineare che, in pendenza di causa, spetta alla Corte e non alla Commissione decidere se il pubblico possa accedere ai documenti relativi ad un certo procedimento giurisdizionale, lungi dall'escludere *a priori* la possibilità di concedere un accesso a tale tipologia di documenti, l'Avvocato generale rimette alla valutazione discrezionale della Corte, "sovrana nell'ambito del procedimento"[76], l'opportunità di concedere la divulgazione del fascicolo di una causa ancora pendente. Invitando i giudici dell'Unione a rifuggire da soluzioni categoriche che impongano "l'accesso in tutti i casi oppure neghi[no] l'esistenza di un tale diritto", l'Avvocato generale lascia, dunque, intravedere ancora uno spiraglio attraverso il quale il pubblico possa accedere alle memorie in pendenza di causa.

Ebbene, certamente più rigida, la sentenza della Corte di giustizia aggira gli inconvenienti che tanto la pronuncia del Tribunale quanto le conclusioni di Poiares Maduro avrebbero ingenerato nella prassi qualora fossero state avallate nella loro integralità, "codificando" una regola generale valida per tutti i procedimenti. Il trattamento riservato alle memorie di causa viene infatti parificato quale che sia lo stato del procedimento cui esse accedono, potendo essere divulgate solo a valle della pronuncia che chiude il giudizio.

A ben riflettere, infatti, anche la soluzione dell'Avvocato generale – alla stregua di quella del Tribunale – avrebbe esposto il procedimento giurisdizionale

pendente e causa chiusa con la pronuncia della sentenza definitiva.

74 Analoga soluzione sarà poi seguita più tardi dall'Avvocato generale Kokott nelle conclusioni del 3 marzo 2011, causa C-506/08, *Svezia* c. *MyTravel* e *Commissione*, punto 67, in merito al diritto di accesso a documenti inerenti a procedure amministrative relative al controllo di concentrazioni. Qui l'Avvocato generale suggerisce alla Corte di giustizia di distinguere tra diritto di accesso ai documenti nell'ambito delle procedure amministrative *in corso* (non consentito) e procedure amministrative già concluse in modo definitivo, come quella del caso di specie, rispetto alle quali la divulgazione dei documenti dovrebbe invece essere ammessa.

75 Ci si riferisce in particolare al passaggio di cui al punto 15 delle conclusioni nella causa *Regno di Svezia* e *a.* c. *API* e *Commissione*, nel quale l'Avvocato generale rileva che la sola sottomissione della memoria ai giudici dell'Unione fa della stessa un atto non più della parte che lo ha redatto ma un "elemento del procedimento giudiziario", cosicché spetta ai giudici dell'Unione e non alle parti in causa "valutare le richieste di accesso alla luce dei principi di correttezza e di trasparenza, prendendo attentamente in considerazione tutti gli interessi in gioco". Il semplice deposito in cancelleria è, dunque, sufficiente perché l'atto di causa venga attratto nella competenza esclusiva dei giudici dell'Unione ed in ultima analisi perché sia rimessa alla loro valutazione discrezionale la decisione di dare seguito ad un'istanza d'accesso.

76 *Ibidem*, punto 14.

ad "incursioni esterne" suscettibili non solo di alterarne le dinamiche, ma altresì di dilatarne e rallentarne oltremodo le tempistiche vanificando così gli sforzi dei giudici dell'Unione di contenere i tempi del giudizio.

## Abstract


### The Right of Access to Pleadings: The *API* Case

On 21 September 2010, the EU Court of Justice delivered its judgment in the appeal against the General Court's decision in the *API* case. The EU Court of Justice clarified if and when third parties have a right to gain access to pleadings lodged in proceedings before EU judges.

By commenting on the judgments of the Court of Justice and the General Court of the European Union, this paper attempts to highlight the tensions behind the right of access to court pleadings, namely, the conflicting public interests of promoting transparency on one hand, and protecting the integrity of judicial proceedings on the other hand. In this respect, this paper aims to show which reasons guided the Court of Justice to "sacrifice" the right of third party access to such documents.

Rossana Palladino

# Il diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?

Sommario: 1. Premessa. – 2. Brevi cenni sulla cittadinanza europea. – 3. La "estensione" agli stranieri dei diritti di cittadinanza. – 4. *Segue*: *…versus* il limite delle situazioni "puramente interne". – 5. Principio personalista ed aperture della Corte di giustizia. – 6. Le questioni sollevate nel caso *Ruiz Zambrano* e le differenze rispetto al precedente *Zhu* e *Chen*. – 7. Il diritto di soggiorno nel proprio Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea. – 8. Conclusioni.

**1.** La recente sentenza Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 marzo 2011, resa nella causa *Ruiz Zambrano*[1], rappresenta l'ultimo tassello di quel processo di progressivo ampliamento del campo di applicazione della cittadinanza europea e dei diritti ad essa collegati messo in moto dalla stessa giurisprudenza europea.

Quest'ultima, come è noto, ha più volte ribadito che sia l'applicazione dei diritti fondamentali quanto l'istituto della cittadinanza europea rappresentano strumenti non in grado di per se stessi di ampliare le competenze dei Trattati, non potendovi andare oltre. Eppure, anche in assenza di modifiche normative che determinino un espresso ampliamento delle competenze europee, dal processo giurisprudenziale in atto emerge la capacità delle disposizioni contenute nei Trattati, una volta che esse vengano lette alla luce della (valorizzata) cittadinanza europea e dei diritti fondamentali, di offrire la base giuridica idonea a consentire tale tipo di ampliamento.

Emblematicamente, nella sentenza *Ruiz Zambrano*, la Corte di giustizia, rovesciando la sua tradizionale impostazione volta ad affermare, in via generale, l'applicazione dei diritti di cittadinanza solo previa circolazione del cittadino europeo da uno Stato membro all'altro (cittadinanza c.d. "dinamica"), giunge a riconoscere tali diritti (nella specie, trattasi di diritti derivati dei familiari di cit-

[1] Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano* c. *Office National de l'emploi (ONEm)*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

tadini dell'Unione) a prescindere dal fattore della "*circolazione*". E ciò tramite la valorizzazione delle disposizioni primarie in tema di cittadinanza, dalle quali la Corte fa discendere l'applicazione di diritti che, normativamente (ai sensi della direttiva 2004/38/CE[2]), troverebbero applicazione solo in ipotesi di cittadinanza c.d. "dinamica".

In tal senso, la pronuncia *de qua* è in grado di aprire alla revisione dell'impostazione tradizionale mantenuta dalla stessa giurisprudenza europea in tema di *reverse discriminations*, quali discriminazioni subite da quella categoria di cittadini europei che non facciano esercizio della libera circolazione (cittadinanza c.d. "statica").

**2.** Nell'ottica di un rinnovato interesse alla persona in quanto tale e non più quale mero fattore di produzione equiparabile a merci, servizi e capitali, il Trattato di Maastricht ha, come è noto, istituito la cittadinanza a livello di ordinamento europeo, ai sensi dell'allora art. 8 del Trattato della Comunità europea (TCE)[3], divenuto, a seguito delle ulteriori modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam, art. 17 TCE, e attualmente art. 20 TFUE.

---

[2] Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, *GUUE* L 158, 30 aprile 2004, p. 77 ss. Ai sensi dell'art. 3 della direttiva, essa "si applica a qualsiasi cittadino dell'Unione che si rechi o soggiorni in uno Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza, nonché ai suoi familiari (…) che accompagnino o raggiungano il cittadino medesimo".

[3] Per alcuni contributi sulla cittadinanza europea istituita dal Trattato di Maastricht, si vedano R. Adam, *Prime riflessioni sulla cittadinanza dell'Unione*, in *RDI*, 1992, p. 622 ss.; C. Closa, *The Concept of Citizenship in the Treaty on European Union*, in *CML Rev.*, 1992, pp. 1137-1170; J. D'Oliveira, *European Citizenship: Its Meaning, Its Potential*, in J. Monar, W. Ungerer, W. Wessels (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union*, Bruxelles, 1993, pp. 126-146; R. Kovar, D. Simon, *La citoyenneté européenne*, in *CDE*, 1993, p. 286 ss.; M. La Torre, *European Citizenship*, The Hague, 1993; J. Verhoeven, *Les citoyens de l'Europe*, in *Annales de droit de Louvain*, 1993, pp. 165-191; A. Lippolis, *La cittadinanza europea*, Bologna, 1994; Id., *Cittadinanza dell'Unione*, in S. Cassese (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 925 ss.; P. Close, *Citizenship, Europe and Change*, London, 1995; O'Keeffe, *Citizenship of the Union*, in *Actualités du Droit*, 1994, pp. 227-248; E. Marias (ed.), *European Citizenship*, Maastricht, 1994; E. Meehan, *Citizenship and the European Community*, London, 1993; A. Rosas, E. Antola (eds.), *A Citizens' Europe. In Search of a New Order*, London, 1995; U. Villani, *La cittadinanza dell'Unione europea*, in *Studi in ricordo di Antonio Filippo Panzera*, II, Bari, 1995, p. 1001 ss. Tra i lavori più recenti si vedano, invece, con riserva di ulteriori citazioni, M. Condinanzi, A. Lang, B. Nascimbene, *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Bruxelles, 2008; P. Dollat, *La citoyenneté européenne*, Bruxelles, 2008; M. C. Baruffi (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010; C. Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010; e, altresì, N. W. Barver, *Citizenship, Nationalism and the European Union*, in *ELR*, 2002, p. 241 ss.; S. Kadelbach, *Union Citizenship*, Jean Monnet Working Paper 9/03, 2003; L. S. Rossi, *I cittadini*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato dell'Unione europea*, I, Torino, 2004, p. 114 ss.; Id., *La cittadinanza dell'Unione europea*, in A. Tizzano (a cura di), *Il processo di integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, 2008; A. Celotto, *La cittadinanza europea*, in *DUE*, 2005, pp. 379-390; G. Cordini, *Linee evolutive della cittadinanza europea: dai Trattati alla «Costituzione per l'Europa»*, in P. G. Grasso

Pur non potendoci soffermare sulla ricostruzione teorica di tale istituto, in questa sede ci si limita solamente a ricordare i più significativi caratteri di "atipicità" che, evidenziati dalla dottrina che si è interessata del tema, sono valsi a contraddistinguere la cittadinanza europea, specie se parametrata ai connotati "tipici" legati al concetto tradizionale di cittadinanza modellato sull'esperienza degli ordinamenti statali[4]. Tradizionalmente, infatti, con il termine "cittadinanza", si viene ad indicare la condizione giuridica di chi fa parte di uno Stato[5], laddove né la Comunità europea né l'Unione europea[6] – anche a voler considerare il più recente processo di evoluzione di quest'ultima – possono essere assimilate ad un'entità statale[7].

Facendo, poi, prescindere il concetto di cittadinanza dall'esistenza di un nesso con uno Stato, la nozione tradizionale non sembra, in ogni caso, perfettamente utilizzabile per spiegare la cittadinanza europea. E ciò per le caratteristiche che presenta l'ordinamento europeo, non ancora completamente sviluppato nella sua dimensione politica[8], atteso che il carattere politico, parallelamente a quello civile e socio-economico, rappresenta, anche secondo le teorie più recenti, uno degli elementi costitutivi in cui si articola il concetto di cittadinanza[9]. Infatti,

---

(a cura di), *Europa e Costituzione*, Napoli, 2005, p. 260 ss.; Pa. Mengozzi, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006; E. Triggiani, *La cittadinanza europea per la utopia sovranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, pp. 435-477; F. G. Jacobs, *Citizenship of the European Union – A Legal Analysis*, in *ELJ*, 2007, pp. 591-610; L. Panella, *L'affermarsi della cittadinanza europea*, in C. Zanghì, L. Panella (a cura di), *50 anni di integrazione europea. Riflessioni e prospettive*, Torino, 2007, pp. 221-225; D. Kostakopoulou, *The Evolution of European Union Citizenship*, in *European Political Science*, 2008, pp. 285-295; U. Villani, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed. Specificamente sui lavori preparatori relativi all'introduzione della cittadinanza europea nel testo del nuovo TCE novellato dal Trattato di Maastricht, si veda anche M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, in *EG*, 1995, pp. 1-2.

4 In proposito, circa l'emersione di un fenomeno di cittadinanza definibile "post-nazionale", si vedano J. Habermas, *Citizenship and National Identity: Some Reflections on the Future of Europe*, in *Praxis International*, 1992, n. 12, pp. 1-9; Y. N. Soysal, *The Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago, 1994; D. Kostakopoulou, *Citizenship, Identity and Immigration in the European Union: Between Past and Future*, Manchester, 2001. Per riflessioni più ampie circa il concetto di cittadinanza tra ordinamenti interni e ordinamento internazionale, si veda L. Panella, *La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale*, Napoli, 2008.

5 G. Biscottini, *Cittadinanza (dir. vigente)*, in *EdD*, VII, 1960, p. 40. In tal senso anche A. Lippolis, *La cittadinanza europea*, cit., p. 43.

6 È noto che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Comunità europea viene a scomparire e l'Unione europea "sostituisce e succede" ad essa. Cfr. art. 1 TUE.

7 In proposito, si veda anche quanto rimarcato dal Bundesverfassungsgericht nell'ormai notissima sentenza del 30 giugno 2009, c.d. *Lissabon Urteil* (www.bundesverfassungsgericht.de, reperibile *on line*).

8 M. Cartabia, *op. cit.*, p. 3. In dottrina è stato spesso anche sottolineato il valore meramente simbolico sotteso all'istituzione della cittadinanza europea, quale premessa per la progressiva affermazione di una coscienza europea ancora da costruire. Cfr. E. Grosso, *La cittadinanza europea*, in G. Ajani (a cura di), *La nuova Europa*, Torino, 2000, p. 72 ss.

9 Sul punto si leggano le considerazioni di V. Sottili, *Cittadinanza europea e libertà economiche*, in *Contr. imp.*, 1999, p. 715, per la quale, anche limitandosi al diritto vigente, "la cittadi-

appare pacifico che lo *status* di cittadino appartenga a coloro che costituiscono il nucleo individuatore di una "comunità politica", qualunque esso sia[10]. Di conseguenza, la possibilità di ricondurre la cittadinanza dell'Unione al fenomeno della cittadinanza storicamente inteso è stata messa in dubbio non tanto in ragione della natura non-statuale dell'ordinamento comunitario/europeo, quanto, piuttosto, per la mancanza di una dimensione politica di integrazione europea.

Viene in considerazione, poi, un altro elemento di "atipicità", riconducibile alla mancata previsione di un nucleo di obblighi e doveri che, accanto alla pluralità di diritti previsti, avrebbe dovuto completare il quadro delle situazioni giuridiche attribuite a colui che possiede lo *status* di cittadino[11]. Sulla base di tale caratteristica, si è giunti a ritenere che il nucleo fondamentale dei diritti che l'ordinamento europeo riconosce come propri del cittadino dell'Unione[12] appare risolversi in un insieme di posizioni soggettive, di diritti speciali, riconosciuti ai cittadini degli Stati membri (e non solo ad essi), ma che della cittadinanza non esprimono la dimensione di soggezione dell'individuo allo Stato[13], né il correlato aspetto partecipativo che si manifesta attraverso l'esercizio di diritti caratterizzanti il contributo dell'individuo alla vita politica dello Stato[14].

Inoltre, anche il sotteso intento – tramite l'istituzione della cittadinanza europea – di contribuire alla piena realizzazione della libertà di circolazione e all'af-

---

nanza europea intesa come soggettività, come l'insieme dei diritti e dei doveri che accomunano i cittadini degli Stati membri, titolari di identiche situazioni soggettive, reca con sé ben più dei diritti elencati nell'art. 8 trattato CEE come modificato dal trattato sull'Unione; il riconoscimento ai soggetti dell'ordinamento comunitario di situazioni giuridiche non riconducibili agli ordinamenti nazionali e addirittura difendibili nei confronti degli Stati lascerebbe individuare un vero e proprio 'diritto privato comunitario' che di tale *status* fa necessariamente parte. In questo senso più ampio la cittadinanza sarebbe articolata (...): come libertà individuale (elemento civile), esercizio del potere politico (elemento politico) (...) e benessere economico unitamente alla sicurezza sociale (elemento sociale)". In questo senso si vedano le più risalenti riflessioni di T. H. Marshall, *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, 1976, p. 9.

10 Così classicamente R. Quadri, *Cittadinanza*, in *N.mo DI*, III, 1957, p. 307 ss.

11 Per osservazioni critiche di tal genere, si veda, per tutti, U. Villani, *La cittadinanza dell'Unione europea*, cit., p. 1010, ed il più recente Id., *Istituzioni*, cit., p. 97 ss. Sull'assenza di una posizione di "soggezione" del cittadino europeo si veda anche A. Sinagra, *La cittadinanza nella evoluzione del diritto interno, del diritto internazionale e del diritto comunitario*, in F. Lanchester, T. Serra (a cura di), *«Et si omnes…». Scritti in onore di Francesco Mercadante*, Milano, 2008, pp. 867-868, secondo il quale "se la cittadinanza è innanzitutto inclusione ed appartenenza e, dunque, partecipazione e solidarietà, essa non può non essere espressiva anche e soprattutto – e ancor prima – di doveri, obblighi e responsabilità verso la collettività di riferimento politicamente organizzata in forme statalistiche (…). Non può non concludersi, allora, nel senso che non si è in presenza di alcuna effettiva «cittadinanza» europea" (*ivi*, pp. 867-868).

12 Attualmente elencati *sub* art. 20, par. 2, TFUE.

13 M. Condinanzi, B. Nascimbene, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, in M. P. Chiti, G. Greco (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 93.

14 Per quanto concerne i principi di partecipazione e di soggezione allo Stato come elementi propri del vincolo giuridico-politico di cittadinanza, si rinvia a R. Clerici, *Cittadinanza*, in *Dig. disc. pubb.*, III, 1989, p. 113.

fermazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, contenuti nel Trattato istitutivo della Comunità economica europea, ha inciso sulle caratteristiche peculiari con le quali si viene a manifestare la cittadinanza europea. Con ciò, ci si intende riferire, in particolare, alle riflessioni dottrinarie che sottolineano come se, solitamente, la cittadinanza regola la posizione dell'individuo rispetto all'ente o all'ordinamento di appartenenza, la cittadinanza europea sia destinata a far sentire i suoi effetti prevalentemente sulla posizione del cittadino nell'ambito di "altri ordinamenti"[15].

Muovendo da siffatte premesse, si è evidenziato che profili evolutivi della nozione di cittadinanza europea potessero emergere solo a seguito di un processo di rafforzamento di un'auspicata identità comune europea tramite una maggiore e più consapevole partecipazione dei cittadini, posti al centro del processo di integrazione. In tal senso, nell'individuazione dei cardini fondamentali su cui si è ritenuto dovessero ruotare le riforme relative al "futuro dell'Europa", la Dichiarazione di Laeken del 2001[16], con riguardo alle questioni relative alla cittadinanza europea, aveva sottolineato la necessità di sviluppare un processo di maggiore vicinanza tra i cittadini e le istituzioni europee quale uno dei principali obiettivi ispiratori delle riforme da intraprendere.

Tale obiettivo, sopravvissuto al fallimento del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, traspare oggi da alcuni passaggi del Trattato di Lisbona. Ci si intende riferire, ad esempio, alla espressa volontà degli Stati membri dell'Unione di istituire una cittadinanza comune ai cittadini dei loro Paesi per la creazione "di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa, in cui le decisioni siano prese il più possibile vicino ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà", così come si legge nel 10° e nel 13° "considerando" del TUE; o, anche, alla volontà dell'Unione di "offrire" ai "suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne (…)"[17]. Inoltre, nella stessa direzione sembrano orientate ulteriori disposizioni del Trattato sull'Unione europea: si pensi, ad esempio, all'art. 11, par. 1, TUE, ove il Trattato impegna le istituzioni dell'Unione a dare ai cittadini la possibilità di far conoscere e scambiare le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione; oppure, all'art. 13, par. 1, TUE, il quale sancisce che l'Unione mira a servire gli interessi dei suoi cittadini. Infine, non si può non evidenziare che, a seguito della novella inserita dal Trattato di Lisbona, gli articoli 10, par. 2, e 14, par. 2, TUE stabiliscono che il Parlamento europeo è composto dai rappresentanti, non più dei

15 M. Cartabia, *op. cit*., p. 3.

16 Allegato n. I alle conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Laeken, 15 e 16 dicembre 2001, SN 300/1/01/REV1. Sulla Dichiarazione di Laeken, e sul processo "costituente" da essa avviato, si vedano J. Raux, *De Nice à Laeken: pour une approche structurante de la constitutionnalisation de l'Union européenne*, in *Rev. AE*, 2001, nn. 11/12, pp. 61-74; M. Cartabia, *Riflessioni sulla convenzione di Laeken*, in *Q. cost*., 2002, pp. 439-447; D. Göler, *Der Gipfel von Laeken: Erste Etappe auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung?*, in *Integration*, 2002, pp. 99-110; K. Lenaerts, *La déclaration de Laeken premier jalon d'une Constitution européenne?*, in *J. trib.*, 2002, n. 86, pp. 29-42.

17 Art. 3, par. 2, TUE.

"popoli", ma dei "cittadini" dell'Unione: di tal che appare maggiormente rafforzato il legame con il Parlamento europeo nell'ottica di un consolidamento della tutela dei diritti dei cittadini, anche in considerazione dell'accresciuto ruolo che il Trattato di riforma attribuisce a tale istituzione, tramite l'elevazione della procedura di codecisione a "procedura legislativa ordinaria" ai sensi dell'art. 289 TFUE[18].

Se è vero che il quadro generale così delineato dal Trattato di Lisbona – al pari del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, se fosse stato ratificato[19] – non sembra apportare novità di grosso rilievo alle disposizioni specificamente dedicate alla cittadinanza europea[20], è altrettanto vero che ciò non potrà avere un effetto frenante rispetto a quella "vocazione *naturaliter* espansiva"[21] che l'istituto della cittadinanza europea sembra possedere, specie per effetto della giurisprudenza comunitaria/europea.

È noto, peraltro, che tale *vis* espansiva è stata prevalentemente sorretta dall'influenza che sulla Corte di giustizia hanno esercitato i diritti fondamentali, portando sia ad una progressiva estensione delle categorie di soggetti cui ricondurre i diritti di cittadinanza, sia ad un ampliamento oggettivo del novero di tali diritti[22]. Pertanto, appare verosimile che tale tipo di processo possa essere interessato da ulteriore incremento, per effetto sia dell'acquisito valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali, sia della prospettiva di adesione dell'Unione

---

18 Per approfondimenti sul ruolo del Parlamento europeo a seguito della riforma di Lisbona, si veda, tra gli altri, L. Daniele, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in questa *Rivista*, 2009, pp. 43-54.

19 In proposito, alcuni autori avevano lamentato la mancata creazione di un apposito Gruppo sulla cittadinanza nell'ambito della Convenzione. Cfr. C. Ladenburger, *Fundamental Rights and Citizenship of the Union*, in G. Amato, H. Bribosia, B. de Witte (eds.), *Genesis and Destiny of the European Constitution*, Brussels, 2007, pp. 318-319.

20 Anche la nuova qualifica della cittadinanza europea quale "aggiuntiva" rispetto a quella nazionale, non vale di per sé a rendere la prima maggiormente autonoma rispetto alla seconda, atteso l'immutato impianto normativo riguardante la cittadinanza europea ed il suo rapporto con quella nazionale. In tal senso, cfr. A. Schrauwen, *European Union Citizenship in the Treaty of Lisbon: Any Change at All?*, in *Maastricht JECL*, 2008, p. 59, e J. Shaw, *The Constitutional Development of Citizenship in the EU Context: with or without the Treaty of Lisbon*, in I. Pernice, E. Tanchev (eds.), *Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution?*, Baden-Baden, 2009, p. 111.

21 L'espressione è ripresa da E. Grosso, *Cittadinanza e vita democratica in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (a cura di), *Il Trattato di Lisbona,* Napoli, 2009. Secondo l'autore si continuerà, pertanto, ad assistere a una sostanziale asimmetria tra un contenuto della cittadinanza notevolmente arricchito rispetto a quanto stabilito dai Trattati, per effetto delle sentenze della Corte di giustizia, e una concreta percezione della stessa, da parte dei suoi teorici beneficiari, assolutamente scarsa. Il che è in grado di creare problemi di "legittimazione sostanziale" dell'Unione da parte dei suoi stessi cittadini.

22 In generale, per approfondimenti sulle fasi che hanno contraddistinto il processo di lenta affermazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario/europeo, si vedano, esemplificativamente, F. Sudre, *Droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruxelles, 2007; S. Gambino, *Diritti fondamentali e Unione europea*, Milano, 2009; A. Di Stasi, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo*, Napoli, 2010, II ed.

europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)[23]. Peraltro, queste ultime due novità rilevano ulteriormente quali fattori determinanti per l'emersione di una "piattaforma", vincolante, di diritti fondamentali comuni, suscettibile di attribuire una maggiore concretezza all'idea di un'identità comune, ponendo le basi per la nascita di una sfera pubblica europea, così come del suo "*demos*"[24]. Essi, pertanto, si manifestano come il principale canale atto a garantire la piena realizzazione della cittadinanza in una dimensione europea[25].

**3.** È noto che, anche a livello di ordinamenti statali, il concetto di cittadinanza sia stato interessato da un processo di progressivo ampliamento dei suoi confini sia oggettivi sia soggettivi: esso rappresenta il frutto di un doppio ordine di cause[26] legate alla diffusione di fenomeni migratori su larga scala[27] e all'emersione di una nuova impostazione che tende a ricondurre la posizione del cittadino alle situazioni giuridiche fondamentali aventi la propria radice nella dignità della persona umana[28]. Di conseguenza, è stata evidenziata l'emersione di un fenomeno di "crescente marginalizzazione del principio di reciprocità interstatuale"[29], proprio in nome di quelle esigenze di garanzia dei diritti fonda-

---

[23] Prospettiva aperta dall'art. 6 TUE, il cui par. 2 testualmente recita: "L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati".

[24] In tal senso, si vedano alcune riflessioni emerse già all'epoca della prima proclamazione della Carta di Nizza contenute in S. Rodotà, *La Carta come atto politico e come documento giuridico*, in A. Manzella, P. Melograni, E. Paciotti, S. Rodotà (a cura di), *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 66 ss. In una differente prospettiva, sempre di tipo costituzionalistico, si è evidenziato che la Carta dei diritti sarebbe dovuta essere essa stessa espressione di un già esistente popolo e di una sfera pubblica a livello europea: cfr. G. Azzariti, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel processo costituente europeo*, in G. Azzariti, *Studi sui diritti in Europa*, Roma, 2006, p. 72.

[25] Come è stato sottolineato, non può non riconoscersi, nell'acquisizione della natura vincolante della Carta, una valenza "costituzionale", che consente di consacrare "le statut légal du citoyen local dans l'Union civique européen": cfr. M. Panebianco, *Etats et citoyens a l'heure de la constitution europeenne*, in *RCGI*, 2005, n. 20, p. 33, con riferimento alla sottoscrizione del Trattato "Costituzionale", che prevedeva, come è noto, l'inserimento dell'intero catalogo di diritti previsti dalla Carta nella parte II del Trattato.

[26] In grado di incidere *ab extra* e *ab intra* sul tradizionale concetto di cittadinanza, in fase di declino in favore dell'emersione di un fenomeno di "omogeneizzazione" tra la posizione giuridica fondamentale dello straniero rispetto a quella del cittadino. Per tali osservazioni, cfr. G. Della Torre, *Cittadinanza e cittadinanze – Nuove prospettive della solidarietà in una società democratica*, in *Iustitia*, 2004, pp. 1-19, in particolare p. 5.

[27] Sull'attenuazione della contrapposizione cittadino/straniero per effetto del fenomeno migratorio in una società globalizzata, si veda A. Di Stasi, *Cidadania e dupla cidadania, emigração de longo período e voto dos italianos no exterior*, in *Revista Dos Tribunais*, 2008, pp. 45-54.

[28] P. Häberle, *La cittadinanza come tema di una dottrina europea della costituzione*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, p. 31. Per una ricostruzione di tali posizioni si veda anche E. Castorina, *Introduzione allo studio della cittadinanza. Profili ricostruttivi di un diritto*, Milano, 1997, p. 167 ss.

[29] Per tali riflessioni, si veda A. Di Stasi, *Verso uno "statuto" euro-nazionale del cd. immigrato di lungo periodo,* in U. Leanza (a cura di), *Le Migrazioni. Una sfida per il diritto internazio-*

mentali dello straniero richiamate soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, oltre che delle corti costituzionali[30].

Nel contesto dell'ordinamento europeo, la tendenza verso l'apertura dei diritti legati alla cittadinanza anche a cittadini di Paesi terzi, già riscontrabile nel dovere di rispetto dei diritti fondamentali nella CEDU quali principi generali dell'ordinamento dell'Unione, appare oggi ulteriormente rafforzata dalla prevista possibilità di adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Considerato il valore universalmente riconosciuto, l'aggancio alla CEDU non può valere unicamente ai fini della configurazione di uno "statuto" esclusivo del cittadino europeo[31], costituito dal "patrimonio" di diritti previsti nei Trattati e che siano sottratti alla disponibilità dei cittadini di Stati terzi. Ciò in linea con l'ulteriore tendenza, inaugurata a partire dal Trattato di Amsterdam in poi, ad attenuare la tradizionale contrapposizione tra cittadini dell'Unione europea e stranieri[32], grazie a meccanismi di progressiva estensione normativa, in capo a questi ultimi, dei diritti di carattere economico e sociale[33].

Se solo prendiamo a riferimento il nucleo centrale di diritti previsti dalle disposizioni dei Trattati connessi alla cittadinanza europea, la gran parte di essi (nella specie, il ricorso al Mediatore europeo, il diritto di petizione, il diritto di

---

*nale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 451. Si veda anche S. Angioi, *Cittadino, straniero e immigrato: evoluzione del concetto e del rapporto di cittadinanza tra norme internazionali e diritto interno*, in *CI*, 2000, pp. 183-221.

30 In tale ottica, va sottolineata anche l'interpretazione di tipo "estensivo" che ha interessato la nozione di giurisdizione statale prevista dall'art. 1 CEDU. A prescindere dalle fattispecie concrete che hanno generato varie pronunce della Corte di Strasburgo, può dirsi che, più volte, quest'ultima ha avuto modo di affermare che, benché una violazione possa essersi materialmente realizzata in un territorio sottratto alla sovranità di uno Stato contraente, ciò non esclude la necessità di verificare in concreto se la vittima di tale comportamento non sia comunque soggetta alla giurisdizione di tale Stato, in quanto "the term 'jurisdiction' is not limited to the national territory of the High Contracting Parties; their responsibility can be involved because of acts of their authorities producing effects outside their own territory": Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 giugno 1982, *Drozd* e *Janousek* c. *Francia* e *Spagna*, par. 91. Per la ricostruzione delle varie teorie volte a definire l'esatta nozione della giurisdizione statale rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 1 CEDU, si veda per tutti P. De Sena, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti dell'uomo*, Torino, 2002.

31 Cfr. E. Castorina, *Diritto alla non-discriminazione e cittadinanza europea: uno sguardo al cammino costituente dell'Unione*, in *Rassegna parlamentare*, 2000, pp. 779.

32 Sulla nozione di straniero, si rinvia, per tutti ad A. Di Stasi, *Straniero (posizione giuridica dello)*, in *Enciclopedia Giuridica del Sole 24 ore*, Roma, 2007, vol. 15, pp. 449-453, ed alla bibliografia ivi citata. Sulla condizione degli stranieri nell'ordinamento europeo si veda, in generale, L. S. Rossi, E. Bergamini, *Gli stranieri*, in A. Tizzano (a cura di), *Il diritto privato*, cit., pp. 128-162.

33 Su cui si veda, per tutti, B. Nascimbene, *L'Unione europea e i diritti dei cittadini dei paesi terzi*, in *DUE*, 1999, p. 259 ss. In generale, sulla progressiva equiparazione degli stranieri ai cittadini e sul conseguente nuovo concetto di cittadinanza, si rinvia, nell'ampia letteratura esistente, a T. Hammar, *Democracy and the Nation State Aliens: Denizens and Citizens in a World of International Migration*, Aldershot, 1990; S. Peers, *Building Fortress Europe. The Development of EU Migration Law*, in *CML Rev*., 1998, p. 1236 ss.; S. Castles, A. Davidson, *Citizenship and Migration. Globalisation and the Politics of Belonging*, London, 2000.

rivolgersi alle istituzioni e di ottenere risposta) risulta strutturata in maniera tale da riguardare non solo i cittadini dell'Unione, ma chiunque risieda in uno Stato membro dell'Unione, ossia anche coloro che hanno la cittadinanza di un Paese terzo; inoltre, i c.d. diritti elettorali sono suscettibili di estensione da parte dello Stato membro anche a soggetti non cittadini – né di quello Stato, né dell'Unione –, purché essi siano qualificati da un particolare legame con lo Stato medesimo.

Nell'ambito del diritto derivato, poi, si è evidenziata, a seguito del Trattato di Amsterdam[34] ed in linea con quanto definito dalle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere del 1999[35], l'affermazione di meccanismi di ravvicinamento dello *status* dei cittadini di Paesi terzi rispetto a quello dei cittadini degli Stati membri, con la conseguente affermazione della garanzia di un *corpus* di diritti uniformi e quanto più possibile simili a quelli di cui beneficiano i cittadini dell'Unione[36].

La normativa di diritto derivato che ne è scaturita ha determinato "differenze marginali"[37] in materia, ad esempio, di circolazione e di soggiorno di durata inferiore ai tre mesi; inoltre, la condizione giuridica di residente a lungo termine accordata in base alla direttiva 2003/109/CE[38] agli "extracomunitari" residenti da almeno 5 anni sul territorio di uno Stato membro non differisce sensibilmente dal diritto di soggiorno indeterminato stabilito a favore dei cittadini dell'Unione.

---

34 Il quale va segnalato per aver "comunitarizzato", seppure non completamente, i temi dell'asilo e dell'immigrazione nella prospettiva della progressiva realizzazione di uno "Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" nell'Unione europea.

35 Consiglio europeo di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999, conclusioni della Presidenza (SN 200/99). In esse sono stati indicati gli ambiti prioritari per un approccio globale ed equilibrato alla politica comune in materia di asilo e immigrazione per il periodo 1999-2004. Per un bilancio del Programma di Tampere, si veda M. L. Tufano, *L'integrazione degli stranieri legalmente residenti nell'Unione europea*, in *DPCE*, 2005, pp. 744-759, ove l'autrice riscontra un "forte squilibrio" tra quanto ha riguardato l'integrazione dei cittadini dei Paesi terzi e quanto è stato fatto su altri aspetti, ad esempio, in tema di visti, controlli alle frontiere esterne, politica di rimpatrio.

36 Per un'analisi del ravvicinamento normativo della posizione dello straniero, specie con riferimento alla categoria di immigrato di lungo periodo, a quella del cittadino UE, si rinvia ad A. Di Stasi, *Verso uno "statuto"*, cit., in particolare al par. 2. Si registra, peraltro, una proposta della Commissione europea di istituire una "cittadinanza civile", collegata alla residenza continuativa nel territorio dell'Unione: cfr. la comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 22 novembre 2000, su una politica comunitaria in materia di immigrazione, COM(2000)757 def. In particolare, al par. 3.5 della comunicazione si legge: "[l]a Carta dei diritti fondamentali potrebbe costituire un punto di riferimento per definire il concetto di cittadinanza civile in uno specifico Stato membro (comprendente un nucleo comune di diritti e obblighi) per i cittadini dei paesi terzi. Permettere agli immigrati di acquisire tale cittadinanza dopo un minimo di anni per molti di loro può essere garanzia sufficiente di un inserimento riuscito nella società, oppure un primo passo verso l'acquisizione della nazionalità dello Stato membro interessato".

37 J. Ziller, *Il diritto di soggiorno e di libera circolazione nell'Unione Europea, alla luce della giurisprudenza e del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2008, p. 963.

38 Direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, *GUUE* L 16, 23 gennaio 2004, p. 44 ss.

Analogamente, la direttiva 2003/86/CE[39] assicura ad alcuni componenti della famiglia di un cittadino extracomunitario residente in modo permanente nell'Unione europea dei diritti molto simili a quelli dei membri della famiglia di un cittadino dell'Unione. Gli esempi proposti sono tutti sintomi dell'emersione di fenomeni di "cittadinanza *de facto*"[40] e di "cittadinanza civica" che, quali espressione della frammentazione del moderno concetto di cittadinanza, rappresentano garanzia affinché alcuni individui possano beneficiare di alcuni diritti fondamentali, collegati a determinati obblighi.

Accanto agli atti di diritto derivato adottati in virtù delle competenze attribuite all'Unione in materia di immigrazione[41], anche le normative derivanti dagli accordi internazionali[42] hanno previsto l'estensione di alcuni diritti tipicamente riconosciuti ai cittadini dell'Unione europea a cittadini di Paesi terzi. Ma, in maniera ancor più significativa, va segnalata anche l'attività della Corte di giustizia, la quale ha contribuito ad applicare i diritti riconosciuti ai cittadini di Paesi terzi, facendo utilizzo sia dei metodi di interpretazione, sia dei principi generali normalmente applicati alle norme sulla libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea[43].

---

39 Direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12 ss.

40 Cfr. L. Panella, *La cittadinanza*, cit., p. 37. Si veda anche la nota 53, ove l'autrice fa riferimento alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 26 marzo 1992, *Beldjoudi* c. *Francia*, in *Série A*, n. 234-A, p. 18.

41 Oltre alla direttive già citate in materia di ricongiungimenti familiari e di residenza di lungo periodo, ci si riferisce anche alla più recente direttiva 2009/50/CE del Consiglio, del 25 maggio 2009, sulle condizioni di ingresso e soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendano svolgere lavori altamente qualificati, *GUUE* L 155, 18 giugno 2009, p. 17 ss., ed alla direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontario, *ivi* L 375, 23 dicembre 2004, p. 12 ss.

42 Si pensi, in particolare, ai diversi accordi euro-mediterranei di associazione che stabiliscono un regime di libera circolazione delle persone del tutto analogo a quello riconosciuto ai cittadini dell'Unione.

43 Esempio emblematico è riscontrabile nella recente sentenza della Corte di giustizia del 4 marzo 2010, causa C-578/08, *Rhimou Chakroun* c. *Minister van Buitenlandse Zaken*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, relativa all'interpretazione di alcune disposizioni della direttiva 2003/86/CE (articoli 2, parte iniziale e lett. d, e 7, n. 1, parte iniziale e lett. c). Nella sentenza in oggetto, la Corte di giustizia ha colto l'occasione per sottolineare che l'art. 2, lett. d) della direttiva non consente di effettuare una distinzione, al fine di riconoscere il diritto al ricongiungimento familiare, a seconda del momento del matrimonio dei coniugi, dato che esso precisa che tale ricongiungimento deve essere inteso come il caso dell'ingresso o del soggiorno nello Stato membro ospitante di un familiare al fine di conservare l'unità familiare, "indipendentemente dal fatto che il legame familiare sia anteriore" (punto 59). La Corte precisa, altresì, che solo l'art. 9, n. 2, della direttiva, applicabile ai rifugiati, prevede che gli "Stati membri possono limitare l'applicazione [delle disposizioni del capo V della direttiva] ai rifugiati i cui vincoli familiari siano anteriori al loro ingresso". Tale disposizione si spiega a causa del trattamento più favorevole accordato ai rifugiati allorché arrivano nel territorio dello Stato membro. La Corte fornisce, pertanto, un'interpretazione della norma che valorizza la portata del ricongiungimento familiare come diritto umano fondamentale, nel rispetto del diritto all'unità familiare previsto dall'art. 8 CEDU e dall'art. 7 della Carta dei

Questo processo di equiparazione dello *status* del cittadino straniero a quello del cittadino dell'Unione europea è ulteriormente riscontrabile nell'impostazione del nuovo programma di Stoccolma in materia di "libertà, sicurezza e giustizia"[44]. Come già sottolineato in alcuni recenti studi[45], sebbene il dichiarato intento del programma sia quello di "portare avanti l'Europa dei cittadini" dando loro i mezzi per esercitare i diritti e trarre pieno beneficio dall'integrazione europea, esso non appare destinato a favorire la sola integrazione dei cittadini dell'Unione. Infatti, specie nel piano d'azione della Commissione europea per l'attuazione del programma di Stoccolma[46], si evince che lo "spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia" deve essere uno spazio di integrazione per tutti gli individui, ove, in particolare, "i cittadini dei paesi terzi possono contare sul rispetto effettivo dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea"[47].

Sembra, pertanto, privilegiarsi un'ottica in cui i cittadini degli Stati terzi vengono in rilievo non più solamente come possibili fattori di disturbo alla "sicurezza" dei cittadini europei, ma anche quali fautori della libertà e della giustizia nello spazio europeo. In tale contesto, il processo di uniformazione straniero/cittadino non potrà non trovare accelerazione in forza dell'incremento di quel tetto comune di diritti fondamentali che trova rafforzamento nella prevista adesione dell'Unione alla CEDU. La posizione dello straniero sarà sempre più equiparata a quella del cittadino in virtù non solo delle accresciute competenze in materia di immigrazione, ma anche per la lettura dei diritti in chiave di diritti fondamentali, riconosciuti alla persona in quanto tale.

In tal senso, ruolo decisivo, come suggerisce il piano d'azione della Commissione europea, è anche svolto dalla Carta dei diritti fondamentali. Quest'ultima, in particolare, si mostra particolarmente propensa ad estendere anche agli stranieri quei diritti che, a prima vista, sembrerebbero riservati esclu-

---

diritti fondamentali. Inoltre, la Corte espressamente afferma di fare applicazione dei principi di interpretazione estensiva ed esplicitamente richiama, per analogia, quanto sancito in precedenti sentenze riferite ai cittadini dell'Unione europea (nella specie, sentenza del 25 luglio 2008, causa C-127/08, *Metock* e *altri* c. *Minister for Justice, Equality and Law Reform*, *Raccolta*, p. I-6241 ss.). Per alcuni commenti, si veda L. Driguez, *Conditions du regroupement familial des ressortissants d'Etat tiers*, in *Europe*, 2010, n. 163, p. 24; B. Huber, *Verweigerung der Familienzusammenführung bei Inanspruchnahme von Sozialhilfe*, in *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 701-702.

[44] Approvato dal Consiglio europeo di Bruxelles del 10 e 11 dicembre 2009, tale programma pluriennale copre il periodo 2010-2014, a conclusione del programma dell'Aja (2004-2009). Esso si basa sulla comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 10 giugno 2009, Uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini, COM(2009)262 def.

[45] Cfr., ad esempio, le ampie riflessioni articolate in S. Carrera, A. Wiesbrock, *Whose Citizenship to Empower in the Area of Freedom, Security and Justice? The Act of Mobility and Litigation in the Enactment of European Citizenship*, Brussels, 2010.

[46] Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 20 aprile 2010, Creare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia per i cittadini europei – Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, COM(2010)171 def.

[47] Piano d'azione per l'attuazione del programma di Stoccolma, cit., p. 2.

sivamente a coloro che posseggono la cittadinanza europea. Infatti, nel testo della Carta, la quasi totalità dei diritti di cittadinanza sono declinati, in realtà, come diritti di "ogni persona" o, quanto meno, di tutti coloro che risiedono sul territorio di uno degli Stati membri.

Nell'essere caratterizzata da un'impostazione "universalista", anche la parte della Carta dedicata alla cittadinanza – che pure, di per sé, avrebbe potuto esprimere un criterio più selettivo nell'individuazione dei destinatari – ha subito l'influenza evidente di un tale paradigma[48]: infatti, gli unici diritti il cui godimento resta limitato ai soli cittadini europei sembrano essere quello di voto e di eleggibilità per il rinnovo del Parlamento europeo e quello che assicura la tutela diplomatica e consolare, posto che anche il diritto di voto amministrativo è sempre più soggetto a tensioni che ne suggeriscono l'allargamento, in molti Paesi europei, a tutti coloro che abbiano da qualche tempo residenza nello Stato ospitante.

**4.** I contributi dottrinari riguardanti il tema della cittadinanza europea hanno evidenziato che la creazione di tale istituto è stata in parte legata anche all'intento di contribuire alla piena realizzazione della libertà di circolazione e alla affermazione del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, quali diritti fondamentali già affermati nel contesto della Comunità economica europea. Come si è accennato, da tale circostanza sono derivate conseguenze sulle caratteristiche peculiari con le quali si viene a manifestare l'istituto in commento: se, solitamente, la cittadinanza vale a regolare la posizione dell'individuo rispetto all'ente o all'ordinamento di appartenenza, la cittadinanza europea è destinata a far sentire i suoi effetti prevalentemente sulla posizione del cittadino nell'ambito di "altri ordinamenti"[49].

Orbene, il precipitato pratico di tale osservazione è riscontrabile nella circostanza che la gran parte dei diritti collegati alla cittadinanza europea, previsti dalle norme sia di diritto primario sia di diritto derivato, risulta attribuita non a tutti i cittadini europei in quanto tali, ma solo a quei cittadini che soddisfino un ulteriore requisito. Nella specie, si tratta di quelle persone che, oltre a possedere la cittadinanza dell'Unione, abbiano anche fatto esercizio della libertà di circolazione dal territorio del proprio Stato di appartenenza a quello di un altro Stato membro.

Di tal che, guardando all'elencazione fatta dai Trattati dei diritti che compongono lo *status* di cittadino dell'Unione (art. 20 TFUE), quello alla libera circolazione nel territorio degli Stati membri dell'Unione viene ad assumente un rilievo maggiore rispetto agli altri. Ciò in quanto è solo attraverso il suo esercizio che il cittadino di uno Stato membro si pone in una posizione di "rilevanza" per l'ordinamento europeo, presupposto per l'esercizio di altri diritti propri della cittadinanza dell'Unione. Per tale motivo, il diritto alla libera circolazione viene ad atteggiarsi più che a diritto connesso alla cittadinanza, a condizione per

[48] Per tali riflessioni cfr. F. Cerrone, *La cittadinanza europea e la Carta dei diritti,* in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, p. 85.

[49] M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, cit., p. 3.

l'esercizio in concreto della gran parte degli altri diritti collegati alla cittadinanza europea, nonostante quest'ultima sorga per il semplice fatto di possedere lo *status* di cittadino di uno Stato membro. Pertanto, è dato evidenziare una non perfetta sovrapposizione tra lo *status* di cittadino e l'esercizio concreto di tutti i diritti che connotano tale *status*.

Com'è noto, quanto fin qui evidenziato rappresenta la premessa per l'emersione di quel fenomeno che, ampiamente dibattuto sia in ambito dottrinario che giurisprudenziale, va sotto il nome di discriminazione c.d. "alla rovescia" (o, secondo la corrispondente terminologia inglese e francese, *reverse discrimination* o *discrimination à rebours*)[50]. Con tale fenomeno, in estrema sintesi, ci si intende riferire a quelle disparità di trattamento che si verificano tra i cittadini di uno Stato membro che operano esclusivamente all'interno di tale Stato (c.d. operatori interni) e gli "operatori europei", intesi come quei soggetti che si spostano da uno Stato membro all'altro. Disparità che, per l'appunto, sono causate dalla mancata applicazione ai primi delle libertà di circolazione garantite dai Trattati o da specifiche disposizioni di diritto derivato a fronte dell'applicazione di disposizioni di diritto interno che risultano più restrittive rispetto ai diritti riconosciuti dall'ordinamento europeo.

Orbene, com'è noto, secondo una consolidata giurisprudenza europea, la posizione di coloro che si vengono a trovare in una situazione di discriminazione alla rovescia non ha, in linea generale, alcuna rilevanza per il diritto dell'Unione europea. Infatti, operando sul territorio di un solo Stato membro, tali soggetti si trovano in una situazione ritenuta "puramente interna", ossia priva di qualsiasi nesso con l'ordinamento europeo[51]. Di conseguenza, gli unici rimedi attuabili

---

[50] Per una ricostruzione dottrinaria delle cause di tale fenomeno e degli strumenti atti a contrastarlo si rinvia, tra gli altri, a G. Druesne, *Remarques sur le champ d'application personelle du droit communautaire: des discriminations à rebours, peuvent – elles tenir en échec la libertè de circulation des personnes?*, in *RTDE*, 1979, p. 429 ss.; K. Mortelmans, *La discrimination à rebours et le droit communautaire*, in *DCSI*, 1980, p. 1 ss.; S. Kon, *Aspects of Reverse Discrimination in Community Law*, in *ELR*, 1981, p. 75 ss.; D. Pickup, *Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers*, in *CML Rev*., 1986, p. 135 ss.; M. Benedettelli, *Il giudizio di eguaglianza nell'ordinamento giuridico delle Comunità europee*, Padova, 1989, in particolare pp. 221-251; E. Cannizzaro, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni 'a rovescio'*, in *DUE*, 1996, pp. 351-371; S. Amadeo, G. Dolso, *La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia*, in *Giur. cost*., 1998, p. 1221 ss.; G. Gaja, *Les discrimination à rebours: un revirement souhaitable*, in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, 1999, p. 993 ss.; M. Poiares Maduro, *The Scope of European Remedies: The Case of Purely Internal Situations and Reverse Discriminations*, in M. Poiares Maduro (ed.)., *The Future of Remedies in Europe*, 2000, p. 117 ss.; P. Pallaro, *La sentenza Guimont: un definitivo superamento "processuale" dell'irrilevanza delle c.d. "discriminazioni a rovescio"?*, in *RIDPC*, 2001, p. 95 ss.; I. Zoppi, *Le discriminazioni a rovescio*, in *DCSI*, 2005, pp. 795-818; B. Nascimbene, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte costituzionale a confronto*, in *DUE*, 2007, p. 717 ss.; F. Spitaleri, *Le discriminazioni alla rovescia nella recente giurisprudenza comunitaria: rimedi insufficienti o esorbitanti?*, in *DUE*, 2007, pp. 971-939; A. Tryfonidou, *Reverse Discrimination in EC Law*, Bruxelles, 2009.

[51] Sentenze della Corte di giustizia del 13 marzo 1979, causa 86/78, *Peureux*, *Raccolta*, p. 897 ss.; del 23 ottobre 1986, causa 355/85, *Cognet*, *ivi*, p. 3231 ss.; del 18 febbraio 1987, causa 98/86, *Mathot*, *ivi*, p. 809 ss.; del 14 luglio 1988, causa 407/85, *Gloken*, *ivi*, p. 4233 ss.; del 14 luglio

per eliminare tali discriminazioni sono rinvenibili negli strumenti normativi predisposti dagli ordinamenti interni e non, invece, nelle disposizioni dell'ordinamento europeo[52]. Tale posizione della Corte di giustizia non è apparsa mutata a seguito dell'istituzione della cittadinanza europea, con la quale l'Unione dovrebbe garantire uguali diritti ai suoi cittadini in quanto tali, e non essere, al contrario, causa di trattamenti differenziati tra gli stessi[53].

A fronte di un sostanzialmente immutato orientamento della Corte di giustizia, non sono, però, mancate forti critiche da parte della dottrina che ha auspicato un mutamento di rotta, che condurrebbe alla piena espansione di una cittadinanza europea la quale, allo stato, appare "as a citizenship which only gives rights to persons outside their state of nationality"[54]. Inoltre, vi è da osservare che, se il fenomeno delle discriminazioni alla rovescia è sempre stato considerato come un "paradosso" derivante dalla creazione della Comunità, prima, e dell'Unione europea, poi, esso appare ancor più evidente, in considerazione di quanto si è evidenziato nel paragrafo precedente. Infatti, il "paradosso" aumenta, ove si prenda in considerazione l'emersione di una "nuova cittadinanza" letta nella chiave della tutela dei diritti fondamentali e che, peraltro, vede estendere l'applicazione dei diritti ad essa connessi ad una cerchia sempre più larga di "stranieri", che propriamente non possono essere qualificati come cittadini dell'Unione.

Di conseguenza, il fenomeno della discriminazione alla rovescia non può che ampliarsi, atteso che coloro i quali, pur essendo cittadini dell'Unione europea, non circolano da uno Stato membro all'altro, corrono il rischio di subire un trattamento meno favorevole rispetto non solo ai cittadini dell'Unione europea che fanno utilizzo della libertà di circolazione, ma anche rispetto ai cittadini di Paesi terzi che, come si è visto, risulta categoria sempre più equiparata a quella dei cittadini dell'Unione.

Peraltro, la limitazione dell'applicazione dei diritti di cittadinanza in funzione della circolazione da uno Stato membro all'altro non fa altro che corrobo-

---

1988, causa 90/86, *Zoni*, *ivi*, p. 4285 ss.; del 28 gennaio 1992, causa C-332/90, *Steen*, *ivi*, p. I-341 ss.; del 16 febbraio 1995, cause riunite da C-29 a 35/94, *Aubertin* e *altri*, *ivi*, p. I-301 ss.; e del 5 giugno 1997, causa C-64/96, *Uecker* e *Jacquet*, *ivi*, p. I-3171 ss. Sulla nozione di "situazione puramente interna" si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 15 dicembre 1982, causa 286/81, *Oosthoek's Uitgeversmaatschappij*, *ivi*, p. 4575 ss., punto 9; del 28 giugno 1984, causa 180/83, *Moser*, *ivi*, p. 2539 ss., punti 16 e 17; dell'8 dicembre 1987, causa 20/87, *Gauchard*, *ivi*, p. 4879 ss., punto 12; del 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hoefner* e *Elser*, *ivi*, p. I-1979 ss., punto 37; e del 16 gennaio 1997, causa C-134/95, *USSL n. 47 di Biella*, *ivi*, p. I-195 ss.

[52] In tal senso si veda, in particolare, la sentenza *Steen*, cit., e la sentenza del 16 giugno 1994, causa C-132/93, *Steen II*, *Raccolta*, p. I-2715 ss.

[53] E ciò sul presupposto che la cittadinanza dell'Unione non ha lo scopo di ampliare la sfera di competenza *ratione materiae* dei Trattati anche a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con l'ordinamento europeo. Cfr. *ex pluribus*, la sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006, causa C-192/05, *Tas-Hagen*, *Raccolta*, p. I-10452 ss., in particolare al punto 23.

[54] E. Guild, *The Legal Elements of European Identity – EU Citizenship and Migration Law*, The Hague, 2004, p. 49.

rare la tradizionale ed originaria assimilazione del concetto di cittadinanza europea più ad uno "*status* di straniero privilegiato"[55], che ad una vera e propria forma di cittadinanza. Invero, nell'ottica da ultimo prospettata, tali diritti dovrebbero essere riconosciuti a prescindere dalla condizione di "straniero" in cui si trova il cittadino europeo nel momento in cui si sposta dal territorio del proprio Stato membro a quello di un altro Stato appartenente all'Unione europea: tali diritti dovrebbero essere riconosciuti a qualunque cittadino dell'Unione, categoria che ricomprende anche quelle persone che non usufruiscono dei diritti alla libera circolazione.

**5.** La materia dei diritti derivati attribuiti ai familiari dei cittadini dell'Unione – che rappresenta anche l'oggetto del caso *Ruiz Zambrano* – offre un campo privilegiato di analisi, laddove si vogliano individuare nuove prospettive in tema di cittadinanza, che vedano quest'ultima sganciata dalla necessità di circolazione da uno Stato membro all'altro.

In tal senso, nella giurisprudenza europea appare riscontrabile un'apertura alla possibilità di ricomprendere nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea una cerchia sempre più ampia di cittadini che non effettuano uno spostamento fisico dal territorio del proprio Stato membro ad un altro. In particolare, tale apertura fa leva sulla progressiva estensione del concetto di "elemento transfrontaliero" che, man mano, è andato ad ampliarsi fino a ricomprendere situazioni che, *prima facie*, appaiono puramente interne e presentano un nesso poco evidente e poco forte con l'ordinamento europeo[56].

Nel tentativo di ripercorrere le tappe più salienti di tale evoluzione giurisprudenziale, si prende, in primo luogo, in considerazione quella giurisprudenza europea che, dopo aver sottolineato la necessità di un trasferimento per motivi lavorativi per poter invocare l'applicazione del diritto comunitario, ha riconosciuto, in linea con quanto affermato anche in altri settori[57], l'applicabilità delle

---

55 M. Cartabia, *Cittadinanza europea*, cit., p. 3. L'espressione risale a J. H. H. Weiler, *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, 2000, p. 233. Altrimenti detto, "[i]f the Union is to have a citizenship which extends a meaningful experience of membership to all residents on its territory, then this must – by definition – have a stronger political character than can be deduced from a picture of busy transnational citizens relying upon their EU derived rights in order to better their personal situation or to enhance their human capital": J. Shaw, *Citizenship: Contrasting Dynamics at the Interface of Integration and Constitutionalism*, EUI Working Paper RSCAS 2010/60, 2010, p. 18 (www.eui.eu, reperibile *on line*).

56 Si può, in tal senso, parlare di una "generous interpretation of the cross-border element": così C. Dautricourt, S. Thomas, *Reverse Discrimination and Free Movement of Persons under Community law: All for Ulysses, Nothing for Pelenope?*, in *ELR*, 2009, pp. 433-454, in particolare p. 444. In sostanza, pur rimanendo formalmente titolari del diritto al ricongiungimento i soli cittadini che si spostano da uno Stato membro all'altro (secondo quanto previsto dalla direttiva 2004/38/CE), di fatto la Corte garantisce l'esercizio di tale diritto anche a quei cittadini europei che non effettuino realmente tale spostamento.

57 Si veda, per esempio, la sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1979, causa 115/78, *Knoors* c. *Staatssecretaris van Economische Zaken*, *Raccolta*, p. 399 ss., relativamente al ricono-

norme comunitarie anche al cittadino che fa rientro nel proprio Paese di origine dopo aver lavorato in un altro Paese europeo (sentenza *Singh* del 1992)[58].

La successiva tappa evolutiva può essere simbolicamente segnata dalla sentenza *Carpenter* del 2002[59], ove la Corte di giustizia ha ritenuto applicabili le norme dell'ordinamento europeo anche a situazioni che non sembravano presentare elementi transfrontalieri tali da consentirne l'applicazione. La questione riguardava il diniego del permesso di soggiorno nei confronti della moglie (di nazionalità filippina) di un cittadino britannico, il signor Carpenter, che questi aveva sposato, nel Regno Unito, dopo la scadenza del suo permesso di soggiorno. La Corte di giustizia ha riconosciuto al signor Carpenter lo *status* di prestatore di servizi comunitari, in quanto, pur essendo stabilito nel proprio Paese, svolgeva un'attività consistente per buona parte nella fornitura di prestazioni di servizi a favore di utenti stabiliti in altri Stati membri. Partendo da tali premesse, una volta riconosciuta l'applicabilità del diritto dell'Unione europea, la Corte ha ritenuto che la decisione di espulsione della signora Carpenter costituisse un'ingerenza nell'esercizio del diritto del signor Carpenter al rispetto della sua vita familiare (ai sensi dell'art. 8 CEDU) non proporzionata rispetto ai motivi di interesse generale addotti dalle autorità del Regno Unito.

Orbene, dalla sentenza *Carpenter*, sulla cui scia si inserisce anche il successivo caso *Jia*[60], emerge un approccio più "liberale" della Corte, nella misura in cui quest'ultima ha riconosciuto che il diritto dell'Unione può accordare il diritto

---

scimento, anche nel Paese membro di cui si è cittadini, delle qualifiche professionali ottenute in un altro Stato membro.

[58] Sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1992, causa C-370/90, *The Queen* c. *Immigration Appeal Tribunal* e *Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*, *Raccolta*, p. I-4265 ss. Nel caso di specie, la Corte di giustizia ha riconosciuto l'obbligo per gli Stati membri di autorizzare l'ingresso ed il soggiorno nel proprio territorio del coniuge (indipendentemente dalla sua cittadinanza) dei propri cittadini che si fossero avvalsi della libertà di circolazione dei lavoratori (recandosi, con il proprio coniuge, nel territorio di un altro Stato membro per esercitarvi un'attività lavorativa), allorché fossero ritornati nel territorio dello Stato di cittadinanza: infatti, secondo la Corte, il coniuge deve godere quantomeno degli stessi diritti che gli spetterebbero, in forza del diritto comunitario, se il cittadino comunitario cui è sposato entrasse e soggiornasse nel territorio di un altro Stato membro.

[59] Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 2002, causa C-60/00, *Mary Carpenter* c. *Secretary of State for the Home Department*, *Raccolta*, p. I-6279 ss. Per alcuni commenti si veda S. Acierno, *The Carpenter Judgment: Fundamental Rights and the Limits of the Community Legal Order*, in *ELR*, 2003, p. 398 ss.; Editorial Comment, *Freedoms Unlimited? Reflections on Mary Carpenter v. Secretary of State*, in *CML Rev.*, 2003, p. 537 ss.; H. Toner, *Annotation of Carpenter*, in *EJML*, 2003, p. 163 ss.; A. Tryfonidou, *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department: the Beginning of a New Era in the European Union*, in *King's College Law Journal*, 2003, pp. 81-86.

[60] Sentenza della Corte di giustizia del 9 gennaio 2007, causa C-1/05, *Yunying Jia* c. *Migrationsverket*, *Raccolta*, p. I-1 ss. Il caso era relativo al ricongiungimento dei familiari extracomunitari che erano entrati legittimamente e direttamente nel Paese ove il cittadino comunitario si era trasferito per svolgere la sua attività. Nella sua pronuncia, la Corte di giustizia ha stabilito che il diritto comunitario "non impone agli Stati membri di subordinare la concessione di un permesso di soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo, membro della famiglia di un cittadino comunitario che

al ricongiungimento in situazioni dove "is not necessary for", "and in any way linked"[61], all'esercizio della libera circolazione da uno Stato membro all'altro[62].

Dall'impianto complessivo segnato da tali pronunce emerge un innovativo atteggiamento interpretativo della Corte, che può essere ricondotto all'applicazione di quello che la dottrina definisce quale "principio personalista"[63]. L'applicazione di tale principio trova spazio grazie all'affermazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento europeo ed alla conseguente, progressiva valorizzazione della persona umana e dei suoi diritti a "valori sovraordinati e di vertice"[64] dell'intero ordinamento comunitario/europeo. Di tal che, specie a seguito della proclamazione della Carta dei diritti fondamentali, è dato registrare un'accentuazione ad opera della Corte di giustizia, nella definizione degli *standard* di tutela, della propria adesione ai criteri interpretativi della Corte di Strasburgo, facendo integralmente propria la relativa giurisprudenza, a volte anche a modifica di precedenti interpretazioni divergenti[65].

---

si è avvalso della sua libertà di circolazione, alla condizione che tale membro della famiglia, in precedenza, abbia soggiornato legalmente in un altro Stato membro".

61 Così A. Tryfonidou, *Family Reunification Rights of (Migrant) Union Citizens: Towards a More Liberal Approach*, in *ELJ*, 2009, p. 638.

62 Come è stato osservato, nelle due pronunce, la Corte sembra accettare che i "family reunification rights could be granted in situations where there had been no real link with the exercise of a fundamental freedom (…). The main charateristic of this case law is the search for an equitable solution in the individual cases appears to be of higher importance for the Court": v. A. Tryfonidou, *Jia or "Carpenter II": The Edge of Reason*, in *ELR*, 2007, p. 914.

63 Si veda, per tutti, Pi. Mengozzi, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010. L'autore individua nella nota sentenza del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, *Raccolta*, p. 1 ss., il presupposto su cui l'approccio personalista della Corte di giustizia si è innestato, in particolare nella parte in cui si afferma che l'istituzione della Comunità europea ha dato luogo ad un "ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini" e le cui disposizioni sono idonee ad attribuire "ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare". I "canali" attraverso i quali nel tempo si è determinata l'evoluzione della giurisprudenza europea verso la tutela delle persone fisiche e giuridiche come sempre meno marginale nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto comunitario/europeo sono sostanzialmente riconducibili a: a) l'abbandono della posizione presa dalla Corte con le note sentenze del 4 febbraio 1959, causa 1/58, *Stork*, *ivi*, p. 17 ss., e del 15 luglio 1960, cause riunite da 36 a 38 e 40/59, *Nold, ivi*, p. 829 ss., e la considerazione da parte di questa dell'ordinamento come un sistema giuridico aperto ad una sua integrazione da realizzarsi mediante un riconoscimento in esso, su richiesta di singole persone, di diritti e principi desunti dagli ordinamenti degli Stati membri e da convenzioni internazionali elaborate con il loro contributo; b) l'ampia utilizzazione del divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità degli Stati membri nel quadro dell'applicazione delle libertà comunitarie; c) la valorizzazione dell'introduzione nel Trattato della cittadinanza europea; d) il riconoscimento dei diritti fondamentali alle persone indipendentemente dal fatto che siano cittadini dell'Unione.

64 Cfr. V. Scalisi, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio «personalista» in Italia e nell'Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 166.

65 Seguendo la ricostruzione offerta da Pi. Mengozzi, *op. cit*., *passim*, l'orientamento personalista, sia pure sulla base di tecniche differenziate, ha portato all'interpretazione evolutiva del principio di attribuzione risultata dalle sentenze del 15 dicembre 1995, causa C-415/93, *Bosman*, *Raccolta*, p. I-4921 ss.; del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, *ivi*, p. I-9981 ss.; non-

Orbene, nel settore che qui ci interessa, riprendendo la c.d. "tecnica *Bosman*"[66], la Corte ha contribuito "all'arricchimento del nuovo statuto civile delle persone promosso dall'istituzione della cittadinanza dell'Unione"[67], riguardante, tra l'altro, il diritto dei cittadini degli Stati membri ad essere raggiunti dai propri familiari. Se prendiamo in considerazione le sentenze *Eind*[68] e *Metock*[69] (e *Sahin*)[70], rileva come esse siano influenzate dall'innovativo atteggiamento interpretativo della Corte, determinato da un comune orientamento personalista. In particolare, nella prospettiva che si vuole evidenziare, tali sentenze hanno giovato all'allargamento delle categorie di cittadini dell'Unione che hanno potuto beneficiare del diritto al ricongiungimento, che risultano sempre più sganciate dalla loro effettiva circolazione da uno Stato membro all'altro.

Tale interpretazione risulta, come si è detto, influenzata dalla progressiva considerazione che hanno assunto nell'ordinamento europeo i diritti fondamentali e, nello specifico, il diritto al rispetto della vita familiare, contenuto nell'art. 8 CEDU (e nell'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali).

In quest'ottica, nel citato caso *Eind*, la Corte ha evidenziato che un'interpretazione restrittiva della normativa comunitaria di diritto derivato in materia di trasferimento e soggiorno "sarebbe in contrasto con l'obiettivo del legislatore comunitario che ha riconosciuto l'importanza di garantire la tutela della vita familiare dei cittadini degli Stati membri al fine di eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato"[71]. In particolare, in tale pronuncia la Corte ha sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione europea di quelle normative nazionali che sono in grado di "dissuadere" dall'esercizio di una libertà di circolazione. Pertanto, emerge l'irrilevanza di uno spostamento effettivo del cittadino dell'Unione da uno Stato membro all'altro e la corrispon-

ché da quella del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd* c. *Crehan*, *ivi*, p. I-6297 ss.; ed ha trovato seguito significativo in successive pronunce della Corte.

66 Con "tecnica *Bosman*" si intende quella tecnica interpretativa che consiste nell'equiparare comportamenti che dissuadono l'esercizio della libertà di circolazione a comportamenti propriamente qualificabili come sue restrizioni. Cfr. Pi. Mengozzi, *op. cit*., p. 33.

67 *Ibidem*, p. 103. Altrimenti detto, la Corte, "prendendo a prestito il background giurisprudenziale del passato, è finita con lo sviluppare un concetto ancor più forte di cittadinanza, capace di rafforzare non solo la libertà di movimento degli stessi cittadini dell'Unione, ma anche dei loro famigliari"; cfr. C. Berneri, *Il diritto dei familiari extracomunitari di cittadini dell'Unione a risiedere in uno Stato membro*, in *Q. cost.*, 2009, pp. 414-415.

68 Sentenza della Corte di giustizia dell'11 dicembre 2007, causa C-291/05, *Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie* c. *R. N. G. Eind*, *Raccolta*, p. I-10719 ss. Si ricorda che con tale pronuncia, la Corte ha, in sostanza, stabilito che un cittadino di uno Stato membro, residente in un altro Stato dell'Unione, non può vedersi negata la possibilità di ritornare nel proprio Stato di origine accompagnato da un membro della propria famiglia, nonostante quest'ultimo non sia cittadino europeo.

69 Cit. *supra*.

70 Ordinanza della Corte di giustizia del 19 dicembre 2008, causa C-551/07, *Deniz Sahin* c. *Bundesminister für Inneres*, *Raccolta*, p. I-10453.

71 Sentenza *Eind*, cit., punto 44.

dente rilevanza per l'ordinamento europeo di mere "dissuasioni" dall'esercizio della libera circolazione[72].

Ulteriore passo in avanti è, poi, segnato dal successivo caso *Metock*, ove la Corte di giustizia estende il suo ragionamento anche nei confronti di quelle normative nazionali capaci di determinare delle dissuasioni dal carattere non attuale, ma "potenziale"[73]. Infatti, il presupposto dal quale parte la Corte è rappresentato dal fatto che l'esercizio fruttuoso delle competenze europee in materia di libera circolazione delle persone presupponga che i cittadini siano autorizzati a condurre una vita familiare normale. E lo ha fatto richiamando, in particolare, il dato che tutti gli Stati membri sono parti della CEDU, il cui art. 8 consacra "il rispetto alla vita privata e familiare"[74]. In secondo luogo, la Corte ha precisato che "il legislatore comunitario può disciplinare i presupposti di ingresso e di soggiorno dei familiari di un cittadino dell'Unione nel territorio degli Stati membri", poiché, in caso contrario "l'impossibilità, per il cittadino dell'Unione, di essere accompagnato dalla sua famiglia o raggiunto dalla medesima nello Stato membro ospitante potrebbe ledere la sua libertà di circolazione, dissuadendolo dall'esercitare i suoi diritti di ingresso e di soggiorno in questo Stato membro"[75]. Dissuasione che, stando alle circostanze concrete dei fatti in causa, si palesa come meramente potenziale e non attuale.

La sentenza non risolve, però, quello che può essere considerato un ulteriore paradosso: i cittadini di Paesi terzi, per effetto di quel generale processo di "estensione" dei diritti propri di cittadinanza influenzato dall'affermazione dei diritti fondamentali, in virtù di una loro equiparazione ai cittadini "dinamici" dell'Unione europea, si vedono attribuiti tutta una serie di diritti dai quali, al contrario, resta esclusa una categoria di cittadini europei, quelli c.d. "statici".

A ben vedere, nella sentenza *Metock* viene parzialmente menzionato il problema delle discriminazioni "alla rovescia". In particolar modo, sono gli Stati intervenuti in giudizio, che, per sostenere una soluzione opposta a quella poi accolta dalla Corte, hanno evidenziato come l'attribuzione di un diritto all'in-

---

72 In proposito, si veda anche la sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Dieter Kraus* c. *Land Baden-Württemberg*, *Raccolta,* p. I-1663 ss., ove si stabiliva che anche le misure che possono "ostacolare o scoraggiare l'esercizio, da parte dei cittadini comunitari, compresi quelli dello Stato membro che ha emanato il provvedimento stesso, delle libertà fondamentali garantite dal Trattato" rientrano nell'ambito del diritto comunitario (punto 32).

73 Cfr. S. Currie, *Accelerated Justice or a Step Too Far? Residence Rights of Non-Eu Family Members and the Court's Ruling in Metock*, in *ELR*, 2009, p. 322. Nella specie, la Corte ha ritenuto che il rifiuto da parte di uno Stato membro di garantire l'ingresso e il soggiorno di un membro della famiglia– anche se extra-UE e non legalmente residente sul territorio di un altro Stato membro – del cittadino europeo sia in grado di scoraggiare quest'ultimo dallo spostarsi dal territorio dell'Unione per trasferirsi in un altro Stato membro. Sia consentito richiamare per più diffuse considerazioni R. Palladino, *L'interpretazione della direttiva n. 2004/38/Ce sulla libertà di circolazione dei cittadini nell'Unione europea ad opera della Corte di Giustizia ed i riflessi nell'ordinamento italiano: commento alla sentenza* Metock, in *DCSI*, 2009, p. 471 ss.

74 Sentenza *Metock*, cit., punto 79.

75 *Ibidem*, punto 63.

gresso ed al soggiorno dei familiari extracomunitari dei cittadini, senza alcuna possibilità per gli Stati di porre limiti o condizioni (come quello della previa legittima residenza), porterebbe ad una disparità di trattamento rispetto ai cittadini che non si muovono dal loro Paese. Tuttavia, secondo la Corte, da un lato, tale disparità di trattamento esula dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea; dall'altro lato, gli Stati membri, che sono tutti firmatari della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sono tenuti al rispetto della vita privata e familiare[76].

**6.** Giungendo al caso *Ruiz Zambrano*, val la pena soffermarsi sulle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di giustizia da parte del *Tribunal du travail* di Bruxelles, innanzi al quale era pendente la causa principale, anche al fine di coglierne le differenze rispetto al precedente caso *Zhu* e *Chen*[77], richiamato nelle stesse domande pregiudiziali[78].

In primo luogo, viene chiesto se uno o più tra gli articoli 12, 17 e 18 TCE (attuali articoli 18, 20 e 21 TFUE), letti separatamente o in combinato disposto tra loro, conferiscano al cittadino dell'Unione un diritto di soggiorno nel territorio dello Stato membro di cui ha la cittadinanza, a prescindere dalla circostanza che egli abbia precedentemente esercitato il diritto di circolare nel territorio degli Stati membri. Viene poi chiesto se gli articoli 12, 17, e 18 TCE, in combinato disposto con gli articoli 21, 24 e 34 della Carta dei diritti fondamentali, debbano essere interpretati nel senso che il diritto da essi conferito a ogni cittadino dell'Unione, senza discriminazione in base alla cittadinanza, di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, implica, quando tale cittadino sia un minore in tenera età a carico di un ascendente cittadino di un Paese terzo, che il godimento del diritto di soggiorno nel territorio dello Stato membro in cui risiede e di cui ha la cittadinanza debba essere garantito a detto minore a prescindere dal previo esercizio da parte sua o tramite il suo rappresentante legale del diritto di circolazione, riconoscendo a tale diritto di soggiorno l'efficacia pratica di cui la giurisprudenza comunitaria (sentenza *Zhu* e *Chen*) ha ammesso la necessità, attribuendo, all'ascendente cittadino di un Paese terzo, che abbia a carico tale minore e disponga di risorse sufficienti e di un'assicurazione malattia, il diritto di soggiorno derivato di cui questo stesso cittadino di un Paese terzo godrebbe qualora il minore a suo carico fosse un cittadino dell'Unione non avente la cittadinanza dello Stato membro in cui risiede. Infine, viene domandato se gli articoli 12, 17, e 18 TCE in combinato disposto con gli articoli 21, 24 e 34 della Carta dei diritti fondamentali, debbano essere interpre-

76 *Ibidem*, punto 79.

77 Sentenza della Corte di giustizia del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu* e *Chen*, *Raccolta*, p. I-9925 ss.

78 La domanda è stata proposta nell'ambito di una controversia tra il signor Ruiz Zambrano, cittadino colombiano, e l'Office national de l'emploi (Ufficio nazionale di collocamento belga), in merito al diniego di quest'ultimo di riconoscergli il diritto all'indennità di disoccupazione a titolo della normativa belga.

tati nel senso che il diritto di soggiorno di un minore, cittadino di uno Stato membro e residente nel territorio di questo, deve comportare una dispensa dal permesso di lavoro a favore dell'ascendente, cittadino di un Paese terzo, che ha detto minore a carico e che – ad eccezione del requisito del permesso di lavoro imposto dalla legge nazionale dello Stato membro in cui risiede – soddisfa, attraverso l'esercizio di un lavoro subordinato che lo assoggetta al sistema previdenziale di tale Stato, la condizione delle risorse sufficienti e del possesso di un'assicurazione malattia cui è subordinata l'efficacia pratica che la giurisprudenza comunitaria (sentenza *Zhu* e *Chen*) ha riconosciuto a vantaggio di un minore, cittadino europeo avente una cittadinanza diversa da quella dello Stato membro nel quale soggiorna a carico di un ascendente, cittadino di un Paese terzo.

All'evidenza, il caso *Ruiz Zambrano* riporta alla mente il precedente e noto caso *Zhu* e *Chen*. In quell'occasione, la Corte di giustizia aveva statuito che l'allora art. 18 TCE e la direttiva del Consiglio 90/364/CEE relativa al diritto di soggiorno[79] conferivano al cittadino minorenne in tenera età di uno Stato membro, coperto da un'adeguata assicurazione di malattia ed a carico di un genitore, egli stesso cittadino di uno Stato terzo, le cui risorse fossero sufficienti affinché il primo non divenisse un onere per le finanza pubbliche dello Stato membro ospitante, un diritto di soggiorno di durata indeterminata sul territorio di quest'ultimo Stato. Inoltre, in un caso siffatto, le stesse disposizioni richiamate consentivano al genitore che aveva effettivamente la custodia di tale cittadino di soggiornare con quest'ultimo nello Stato membro ospitante. Nella specie, la decisione della Corte di giustizia di riconoscere il diritto di soggiorno ai genitori della cittadina minorenne dell'Unione europea, ispirata anch'essa alla nuova impostazione "personalista", era dettata dalla necessità di evitare di privare di qualsiasi effetto utile[80] il diritto di soggiorno di quest'ultima.

Analoga applicazione del principio dell'effetto utile viene fatta nel caso *Ruiz Zambrano*. Vi è, però, una sostanziale ed evidente differenza che è alla base della portata innovativa da riconoscere alla più recente pronuncia. Nel caso *Zhu*

---

79 Direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, *GUCE* L 180, 13 luglio 1990, p. 26 ss.

80 Come è stato osservato da U. Villani, *La cittadinanza europea e il diritto di soggiorno di una mamma cinese*, in *Sud in Europa*, 2005, n. 2, p. 3, pur restando sullo sfondo della sentenza, sembra assumere rilievo fondamentale la tematica dei diritti dell'uomo: "[s]ebbene la Corte non abbia avuto necessità di pronunciarsi sul punto, la sentenza appare ispirata, da un lato, al diritto, richiamato sia dal giudice di rinvio che dall'avvocato generale, al rispetto della vita familiare (riconosciuto dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 7 della Carta di Nizza dei diritti fondamentali); dall'altro, al principio dell'interesse superiore del fanciullo, principio cardine della tutela internazionale dei diritti del fanciullo (art. 3 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989, richiamata anche dalla citata nuova direttiva 2004/38). Sotto questo profilo la sentenza *Zhu* e *Chen* rappresenta un'ulteriore affermazione del ruolo dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione; essa, inoltre, segna un nuovo passo innanzi verso l'incontro della categoria dei diritti del cittadino europeo con quella dei diritti fondamentali dell'uomo, incontro fecondo sia per la piena realizzazione dei primi che per l'arricchimento dei secondi".

e *Chen*, i diritti riconosciuti ai familiari della cittadina europea minorenne traevano il loro carattere derivato da un diritto di soggiorno primario attribuito in funzione della circolazione da uno Stato membro all'altro. Infatti, sebbene lo spostamento della cittadina europea dal proprio Stato di appartenenza fosse avvenuto su iniziativa dei propri genitori, cionondimeno la questione ruotava intorno al riconoscimento di un diritto di soggiorno a seguito di uno spostamento della minorenne (nella specie, diritto di soggiornare in un altro Stato membro in cui tale minore era destinataria di servizi di puericultura)[81]. Segnatamente, per tale motivo la situazione della cittadina minorenne non poteva essere accostata, secondo la Corte, ad una situazione puramente interna. In ragione di ciò, potevano trovare applicazione le norme dell'ordinamento comunitario.

Ben diversi appaiono i presupposti di fatto sottesi al caso *Ruiz Zambrano*. Differente è, infatti, la domanda di rinvio pregiudiziale di interpretazione sottoposta al giudice europeo, diretta, in sostanza, ad accertare la possibilità di attribuire diritti ai familiari di un cittadino europeo, che siano derivati dal diritto di soggiorno di quest'ultimo, a prescindere dalla circolazione (effettiva o potenziale), ma in connessione al solo *status* di cittadino europeo.

**7.** Partendo da un esame congiunto delle tre questioni pregiudiziali, la Corte di giustizia dell'Unione europea è giunta ad una pronuncia che, come si vedrà, superando i limiti di competenza imposti dal concetto di "situazione puramente interna" costantemente adottato dalla giurisprudenza europea, è in grado di rafforzare la portata delle norme sulla cittadinanza europea contenute nei Trattati.

Infatti, pur senza accogliere tutte le ampie argomentazioni teoriche proposte dall'Avvocato generale Sharpston nelle proprie conclusioni[82], la pronuncia in commento risulta pur sempre innovativa rispetto al tradizionale filone giurisprudenziale europeo in materia di familiari di cittadini europei.

In primo luogo, la Corte di giustizia, nel caso *de quo* e a differenza di quanto avvenuto nelle precedenti pronunce citate, non tenta di forzare il dato fattuale (assenza di circolazione) al fine di trovare un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione europea: essa, piuttosto, procede ad una valorizzazione della cittadinanza europea quale "*status* fondamentale" del cittadino dell'Unione. Infatti, la Corte non ritiene applicabile al caso di specie la direttiva 2004/38/CE, essendo le norme da quest'ultima previste applicabili a qualsiasi cittadino dell'Unione che "si rechi o soggiorni in un altro Stato membro diverso da quello di cui ha la cittadinanza nonché ai suoi familiari" (art. 3, n. 1). Ciò posto, essa tratta il diritto di soggiorno quale diritto autonomo, degno di protezione quale

[81] All'uopo, la Corte aveva sottolineato che "[l]'idoneità di un cittadino di uno Stato membro ad essere titolare dei diritti garantiti dal Trattato e dal diritto derivato in materia di libera circolazione delle persone non può essere subordinata alla condizione che l'interessato abbia raggiunto l'età richiesta per avere la capacità giuridica di esercitare, egli stesso, i detti diritti": sentenza *Zhu* e *Chen*, punto 20.

[82] Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 settembre 2010, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, cit.

corollario della cittadinanza *ex* art. 20 TUE, a prescindere dalla circolazione del cittadino europeo da uno Stato membro all'altro.

In sostanza, la Corte non si pone la questione dell'individuazione di un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione europea, ma *de plano* – e sulla scia del precedente caso *Rottman*[83] – riconosce l'elemento di collegamento nell'esistenza della cittadinanza europea. Di quest'ultima, viene valorizzato, in particolare, il diritto di soggiorno, mentre non vi è alcun riferimento alla necessità della previa circolazione del cittadino dell'Unione. In ciò è da ravvisarsi un deciso cambio di prospettiva della Corte: infatti, pur sempre con l'intento di ampliare la sfera di esercizio dei diritti connessi alla cittadinanza europea, le precedenti sentenze della Corte di giustizia si erano pronunciate nel ritenere incompatibili con il diritto dell'Unione quelle norme che si palesassero quali elementi di dissuasione alla circolazione dei cittadini in un altro Stato membro; nella sentenza in commento, invece, la Corte censura delle norme nazionali, in quanto elementi di "dissuasione dal soggiorno" nel proprio Stato, che appare configurarsi quale diritto attribuito dallo *status* di cittadino dell'Unione[84]

Dunque, la verifica di compatibilità delle norme nazionali con quelle dell'Unione è fatta non già sulla base del diritto alla circolazione da uno Stato membro all'altro, ma sulla base del diritto al soggiorno nel "proprio" Stato di appartenenza, quale diritto autonomo legato alla cittadinanza europea. In sostanza, dalla pronuncia della Corte è evincibile la pari dignità del diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro rispetto al soggiorno in un "altro" Stato membro, il quale ultimo trovava tutela nel contesto dell'ordinamento europeo in

[83] Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottman* c. *Freeistaat Bayern*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Anche in questo caso la Corte, al fine di dichiarare l'applicabilità del diritto dell'Unione, ha accentuato la rilevanza dello *status* di cittadino dell'Unione, piuttosto che l'elemento transfrontaliero della causa: essa ha infatti affermato che "la situazione di un cittadino dell'Unione che (…) si trovi alle prese con una decisione di revoca della naturalizzazione (…) la quale lo ponga (…) in *una situazione idonea a cagionare il venir meno dello status* conferito dall'art. [20 TFUE] *e dei diritti ad esso correlati*, ricade, *per sua natura e per le conseguenze che produce*, nella sfera del diritto dell'Unione" (punto 43, corsivo aggiunto). La Corte ha poi proseguito ricordando che lo *status* di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo *status* fondamentale dei cittadini degli Stati membri (punto 43) ed ha concluso che "pertanto, gli Stati membri devono, nell'esercizio della loro competenza in materia di cittadinanza, rispettare il diritto dell'Unione" (punto 45). Tale precedente è stato sottolineato anche dall'Avvocato generale Sharpston nelle citate conclusioni al caso *Ruiz Zambrano* (in particolare, punti 93-94).

[84] Cfr. il punto 44 della sentenza: "tali figli, cittadini dell'Unione, si troveranno costretti ad abbandonare il territorio dell'Unione per accompagnare i loro genitori (…). Ciò posto, detti cittadini dell'Unione si troverebbero di fatto, nell'impossibilità di godere realmente dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione". Diversamente, dovrebbe ritenersi che nel nucleo di "diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione" rientri il solo tradizionale diritto di circolare e soggiornare nel territorio degli "altri" Stati membri, quale diritto che potrà eventualmente e potenzialmente essere esercitato dal cittadino dell'Unione ma che, di fatto, rende incompatibile con il diritto dell'Unione una normativa nazionale che dissuade attualmente al soggiorno nel proprio Stato di appartenenza.

quanto strettamente connesso al vero nucleo centrale della cittadinanza europea, rappresentato dalla circolazione da uno Stato membro all'altro.

Quali le conseguenze di una siffatta pronuncia? Al contrario di quanto aveva fatto l'Avvocato Sharpston nelle proprie conclusioni, nella pronuncia della Corte non una volta compare il concetto di discriminazione alla rovescia. Cionondimeno, la sentenza è in grado di rappresentare il primo passo verso l'adozione di una "soluzione europea" a tale problema: riconoscendo pari dignità al diritto di soggiorno nel "proprio" Stato membro rispetto al diritto di soggiorno in un "altro" Stato membro (ossia a seguito dell'esercizio del diritto di circolazione) quali diritti legati alla cittadinanza europea, la pronuncia non fa altro che equiparare la condizione del cittadino europeo c.d. "statico" a quella del cittadino europeo c.d. "dinamico".

La ricostruzione giuridica prospettata dalla Corte, come si è detto, fa leva sulla valorizzazione del concetto di cittadinanza europea di cui all'art. 20 TFUE. Ora, in assenza di normative di dettaglio che chiariscano il concetto di "dissuasione" dal diritto di soggiorno nel proprio Stato membro, c'è da attendersi che tale nozione sia riempita di contenuto dalla stessa giurisprudenza europea, così come già avvenuto per la nozione di "dissuasione" dalla libera circolazione dei cittadini europei. Nell'ipotesi di cittadini che circolano da uno Stato membro all'altro sussiste, però, una normativa di dettaglio (la direttiva 2004/38/CE) che quanto meno individua degli elementi in grado di indirizzare le pronunce della Corte. Ad esempio, tenendo in debito conto tale direttiva, la Corte non potrebbe giungere a ritenere dissuasiva della libera circolazione di un cittadino dell'Unione una norma interna che non riconosca il ricongiungimento familiare alla categoria dei c.d. partner non registrati[85].

Pertanto, nel campo dei diritti derivati da riconoscere ai familiari dei cittadini europei c.d. "statici" vi è allo stato una *tabula rasa* che è potenzialmente in grado di ampliare il raggio di azione dell'ordinamento europeo e di ulteriormente restringere le competenze degli Stati membri, non senza creare un potenziale stato di incertezza rispetto al diritto applicabile caso per caso. In sostanza, salvo "frenate" da parte della stessa giurisprudenza europea[86], è verosimile che,

[85] Per i quali, ai sensi dell'art. 3, 2° comma, della direttiva richiamata, sussiste solo un obbligo di "agevolazione" in capo agli Stati.

[86] A chiusura del presente lavoro è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia dell'8 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy* c. *Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Nel caso di specie, la portata dell'art. 20 TFUE appare ridimensionata. Infatti, la Corte nel ribadire che le misure nazionali che abbiano l'effetto di privare il cittadino europeo del "godimento effettivo" (punto 56) del nucleo essenziale dei diritti derivanti dal suo *status* di cittadino dell'Unione, chiarisce che tale nucleo comprende l'esercizio del diritto di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri. In mancanza, la situazione di tale persona non presenta alcun collegamento con il diritto dell'Unione e ricade esclusivamente nella sfera del diritto nazionale. Alla luce di tali premesse, la Corte ha ritenuto che la signora McCarthy non potesse fondare il suo soggiorno nel Regno Unito sui diritti correlati alla cittadinanza europea: a differenza del caso *Ruiz Zambrano*, non si verificherebbe una situazione di dissuasione dal soggiorno nel territorio dell'Unione e di abbandono del territorio dell'Unione. Invero, i geni-

in materia di cittadinanza europea c.d. statica, si venga a creare una disciplina di dettaglio parallela – di matrice completamente giurisprudenziale – rispetto a quella basata sulla direttiva 2004/38/CE dove, ancor più di quanto non avvenuto in precedenza, le linee guida saranno dettate dalla valorizzazione della cittadinanza europea e della tutela dei diritti fondamentali.

**8.** Pur senza affrontare apertamente la questione delle discriminazioni c.d. "alla rovescia" e la prospettiva della loro risoluzione a livello di ordinamento europeo, appare evidente che dietro l'evoluzione dei più recenti approdi della giurisprudenza europea vi sia, in ultima istanza, la volontà di offrire degli strumenti per arginare tale fenomeno, in grado di colpire i cittadini europei c.d. "statici". Tali discriminazioni, se potevano essere tollerate in una Comunità dagli obiettivi prevalentemente economici, sembrano essere meno giustificabili alla luce dell'emersione di vari fattori, riassumibili: a) nella creazione di una cittadinanza europea che si vuole affermare quale *status* fondamentale del cittadino dell'Unione; b) nella progressiva affermazione, nel contesto europeo, dei diritti fondamentali quali diritti garantiti "ad ogni persona"; c) nell'ampliamento delle competenze dell'Unione in materia di immigrazione legale che tendono ad uniformare la posizione dei cittadini di Paesi terzi a quella dei cittadini europei.

Su tale linea evolutiva è collocabile anche la recente pronuncia della Corte di giustizia relativa al caso *Ruiz Zambrano*: tramite la valorizzazione della cittadinanza europea e di quello zoccolo duro di diritti fondamentali contenuti nella Carta dei diritti fondamentali, la Corte giunge a ridimensionare il fattore della circolazione, nella prospettiva di una cittadinanza europea quale elemento in grado *ex se* di creare connessione con il diritto dell'Unione europea. In tale ottica, per la prima volta, si giunge ad equiparare, al fine dell'applicabilità delle norme dell'ordinamento europeo, la condizione del cittadino europeo che soggiorna nel "proprio" Stato membro a quella del cittadino europeo che soggiorna in un "altro" Stato membro (a seguito dell'esercizio della libera circolazione).

## Abstract

### The Right of European Citizens to Reside in Their Own Member State as a (New) Corollary of European Citizenship?

As is well know, European citizenship as established in the Maastricht Treaty has had some strong legacies with the old approach based on the free movement of workers. In this context, the European Court of Justice has repeatedly ruled that citizenship of the

tori Ruiz Zambrano ben avrebbero potuto spostarsi in un altro Stato membro al fine di vedersi riconosciuti i diritti derivati previsti dall'ordinamento europeo, così come era avvenuto nel caso *Zhu* e *Chen* e, pertanto, i figli cittadini dell'Unione non sarebbero stati costretti a lasciare il territorio dell'Unione, in virtù dell'avvenuta circolazione da uno Stato membro all'altro.

Union, established by Art. 17 TEC, is not intended to extend the scope *ratione materiae* of the Treaty also to internal situation which have no link with Community law. Lacking the element of movement from a Member State to another, the rules of Community/ European law could not be applied. This approach could produce "paradoxical" effects of "reverse discrimination": such term indicates that a national of a State may suffer because of the application of national rules that are less favorable than the treatment of "alien" based on the rules of European law. On 8 March 2011, the Court of Justice of the European Union (Grand Chamber) decided the case *Ruiz Zambrano* v. *Office National de l'emploi.* The judgment represents an important step towards extending the scope of European citizenship and the rights attached thereto. In fact, the Court applies these rights to European citizens regardless of the exercise of free movement. The Court does not arise the question of finding a link with the European law, but recognizes *de plano* the link with EU law in the existence of European citizenship. It increases the value of the right to stay, as an autonomous right of the Union citizenship. Despite the Conclusions of Advocate Sharpston, in the judment of the Court the concept of "reverse discrimination" is never used. Nevertheless, the decision can be an important step towards the adoption of a "European solution" to this problem. In fact, recognizing the equal dignity to the right of residence in their "own" Member State than the right of residence in "another" Member State (both European citizenship's rights), the judgment makes the condition of the "static" European citizens equal to the "dynamic" European citizens. The Court's arguments are based on the increase of value of Art. 20 TFEU, read in the light of fundamental rights

Maura Marchegiani

# Regolamento "Dublino II" e Convenzione europea dei diritti umani: il caso *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*

Sommario: 1. Rilievi introduttivi. – 2. Caratteristiche e peculiarità del caso *MSS* c. *Belgio* e *Grecia*: a) la ricostruzione del contenuto dell'art. 3 della Convenzione europea alla luce del diritto dell'Unione europea nella condanna della Grecia. – 3. *Segue*: la condanna del Belgio per l'esecuzione di un atto dell'Unione europea – 4. Considerazioni conclusive.

**1**. Il 21 gennaio 2011 la Grande Camera della Corte europea dei diritti umani si è pronunciata sul caso *MSS* c. *Belgio* e *Grecia*[1], relativo al trasferimento di un richiedente asilo dal Belgio alla Grecia, in applicazione del regolamento c.d. "Dublino II"[2]. La sentenza offre spunti di riflessione su un'ampia varietà di questioni, relative in particolare al grado di protezione accordato nell'ambito della Convenzione europea ai richiedenti asilo, all'applicazione di misure cautelari a procedure di allontanamento, al rilievo delle assicurazioni diplomatiche, al valore probatorio che la Corte attribuisce a rapporti resi da organismi di controllo e organizzazioni non governative. Tra tali questioni, merita tuttavia particolare considerazione il profilo relativo alle relazioni che la sentenza della Grande Camera contribuisce a delineare tra la Convenzione europea e la disciplina dell'Unione in tema di asilo.

Come è noto, il regolamento "Dublino II" stabilisce una serie di criteri oggettivi e gerarchizzati, volti ad individuare un unico Stato responsabile dell'esame di una domanda di asilo presentata da cittadini di Stati terzi sul territorio dell'Unione europea, oltre che in Norvegia, Islanda e Svizzera. Il meccanismo alla base di questo regolamento, che si fonda sul principio di reciproca

[1] Corte europea dei diritti umani (GC), sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*, ricorso n. 30696/09.

[2] Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda d'asilo presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo, *GUUE* L 50, 25 febbraio 2003, p. 1 ss.

fiducia tra Stati membri, è inteso a garantire l'accesso effettivo ed equo alle procedure di riconoscimento dello *status* di rifugiato e, contestualmente, mira a prevenire il fenomeno della presentazione di domande multiple da parte di uno stesso richiedente in diversi Stati membri dell'Unione[3].

La questione dell'applicazione del regolamento "Dublino II" e della sua conformità agli obblighi posti dalla Convenzione europea è oggetto di quasi mille ricorsi attualmente pendenti presso la Corte[4]. La pronuncia della Grande Camera, a cui l'esame del caso è stato devoluto ai sensi dell'art. 30 della Convenzione europea, era dunque particolarmente attesa e l'interesse destato dal caso è testimoniato, tra l'altro, dall'intervento nel procedimento di altri Stati parti, in qualità di terzi intervenienti, oltre che dell'Alto Commissariato ONU per i Rifugiati e del Commissario per i Diritti umani del Consiglio d'Europa, quest'ultimo su invito della Corte, ai sensi dell'art. 36, par. 2 della Convenzione europea.

**2**. Il caso ha avuto origine dal ricorso promosso da un individuo di nazionalità afgana, giunto nel territorio dell'Unione europea attraverso la Grecia: dopo aver varcato irregolarmente la frontiera ellenica, il soggetto si è recato in Belgio, dove ha avanzato domanda d'asilo. Il Belgio, sulla base del criterio stabilito dall'art. 10, par. 1, del regolamento "Dublino II", ha individuato nella Grecia lo Stato responsabile dell'esame della domanda e di conseguenza ha disposto il trasferimento del richiedente in questo Stato, affinché le autorità elleniche provvedessero all'esame della sua domanda d'asilo. Rientrato in Grecia, il richiedente asilo è stato sottoposto ad un periodo di detenzione, per essere in seguito rilasciato, in attesa dell'esito dell'esame della domanda di asilo.

La Corte europea ha proceduto ad un'analisi separata dei motivi di ricorso formulati nei confronti della Grecia e del Belgio ed ha condannato entrambi gli Stati per la violazione degli articoli 3 e 13 della Convenzione europea.

Con riferimento alla Grecia, la Corte conferma la propria giurisprudenza recente e consolidata[5], che attesta la contrarietà flagrante del sistema greco agli *standards* internazionali di protezione.

La Corte riconosce che il meccanismo su cui si fonda il regolamento "Dublino II" non fa che aggravare gli squilibri già esistenti tra Stati membri nel farsi carico dei richiedenti asilo, gravando in modo eccessivo sugli Stati posti alle frontiere esterne dell'Unione europea[6]. È proprio su questi Stati che finisce per ricadere la responsabilità dell'esame della maggior parte delle domande

---

3 Sul punto A. Adinolfi, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *RDI*, 2009, p. 673 ss.

4 Fonte *"Affaires Dublin", La législation communautaire "Dublin"*, gennaio 2011 (www.echr.coe.int, reperibile *on line*).

5 Si confrontino in particolare Corte europea dei diritti umani, sentenza dell'11 giugno 2009, *S.D.* c. *Grecia*, ricorso n. 53541/07; sentenza del 26 novembre 2009, *Tabesh* c. *Grecia*, ricorso n. 8256/07; sentenza del 22 luglio 2010, *A.A.* c. *Grecia*, ricorso n. 12186/08.

6 *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*, cit., par. 223.

d'asilo: tra i criteri previsti dal regolamento in questione, trova infatti la più ampia applicazione nella prassi quello previsto proprio dall'art. 10, che designa come responsabile dell'esame della domanda lo Stato in cui il richiedente abbia irregolarmente fatto ingresso.

Gli effetti pregiudizievoli che derivano dall'applicazione del regolamento "Dublino II" non sono comunque idonei ad incidere sulla portata degli obblighi posti dall'art. 3 della Convenzione europea, di cui la Corte riafferma il carattere assoluto e fondamentale[7].

La condanna per la violazione dell'art. 3 nei confronti della Grecia ha ad oggetto, oltre alle condizioni di detenzione[8], anche le condizioni di esistenza[9] a cui lo Stato ellenico ha sottoposto il ricorrente in seguito al suo trasferimento dal Belgio, soprattutto in considerazione del suo *status* di richiedente asilo e quindi di soggetto appartenente ad una categoria "particulièrement vulnérable et défavorisée"[10].

Sotto questo aspetto, un profilo che merita particolare attenzione riguarda il rilievo che la Corte attribuisce agli obblighi che gravano sulla Grecia non solo in base alla Convenzione, ma anche in virtù del diritto dell'Unione europea, con specifico riguardo alla direttiva c.d. *accoglienza*[11]: la Corte infatti, pur precisando che dall'art. 3 non deriva un dovere generale di assicurare un determinato tenore di vita[12], afferma tuttavia espressamente che l'obbligo di garantire un alloggio e l'accesso a condizioni materiali dignitose nei confronti dei richiedenti asilo "fait à ce jour partie du droit positif et pèse sur les autorités grecques en vertu des termes mêmes de la législation nationale qui transpose le droit communautaire"[13].

La constatazione della violazione dell'art. 3 si fonda quindi, tra l'altro, sull'esistenza di obblighi che gravano sulla Grecia in virtù della normativa dell'Unione europea. La Corte dunque, nel valutare la conformità della condotta della Grecia all'art. 3 della Convenzione, sembra tener conto del contesto normativo di riferimento, ricostruendo il contenuto dell'art. 3 attraverso gli *standards* normativi che gravano su quel determinato Stato[14]. Tale impostazione emerge ancora più chiaramente nel momento in cui la Corte si trova a contrapporre il caso in esame al caso *Müslim* c. *Turchia*[15], relativo invece al trattamento

---

7 *Ibidem*, par. 223.

8 *Ibidem*, paragrafi 205 ss.

9 *Ibidem*, paragrafi 235 ss.

10 *Ibidem*, par. 251.

11 Direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, *GUUE* L 31, 6 febbraio 2003, p. 18 ss.

12 Corte europea dei diritti umani, sentenza del 18 gennaio 2001 (GC), *Chapman* c. *Regno Unito*, ricorso n. 27238/95, par. 99; sentenza del 26 aprile 2005, *Muslim* c. *Turchia*, ricorso n. 53566/99, par. 85.

13 *M.S.S.* c. *Belgio e Grecia*, cit., par. 250.

14 Si confronti sul punto anche l'opinione parzialmente concordante, parzialmente dissidente del giudice Sajó, allegata alla sentenza *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia,* cit., in particolare p. 107.

15 *Müslim* c. *Turchia*, cit.

di un richiedente asilo da parte dello Stato turco[16]. La conseguenza che deriva da una simile impostazione è l'impiego, da parte della Corte, di un parametro più rigoroso per valutare la conformità della condotta all'art. 3, in ragione dell'appartenenza della Grecia all'ordinamento dell'Unione europea e quindi ad un contesto in cui la protezione dei richiedenti asilo è più elevata. Pur non potendo approfondire in questa sede la questione, è tuttavia il caso di notare come una simile prospettiva sia idonea ad incidere sulla definizione del contenuto stesso dell'obbligo di cui all'art. 3[17], nonché sul ruolo che la Corte si trova a svolgere rispetto al diritto dell'Unione europea, della cui corretta ed effettiva attuazione da parte degli Stati sembra in qualche modo farsi garante[18].

**3**. Il profilo più innovativo della sentenza concerne tuttavia la condanna del Belgio per aver proceduto al trasferimento in Grecia di un richiedente asilo, in attuazione di un atto dell'Unione europea. Tale trasferimento, disposto per l'appunto sulla base del regolamento "Dublino II", è stato considerato dalla Corte in contrasto con l'art. 3 della Convenzione europea, in quanto ha esposto il ricorrente ad un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti sotto un duplice profilo. In primo luogo infatti, in considerazione delle *défaillances* che caratterizzano la procedura di asilo in Grecia, il Belgio ha esposto il ricorrente al rischio di non vedere adeguatamente esaminata nel merito la sua domanda d'asilo, circostanza questa che avrebbe potuto determinare anche un *refoulement* indiretto verso il Paese d'origine[19]. In secondo luogo, il trasferimento disposto dal Belgio ha esposto il ricorrente al rischio di subire un trattamento inumano e degradante, in considerazione delle condizioni di detenzione e di accoglienza riservate ai richiedenti asilo sullo stesso territorio greco[20].

Secondo la Corte dunque, il Belgio avrebbe dovuto attuare modalità di scrutinio più rigorose e penetranti, al fine di verificare "in concreto" l'effettiva applicazione, da parte della Grecia, degli obblighi internazionali che su tale Stato gravano in materia di asilo, invece di accontentarsi di presumerne il rispetto e limitarsi ad un'applicazione automatica e meramente procedurale del regolamento "Dublino II", soprattutto in considerazione dei consistenti riscontri che attestano la gravità della situazione di fatto esistente in Grecia. Nella prospettiva della Corte inoltre, la gravità della situazione generale in cui versano i richie-

16 *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*, cit., par. 250.

17 La posizione assunta sul punto dalla Corte indurrebbe a ritenere dunque che il carattere "relativo" dell'apprezzamento di una condotta, alla luce dell'art. 3, non dipenda soltanto dagli elementi fattuali o dalle caratteristiche del ricorrente (Corte europea dei diritti umani, sentenza del 26 ottobre 2000 (GC), *Kudla* c. *Polonia*, ricorso n. 30210/96), ma anche dai vincoli giuridici che gravano sugli Stati chiamati in causa.

18 Per quest'ultimo aspetto, seppur con riferimento a regimi convenzionali diversi da quello dell'Unione europea, si veda F. Marchadier, *La contribution de la Cour européenne des droits de l'homme à l'efficacité des conventions de La Haye de coopération judiciaire et administrative*, in *Rev. cr. DIP*, 2007, p. 677 ss.

19 *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*, cit., paragrafi 323 ss.

20 *Ibidem*, paragrafi 362 ss.

denti asilo in Grecia è di per sé idonea a determinare per il singolo un rischio reale ed individuale, in quanto "suffisamment concret et probable"[21]: il tradizionale concetto di *lien individuel*, che la Corte è solita esigere tra il contesto generale e la situazione individuale del ricorrente[22], sembra in questo caso ridimensionato ed attenuato, in considerazione dell'elevato grado di vulnerabilità che caratterizza la categoria dei richiedenti asilo, a cui appartiene il ricorrente[23], nonché del particolare livello di gravità che la situazione greca presenta. In questo senso, la Corte europea prospetta un'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 3, proseguendo secondo un orientamento solo in parte accennato nella sentenza *N.A.* c. *Regno Unito*[24], nella quale la Corte non esclude l'eventualità che un rimpatrio sia incompatibile con l'art. 3 della Convenzione europea, in considerazione della situazione di violenza generalizzata presente nel Paese di destinazione[25].

Con specifico riferimento al trasferimento operato in esecuzione del regolamento "Dublino II", occorre precisare che la Corte ha, sulla base di una giurisprudenza costante, da un lato escluso la conformità alla Convenzione europea di un'applicazione automatica del meccanismo istituito dal "sistema di Dublino", dall'altro chiarito che il trasferimento della competenza all'esame di una domanda di asilo non fa venir meno la responsabilità dello Stato di invio di fronte agli obblighi convenzionali[26].

Tali affermazioni di principio non avevano tuttavia sino ad ora mai portato ad un'effettiva constatazione di violazione dell'art. 3: i problemi relativi all'eventuale incompatibilità tra la Convenzione europea e i trasferimenti disposti in esecuzione del regolamento "Dublino II" erano stati infatti sostanzialmente "disinnescati" attraverso due ordini di considerazioni, che emergono chiaramente nel menzionato caso *K.R.S.* c. *Regno Unito*. Innanzitutto la Corte aveva dato rilievo all'appartenenza della Grecia al sistema di tutela dei diritti fondamentali posto dalla Convenzione europea: il trasferimento di un individuo in uno Stato parte della Convenzione non avrebbe dunque precluso la possibilità, per l'individuo, di avvalersi dei meccanismi di tutela previsti dalla Convenzione europea anche nello Stato di destinazione[27]. In secondo luogo la Corte aveva

---

21 *Ibidem*, par. 359.

22 Si veda, per tutte, Corte europea dei diritti umani, sentenza del 20 settembre 2007, *Sultani* c. *Francia*, ricorso 45223/05.

23 Si confronti sul punto l'opinione parzialmente concordante, parzialmente dissidente del giudice Sajó, allegata alla sentenza *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*, cit.

24 Corte europea dei diritti umani (GC), sentenza del 17 luglio 2008, *N.A.* c. *Regno Unito*, ricorso n. 25904/07, par. 115.

25 Si confronti, al riguardo, la posizione della Corte di giustizia dell'Unione europea, che, nella sentenza del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Elgafaji*, *Raccolta*, p. I-921 ss., prescinde dall'esigenza di dimostrare l'esistenza di un "rischio individualizzato".

26 Si vedano in questo senso in particolare le decisioni rese dalla Corte europea dei diritti umani rispettivamente il 7 marzo 2000, *T.I.* c. *Regno Unito*, ricorso n. 43844/98, e il 2 dicembre 2008, *K.R.S.* c. *Regno Unito*, ricorso n. 32733/08.

27 *K.R.S.* c. *Regno Unito*, cit., par. 18.

fondato il proprio ragionamento su una sostanziale presunzione di conformità del sistema greco agli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea in materia di asilo[28], nonostante l'avvio di procedure di infrazione contro il Paese ellenico per presunti inadempimenti relativi proprio agli obblighi di accoglienza e riconoscimento di richiedenti asilo[29].

Queste argomentazioni rendevano dunque poco probabile un radicale cambiamento di prospettiva, tanto che il Belgio e gli altri Stati terzi intervenienti hanno fatto leva proprio sulla giurisprudenza della Corte sul punto, come precedente di riferimento autorevole e recente. Nel caso *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia* invece i principi elaborati in materia hanno condotto per la prima volta la Corte alla conclusione di un'effettiva violazione dell'art. 3 nel caso concreto[30].

Di fronte inoltre all'obiezione, sollevata dall'Olanda in qualità di Stato terzo interveniente, di applicare al caso di specie la giurisprudenza *Bosphorus*[31], la Corte ha negato che la presunzione di protezione equivalente potesse trovare applicazione nel caso di specie, in considerazione dell'esistenza, nell'ambito del sistema di "Dublino II", della c.d. "clausola di sovranità". Questa clausola, prevista dall'art. 3, par. 2, del regolamento "Dublino II", permette agli Stati di farsi carico dell'esame di una domanda di asilo, in deroga ai criteri previsti dal regolamento, introducendo dunque l'elemento di discrezionalità, il *pouvoir d'appréciation*, che ha portato la Corte ad escludere il ricorso alla protezione equivalente, in quanto la condotta è pienamente imputabile allo Stato. Secondo la Corte, infatti, "un État demeure entièrement responsable au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'il a exercé un pouvoir d'appréciation"[32]. Nella prospettiva della Corte dunque, il Belgio, nell'ambito del potere discrezionale che il regolamento "Dublino II" prevede, avrebbe dovuto applicare la clausola di sovranità per evitare di procedere al trasferimento del richiedente asilo ed avrebbe potuto agire quindi conformemente agli obblighi posti dalla Convenzione europea.

---

28 *Ibidem*, par. 17.

29 Si vedano in particolare sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 19 aprile 2007, causa C-72/06, *Commissione* c. *Grecia*, *Raccolta*, p. I-57 ss.; ordinanza del 22 ottobre 2008, causa C-130/08, *Commissione* c. *Grecia*; ordinanza del 26 novembre 2008, causa C-220/08, *Commissione* c. *Grecia*, nonché, da ultimo, *Parliamentary Questions, Answer given by Mr Barrot on behalf of the European Commission*, 10 December 2009, E-5426/2009, relativa all'avvio di una nuova procedura di infrazione contro la Grecia per questioni connesse all'accesso alla procedura, al rispetto dei diritti fondamentali, con particolare riferimento al principio di *non refoulement* e al trattamento dei minori non accompagnati richiedenti asilo.

30 Si veda sul punto l'opinione parzialmente dissidente del giudice Bratza, allegata alla sentenza *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*, cit., in cui si sottolinea in particolare come il generale orientamento della Corte, manifestato sia attraverso la propria giurisprudenza che attraverso la prassi costante di rifiutare o revocare l'applicazione di misure cautelari a trasferimenti di richiedenti asilo "Dublino II", inducesse ad escludere un completo *revirement* sul punto.

31 Corte europea dei diritti umani (GC), sentenza del 30 giugno 2005, *Bosphorus Airlines Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi* c. *Irlanda*, ricorso n. 45036/98.

32 *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia*, cit., par. 338.

È proprio la clausola di sovranità che rappresenta allora, nella prospettiva della Corte, l'elemento di coordinamento tra gli obblighi convenzionali e la disciplina dell'Unione europea in materia di asilo. Considerando l'art. 3, par. 2, del regolamento "Dublino II" come una clausola di compatibilità, la Corte ha in sostanza optato per una soluzione di compromesso: pur evidenziando le difficoltà, di ordine pratico e giuridico, che il sistema "Dublino II" presenta, la sentenza *MSS* c. *Belgio* e *Grecia* ha fornito un'interpretazione di esso compatibile con gli obblighi che discendono dalla Convenzione europea.

**4**. Il ricorso alla clausola di sovranità, che la Corte europea prospetta in questa sentenza, porta con sé due ordini di conseguenze. Innanzitutto la sentenza della Corte contribuisce a definire l'ambito di applicazione di tale clausola: i contorni e i limiti del ricorso all'art. 3, par. 2, del regolamento "Dublino II", anche a fronte di una prassi degli Stati tanto eterogenea[33], non sono infatti stati ancora chiaramente delineati, tanto che la Corte di giustizia dell'Unione europea è stata recentemente chiamata a pronunciarsi sull'effettiva portata di tale disposizione[34].

È tuttavia il caso di interrogarsi sull'opportunità di una siffatta interpretazione della clausola di sovranità da parte della Corte europea, anche in considerazione della pendenza, di fronte alla Corte di Lussemburgo, di cause che vertono proprio sulla medesima questione. L'art. 3, par. 2, del regolamento "Dublino II" rappresenta infatti, nell'ottica della Corte europea, lo strumento che permette di escludere, rispetto al caso di specie, l'applicazione della teoria della protezione equivalente e, al contempo, di evitare il conflitto tra il sistema convenzionale e l'ordinamento dell'Unione europea. Occorre però considerare che tale disposizione si colloca nell'ambito di un ordinamento impostato in via generale sul principio di fiducia tra Stati membri, che si considerano reciprocamente "Paesi sicuri"[35] ed è inserita in un regolamento che proprio su tale presunzione fonda il carattere sostanzialmente automatico del trasferimento dell'esame della domanda. Indubbiamente, il tenore della disposizione contenuta nell'art. 3, par. 2, che non impone particolari limitazioni e non specifica le condizioni di applicazione, non esclude in via di principio l'interpretazione che la Corte europea ne ha fornito. Sul piano dell'ordinamento dell'Unione europea, la soluzione proposta dalla Corte europea si fa tuttavia più complessa: la pretesa che gli Stati procedano, in occasione di ogni singolo trasferimento all'interno dell'Unione, ad approfondite modalità di scrutinio, volte ad accertare nel merito l'effettivo rispetto dei diritti fondamentali da parte dello Stato di destinazione, potrebbe

33 Si confronti in proposito la recente analisi condotta dall'Alto Commissariato per i Rifugiati, *Updated UNHCR Information Note on National Practice in the Application of Article 3(2) of the Dublin II Regulation in particular in the context of intended transfers to Greece*, 31 gennaio 2011 (www.unhcr.org, reperibile *on line*).

34 Ordinanza 9 novembre 2010, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S.* e *M.E.* e *altri*.

35 Si veda in particolare il Protocollo n. 24, sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea, allegato al TFUE.

infatti non risultare pienamente conforme allo spirito, agli obiettivi e allo scopo che il regolamento "Dublino II" persegue[36]. Se si volge lo sguardo ai lavori relativi alla revisione del sistema europeo di asilo, si può del resto constatare come, nell'ordinamento dell'Unione europea, siano attualmente al vaglio delle istituzioni soluzioni diverse dal ricorso alla clausola di sovranità, al fine di evitare che il trasferimento di un richiedente asilo implichi il rischio di violazione dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo. In particolare, la proposta di rifusione del regolamento "Dublino II"[37] mantiene la clausola di sovranità, chiarendone i presupposti di applicazione[38] e prevede, come ipotesi distinta ed ulteriore, un meccanismo di sospensione temporanea dei trasferimenti in un determinato Stato, in ragione del mancato rispetto, da parte di tale Stato, degli *standards* europei di tutela[39]. Proprio l'inserimento di tale formula ha fatto registrare notevoli contrasti in sede di approvazione dell'atto[40].

In attesa dunque dell'adozione della nuova disciplina, la sentenza *M.S.S.* c. *Belgio* e *Grecia* prospetta comunque un'ulteriore considerazione di ordine, per così dire, pragmatico: la posizione assunta dalla Corte concorre a minare l'equilibrio su cui si regge il meccanismo del regolamento "Dublino II", che, come accennato, trova fondamento proprio sulla presunzione di conformità e sul principio di reciproca fiducia tra Stati membri, sottolineando l'urgenza di una revisione del sistema dell'asilo nell'Unione europea nel suo complesso[41]. Contestualmente tuttavia, l'orientamento della Corte fornisce anche una sorta di correttivo alle incoerenze insite in quello stesso sistema. Con la condanna del Belgio per il trasferimento del richiedente asilo in Grecia, la Corte ha sicuramente messo ancora più in evidenza la gravità della situazione in Grecia, già considerata a sua volta responsabile per la violazione degli articoli 3 e 13 della Convenzione; nello stesso tempo tuttavia la sentenza ha anche prodotto l'effetto indiretto di "alleggerire" il carico e le pressioni che sul Paese ellenico gravano,

---

36 Per ulteriori rilievi, sia consentito il rinvio a M. Marchegiani, *Regolamento* Dublino II *e clausola di sovranità: il caso greco dinanzi all'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati*, in *DUDI*, 2010, p. 452 ss.

37 Proposta di regolamento del 3 dicembre 2008, del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, COM(2008)820 def., *GUUE* C 229, 23 settembre 2009, p. 1 ss.

38 Proposta di regolamento del 3 dicembre 2008, cit., capo IV, art. 17, *Clausole discrezionali.*

39 Proposta di regolamento del 3 dicembre 2008, cit., art. 31.

40 Questo dato emerge in particolare dalle discussioni in seno al Consiglio: si veda da ultimo la riunione del Consiglio dell'Unione europea – Giustizia e Affari interni, 8 e 9 novembre 2010, Doc. 15848/10, fascicolo interistituzionale COD/2008/0243, nonché il documento del Consiglio dell'Unione europea del 29 ottobre 2010, n. 15561/10, ASILE 85, CODEC 1140.

41 Tra i primi commenti al caso, si vedano in particolare N. Hervieu *Réadmissions vers la Grèce: la confiance mutuelle au sein de l'UE à l'épreuve de la CEDH*, 22 gennaio 2011 (www.combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr, reperibile *on line*); T. Syring, *European Court of Human Rights' Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: M.S.S. v. Belgium & Greece*, in *ASIL Insights*, 24 febbraio 2011; L. Lavrysen, *M.S.S. v. Belgium and Greece: The Impact on EU Asylum Law* (www.strasbourgobservers.com, reperibile *on line*).

tra l'altro, proprio in conseguenza dell'applicazione del regolamento "Dublino II"[42]. È del resto diffusa l'opinione per cui il problema dei trasferimenti di richiedenti asilo nel territorio dell'Unione europea non dipenda soltanto dalle carenze degli Stati frontalieri, ma sia una conseguenza insita nello stesso meccanismo alla base del regolamento "Dublino II"[43]. La pronuncia ha inoltre creato una sorta di "effetto domino", per cui molti Stati hanno nuovamente sospeso i trasferimenti di richiedenti asilo non solo in Grecia, ma anche in altri Stati in cui la situazione appare critica. In questo senso, la prospettiva accolta dalla Corte europea rafforza e sostiene incisivamente le sollecitazioni espresse già da tempo dall'UNHCR[44].

Paradossalmente dunque, l'interpretazione che la Corte europea fornisce del regolamento "Dublino II" potrebbe rivelarsi utile a contenere gli squilibri che caratterizzano il meccanismo su cui tale regolamento si fonda, in attesa di una compiuta revisione del sistema comune europeo di asilo, che proprio sul principio della solidarietà tra Stati e della ripartizione delle responsabilità nell'esame delle domande di protezione[45] ha incontrato significative difficoltà.

## Abstract


### The "Dublin II" Regulation and the European Convention on Human Rights in Light of the *M.S.S.* v. *Belgium & Greece* Case

The recent judgement delivered on January 21, 2011, by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights, in the *M.S.S.* case, raises the question of relationships between obligations under the European Convention on Human Rights and the Common European Asylum System ("CEAS").

Under the "Dublin II" Regulation (Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national), EU Member States and other cooperating European non-EU Member States, are required to determine, based on a hierarchy of objective


[42] Si confrontino in questo senso le dichiarazioni rese da alcuni esponenti del Governo ellenico, che si sono dichiarati "soulagés" dall'esito del caso, *Asile: l'Union européenne contrainte de revoir ses règles*, 24 febbraio 2011 (www.lemonde.fr, reperibile *on line*).

[43] Si veda *The Unstoppable Flow*, in *The Economist*, 19 febbraio 2011, p. 30.

[44] Si vedano in proposito UNHCR, *Observations on Greece as a country of asylum*, dicembre 2009; *The Return of Asylum-Seekers to Greece under the "Dublin Regulation"*, aprile 2008; *Unaccompanied Minor Asylum-Seekers in Greece*, aprile 2008; *The return to Greece of asylum-seekers with "interrupted" claims*, luglio 2007 (www.unhcr.org, reperibili *on line*).

[45] Sull'esistenza di un principio di ripartizione solidale dell'onere di protezione dei richiedenti asilo, si confrontino le recenti considerazioni di F. Salerno, *L'obbligo internazionale di* non-refoulement *dei richiedenti asilo*, in *DUDI*, 2010, p. 487 ss., in particolare p. 499.

criteria, which State is responsible for examining an asylum application lodged on their territory.

The case concerns the decision, assumed by Belgian authorities and based on the "Dublin II" Regulation, to send back an asylum seeker to Greece, the country through which he/she had irregularly entered the EU.

The purpose of this comment is to present some of the implications arising from the approach adopted by the European Court, which proceeds to the condemnation of both States concerned, for violation of Articles 2, 3 and 13 of the Convention, and to determine how that case helps to clarify the relations between the legal system of the Convention and the European Union.

Chiara Gabrielli

# La libertà personale dell'immigrato irregolare nella direttiva-rimpatri e la disapplicazione di norme italiane contrastanti: la sentenza *El Dridi*

Sommario: 1. Motivi della rilevanza e implicazioni della sentenza in commento. – 2. L'effetto diretto delle pertinenti norme della direttiva-rimpatri. – 3. La direttiva nel quadro della politica dell'immigrazione irregolare. – 4. La disciplina sul rimpatrio volontario e l'allontanamento forzato. – 5. La disciplina sul trattenimento. – 6. Il bilanciamento tra gli interessi degli Stati membri e la tutela dei diritti da parte dell'Unione secondo la sentenza in commento.

**1.** Nella sentenza *El Dridi* del 28 aprile 2011[1], la Corte di giustizia dell'Unione europea statuisce, su ricorso per interpretazione pregiudiziale, la (in)compatibilità di un aspetto della legislazione italiana con la direttiva 2008/115/CE "recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare" (d'ora in avanti: direttiva-rimpatri)[2]. Secondo la Corte, infatti, la direttiva-rimpatri "osta ad una normativa di uno Stato membro (...) che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato" vi permanga senza giustificato motivo.

La questione di interpretazione pregiudiziale, sottoposta alla Corte con procedura d'urgenza *ex* art. 104-*ter* del Regolamento di procedura in quanto l'imputato era in carcere[3], riguardava la compatibilità con la direttiva-rimpatri del sistema legislativo italiano, che comprende sia provvedimenti amministrativi di allontanamento, quanto i delitti di "inottemperanza dell'ordine di allontana-

1 Sentenza del 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, *Hassen El Dridi*.

2 Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, *GUUE* L 348, 24 dicembre 2008, p. 98 ss.

3 Vedi I. Ottaviano, *Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, in questa *Rivista*, 2009, p. 451 ss.

mento amministrativo"[4] e di "inottemperanza ad un secondo ordine di allontanamento"[5]. La sequenza dei provvedimenti restrittivi della libertà a seguito della sommatoria delle diverse misure[6] comportava un periodo di circa dieci anni di trattenimento/carcerazione. Un termine davvero incommensurabile e incompatibile, senza bisogno di sottili distinguo, con il limite massimo previsto dalla direttiva-rimpatri (diciotto mesi).

Il contributo sistematico di maggior rilievo della sentenza in commento riguarda il bilanciamento tra gli interessi degli Stati membri per il contrasto all'ingresso (o al soggiorno) non autorizzato da parte di uno straniero in posizione "irregolare"[7] e la tutela dei diritti delle persone nella politica di immigrazione[8]. In modo chiaro e deciso, la Corte sottolinea le ricadute del valore della "libertà" accanto a quello della "sicurezza" negli sviluppi del diritto secondario; osserva inoltre come la sanzione penale possa persino nuocere ad una politica efficace di allontanamento e di rimpatrio nel rispetto dei diritti fondamentali. La ricerca di un equilibrio sistematico dei valori coinvolti non è stata sufficientemente presa in considerazione nell'adozione di una serie di strumenti legislativi in materia di espulsione[9]. In ogni caso, l'insuccesso delle misure coercitive adot-

---

4 Punibile con la reclusione da sei mesi a un anno *ex* art. 14, comma 5°-*ter*, 2° periodo, del Testo unico sull'immigrazione.

5 Punibile con la reclusione da uno a cinque anni *ex* art. 14, comma 5°-*quater*, del Testo unico sull'immigrazione.

6 In argomento, v. F. Viganò, L. Masera, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1710 ss.; Id., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 560 ss.

7 La terminologia alternativa di "illegale" o "clandestino" non comporta alcuna differenza concettuale.

8 In argomento, v. L. Aleni, *La politica dell'Unione europea in materia di rimpatrio e il rispetto dei diritti fondamentali*, in *DUE*, 2006, p. 585 ss.; N. Parisi, *Libertà fondamentali della persona e diritto alla sicurezza: spunti per una riflessione critica a partire dalla politica europea in materia di immigrazione*, in T. Rafaraci (a cura di), *L'area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio fra priorità repressive ed esigenze di garanzia*, Milano, 2007, p. 327 ss., specie p. 361.

9 La prima misura, di iniziativa francese, era stata la direttiva 2001/40/CE del Consiglio, del 28 maggio 2001, relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, *GUCE* L 149, 2 giugno 2001, p. 34 ss. A seguire: la direttiva 2003/110/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa all'assistenza durante il transito nell'ambito di provvedimenti di espulsione per via aerea, *GUUE* L 321, 6 dicembre 2003, p. 26 ss.; la decisione 2004/191/CE del Consiglio, del 23 febbraio 2004, che definisce i criteri e le modalità pratiche per la compensazione degli squilibri finanziari risultanti dall'applicazione della direttiva 2001/40/CE del Consiglio relativa al riconoscimento reciproco delle decisioni di allontanamento dei cittadini di paesi terzi, *ivi* L 60, 27 febbraio 2004, p. 55 ss.; la decisione 2004/573/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'organizzazione di voli congiunti per l'allontanamento dei cittadini di paesi terzi illegalmente presenti nel territorio di due o più Stati membri, *ivi* L 261, 6 agosto 2004, p. 28 ss.

tate per procedere all'allontanamento coattivo non può giustificare una pena detentiva, come quella prevista dalla normativa nazionale[10].

**2.** Per giungere al giudizio dell'incompatibilità della norma italiana, la Corte riconosce effetto diretto alle pertinenti disposizioni della direttiva in presenza di norme chiare ed incondizionate[11]. L'effetto diretto può essere attribuito a tutte le norme della direttiva-rimpatri che disciplinano in maniera dettagliata le ipotesi di "trattenimento" o di privazione della libertà (articoli 15 e 16), fissandone condizioni, modalità e limiti non-derogabili *in peius*[12].

Secondo il diritto dell'Unione, il singolo è legittimato a invocare contro lo Stato, inadempiente per mancata o incorretta trasposizione della direttiva, le disposizioni che appaiano incondizionate e sufficientemente precise[13]. Una volta scaduto il termine per l'attuazione di una direttiva, le norme trovano diretta applicazione negli ordinamenti nazionali quando risultino sufficientemente chiare, precise e non condizionate e conferiscano agli individui un diritto nei confronti dello Stato membro (c.d. "effetto diretto verticale")[14]. A tal fine, non è

---

[10] La direttiva subordina infatti l'uso di misure coercitive al rispetto dei principi di proporzionalità e di efficacia per quanto riguarda i mezzi impiegati e gli obiettivi perseguiti; "ne consegue che gli Stati membri non possono introdurre, al fine di ovviare all'insuccesso delle misure coercitive adottate per procedere all'allontanamento coattivo conformemente all'art. 8, n. 4, di detta direttiva, una pena detentiva, come quella prevista all'art. 14, comma 5°-*ter*, d. lgs. n. 286/1998, solo perché un cittadino di un paese terzo, dopo che gli è stato notificato un ordine di lasciare il territorio di uno Stato membro e che il termine impartito con tale ordine è scaduto, permane in maniera irregolare nel territorio nazionale" (v. sentenza *Hassen El Dridi*, cit., punto 58). Una tale pena rischierebbe addirittura "di compromettere la realizzazione dell'obiettivo perseguito da detta direttiva", finendo per ostacolare il conseguimento dell'obiettivo dell'allontanamento dello straniero, ritardando l'esecuzione del rimpatrio, cui lo Stato è tenuto in forza della direttiva medesima (punti 58-59).

[11] *Ibidem*, punti 46-47.

[12] *Ibidem*, punti 40 e 47.

[13] *Ibidem*, punto 46.

[14] V., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 26 febbraio 1986, causa 152/84, *Marshall*, *Raccolta*, p. 723, punti 46 e 49; del 23 aprile 2009, cause riunite da C-378 a 380/07, *Angelidaki e a.*, *ivi*, p. I-3071, punti 193 e 194; del 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 56; del 3 marzo 2011, causa C-203/10, *Direktsia «Obzhalvane i upravlenie na izpalnenieto» – Varna* c. *Auto Nikolovi OOD*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 61.
Nella sentenza del 19 gennaio 2010, causa C-555/07, *Seda Kücükdeveci* c. *Swedex GmbH & Co. KG*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, la Corte ha stabilito che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la normativa nazionale contraria ad un principio generale di diritto; ha ribadito peraltro che il ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia non è un pre-requisito per la disapplicazione (punto 56). In argomento, v. L. Iannuzzi, *La sentenza sul caso* Kücükdeveci*: la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante*, in questa *Rivista*, 2011, p. 163 ss. Una direttiva inattuata, seppur dotata di norme precise ed incondizionate, non può comunque produrre diritti nei confronti dei privati (c.d. "effetto diretto orizzontale"), v. sentenze della Corte di giustizia *Marshall*, cit.; del 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, *Raccolta*, p. I-3325; del 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397 a 403/01, *Pfeiffer*, *ivi*, p. I-8835. In materia, v. U. Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 265 ss.

necessario che l'intera direttiva sia connotata da tali caratteristiche, ma è sufficiente che alcune norme o parti di norme attribuiscano diritti non condizionati all'emanazione di altri atti dell'Unione o degli Stati membri.

Alla scadenza del termine per l'attuazione della direttiva-rimpatri, il legislatore italiano non ha adottato un atto di recepimento. Pertanto, le situazioni processuali in corso sono state decise all'insegna dell'"incertezza del diritto", deprecabilmente in un ambito di attività sensibile quale il settore penale in cui insiste la procedura in discussione. Per circa quattro mesi[15], i vari organi dello Stato italiano hanno dovuto decidere, in piena autonomia, se rispettare nei confronti dei singoli la direttiva non recepita e hanno adottato atti e sentenze di segno diverso, sostenuti da diverse motivazioni[16]. In questo senso, la sentenza in commento ha un impatto diretto sull'ordinamento italiano, anche se può essere rilevante in altri ordinamenti (efficacia *erga omnes* delle sentenze di interpretazione pregiudiziale). La Corte assicura un'interpretazione uniforme della direttiva-rimpatri, richiedendo la disapplicazione da parte degli organi statali della norma italiana contrastante.

**3.** La politica dell'Unione sull'immigrazione irregolare è caratterizzata da un approccio difensivo/repressivo. Il rimpatrio degli stranieri in posizione irregolare in uno Stato membro è considerato uno degli aspetti prioritari per la lotta all'immigrazione illegale[17]. Il Programma d'azione sui rimpatri sottolineava la necessità di un rafforzamento della cooperazione tra Stati membri[18]. In partico-

15 Corrispondenti al periodo tra la scadenza del termine di recepimento (24 dicembre 2010) e la data della sentenza in commento (28 aprile 2001).

16 La questione della diretta applicazione delle norme della direttiva-rimpatri nell'ordinamento italiano ha coinvolto gli organi competenti nell'ambito delle procedure di allontanamento e rimpatrio (prefetture, questure, giudici di pace, pubblici ministeri e giudici penali). Sulla giurisprudenza italiana nei quattro mesi intercorsi tra la scadenza del termine di trasposizione e la sentenza della Corte di giustizia, ci sia consentito rinviare a C. Gabrielli, *La mancata attuazione della direttiva rimpatri 2008/115/CE ed il "governo dei giudici" in attesa dell'interpretazione pregiudiziale della Corte di Giustizia*, in *Gli Stranieri*, 2011, n. 1.

17 La Commissione europea aveva presentato una comunicazione in materia di immigrazione illegale, nella quale raccomandava l'adozione di una politica comune di rimpatrio come principale azione di prevenzione e di lotta contro l'immigrazione irregolare, v. COM(2001)672 def., del 15 novembre 2001, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comune in materia di immigrazione illegale. Successivamente, la Commissione presentava anche il Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio, nel quale la stessa problematica veniva affrontata mediante una discussione che coinvolgeva tutti i soggetti interessati, v. COM(2002)175 def., del 10 aprile 2002, Libro verde su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri. Sui risultati della pubblica consultazione, v. COM(2002)564 def., del 14 ottobre 2002, Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo su una politica comunitaria in materia di rimpatrio delle persone soggiornanti illegalmente, in cui si sottolineavano le interconnessioni con la gestione dell'immigrazione legale.

18 V. Consiglio GAI di Bruxelles del 28-29 novembre 2002, doc. n. 14817/02, p. 10.

lare, il Programma dell'Aja[19] richiedeva "un'efficace politica in materia di allontanamento e rimpatrio basata su norme comuni perché le persone siano rimpatriate in maniera umana e nel pieno rispetto dei loro diritti e della loro dignità"[20].

Malgrado le affermazioni di principio, si sono sviluppate prassi nazionali diverse nell'accertamento delle condizioni relative all'allontanamento forzoso[21]. Così, la procedura che precede il rimpatrio rischia di essere sommaria, in quanto limitata alla verifica dell'identità, della nazionalità e della provenienza del soggetto da allontanare, al fine di ottenere una prova sufficiente per ottenere il rilascio da parte dello Stato di provenienza dell'autorizzazione alla sua riammissione. Vi è inoltre il rischio che le garanzie siano affievolite quando l'Unione riconosce, tra i "Paesi terzi sicuri", alcuni Stati i cui comportamenti non sono conformi con assoluta sicurezza agli *standard* internazionali di protezione dei rifugiati. A ciò deve aggiungersi il rischio dei c.d. "respingimenti a catena", allorchè il "Paese terzo sicuro" di rinvio chieda a sua volta la riammissione della persona nel Paese di precedente transito[22]. Pertanto, le misure in materia di allontanamento e rimpatrio devono essere applicate nel rispetto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e della CEDU che prevedono, in occasione dell'espulsione verso il territorio dello Stato di provenienza, garanzie contro il rischio di subire persecuzioni, trattamenti disumani o degradanti[23] e contro forme di respingimento indiretto[24].

La direttiva 2008/115/CE prevede l'armonizzazione delle norme e delle procedure in materia di allontanamento e rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare[25]. Le procedure per assicurare l'effettività dei rimpatri vengono bilan-

---

19 V. Programma dell'Aja: rafforzamento della libertà, della sicurezza e della giustizia nell'Unione europea, *GUUE* C 53, 3 marzo 2005, p. 1. Sull'argomento, v. T. Balzacq, S. Carrera, *The Hague Programme: The Long Road to Freedom, Security and Justice*, in T. Balzacq, S. Carrera (eds.), *Security versus Freedom? A Challenge for Europe's Future*, Aldershot, 2006, p. 1 ss.

20 V. conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles, 4-5 novembre 2004, doc. n. 14292/1/04 REV 1, pp. 22-23.

21 A tale riguardo, le c.d. "procedure accelerate" di espulsione pongono gravemente a rischio il diritto ad un ricorso effettivo da parte dello straniero, in quanto non consentono l'opportuna analisi della situazione individuale e la verifica della sussistenza di motivi contrari all'espulsione.

22 Sul punto, v. L. Aleni, *op. cit.*, specie p. 604.

23 La Corte europea dei diritti umani ha altresì ribadito il carattere assoluto dell'obbligo di non espulsione verso un Paese in cui sussista il rischio che l'individuo venga sottoposto a tortura o a trattamenti disumani e/o degradanti, seppure quest'ultimo costituisca una minaccia per la sicurezza dello Stato, v. Corte europea dei diritti umani, sentenza del 28 febbraio 2008, *Saadi* c. *Italia*; nello stesso senso, v. altresì le sentenze del 7 luglio 1989, *Soering* c. *Regno Unito*, e del 15 novembre 1996, *Chahal* c. *Regno Unito*. Sul punto, v. A. Gianelli, *Il carattere assoluto dell'obbligo di* non-refoulement*: la sentenza* Saadi *della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2008, p. 449 ss. In argomento v., in generale, G. Cellamare, *La disciplina dell'immigrazione nell'Unione europea*, Torino, 2006, p. 247 ss.

24 Si tratta del rischio di essere ricondotto in un Paese dal quale il migrante potrebbe essere nuovamente respinto o espulso verso altri Paesi non sicuri.

25 La direttiva ha come fondamento giuridico l'art. 63, par. 3, lett. c), TCE (divenuto art. 79, par. 2, lett. c), TFUE).

ciate dal legislatore dell'Unione con le esigenze del rispetto dei diritti fondamentali, in quanto principi generali del diritto dell'Unione e del diritto internazionale (art. 1). Dunque, accanto allo scopo dell'efficace controllo dei flussi migratori e della garanzia dell'effettività delle espulsioni, la direttiva-rimpatri assume l'obiettivo della tutela dei principi fondamentali dei migranti. La direttiva stabilisce che la regolazione della materia dei rimpatri abbia luogo mediante la legislazione nazionale di recepimento[26].

La direttiva-rimpatri è il primo strumento di regolazione del fenomeno dell'immigrazione irregolare adottato sulla base della procedura di codecisione (procedura legislativa ordinaria)[27]. Essa ha ricevuto molte critiche in quanto restrittiva dell'esercizio dei diritti fondamentali[28]. Dopo un difficile negoziato durato tre anni[29], la proposta sulla direttiva-rimpatri[30] è stata approvata in prima lettura, senza l'approvazione di alcun emendamento da parte del Parlamento europeo. Dall'adozione della direttiva dipendeva infatti la possibilità di utilizzo del Fondo europeo per i rimpatri per il sostegno alle operazioni di rimpatrio poste in essere dagli Stati membri[31].

Il testo della direttiva-rimpatri si discosta sostanzialmente dalla proposta dalla Commissione[32]. In primo luogo, il testo adottato non si occupa degli aspetti

---

26 Sul punto, v. A. Lang, *L'Europa limita il ricorso ai rimpatri forzati*, in *Guida al diritto*, 2008, n. 4, p. 14; C. Favilli, *La direttiva rimpatri ovvero la mancata armonizzazione dell'espulsione dei cittadini di paesi terzi*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2009, n. 2 (www.osservatoriosullefonti.it, reperibile *on line*).

27 Tale procedura ha trovato applicazione in materia di immigrazione a partire dal 1° gennaio 2005, v. la decisione del Consiglio 2004/927/CE che assoggetta taluni settori contemplati dal titolo IV, parte terza del Trattato che istituisce la Comunità europea alla procedura di cui all'articolo 251 di detto Trattato, *GUUE* L 396, 31 dicembre 2004.

28 Per un'analisi critica della direttiva dal punto di vista del rispetto dei diritti umani, v. in generale J. Y. Carlier, *La directive retour et le respect des droits fondamentaux*, in *L'Europe des Libertés, Revue d'actualité juridique*, 2008, n. 26, p. 13 ss. (www.leuropedeslibertes.u-strasb.fr, reperibile *on line*). Per una rassegna delle reazioni critiche alla direttiva da parte di Ong e della dottrina europea, v. F. Maiani, *Directive de la honte ou instrument de progrès? Avancées, régressions et statu quo en droit des étrangers sous l'influence de la Directive sur le retour*, in *ASDE*, 2008/2009, p. 289 ss.

29 Per un'analisi dei negoziati che hanno condotto all'adozione della misura in parola, v. E. Canetta, *La disciplina comunitaria in materia di rimpatrio dei cittadini dei paesi terzi in posizione irregolare nel territorio degli Stati membri*, in *Dir. imm.*, 2007, p. 46 ss.; D. Acosta, *The Good, the Bad and the Ugly in EU Migration Law: Is the European Parliament Becoming Bad and Ugly? (The Adoption of Directive 2008/15: The Returns Directive)*, in *EJML*, 2009, p. 19 ss.

30 V. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 1° settembre 2005 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi soggiornanti illegalmente, COM(2005)391 def.

31 Decisione n. 575/2007/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 maggio 2007, che istituisce il Fondo europeo per i rimpatri per il periodo 2008-2013 nell'ambito del programma generale Solidarietà e gestione dei flussi migratori, *GUUE* L 144, 6 giugno 2007, p. 45 ss. Il Parlamento aveva deciso in un emendamento al bilancio di porre l'intero importo in riserva e di svincolarlo solo in seguito all'approvazione della direttiva stessa. A tale riguardo, v. Budget 2008, document 12, vol. 2, p. 59.

32 V. COM(2005)391 def., cit.

giuridici della definizione, dell'origine e delle condizioni del soggiorno degli immigrati, bensì solo delle conseguenze della decadenza del soggiorno legale. Una delle maggiori critiche riguarda proprio la mancata regolazione delle cause di cessazione del soggiorno irregolare (visto scaduto, permesso di soggiorno scaduto, ritiro o revoca del permesso di soggiorno, domanda d'asilo respinta in via definitiva, revoca dello *status* di rifugiato, ingresso illegale)[33]. Gli Stati membri conservano la piena responsabilità di eventuali "regolarizzazioni" degli immigrati irregolari. L'armonizzazione si limita alle procedure per l'allontanamento degli stranieri, indifferentemente dai motivi della condizione di illegalità. A seguito dell'opposizione manifestata da taluni Stati membri, la proposta iniziale della Commissione è stata modificata in senso restrittivo anche per quanto riguarda le garanzie, lasciando al giudice la tutela effettiva degli individui. Un'occasione persa per armonizzare i rimedi giurisdizionali disponibili negli ordinamenti nazionali[34]. In ogni caso, la decisione di rimpatrio può essere efficacemente realizzata solo grazie agli accordi di riammissione[35].

**4.** Sulla base della direttiva[36], gli Stati membri sono tenuti ad assumere una decisione di rimpatrio nei confronti di ogni cittadino di Paese terzo che soggiorni illegalmente sul loro territorio (art. 6, par. 1)[37]. Il ritorno "volontario" del migrante irregolare nel proprio Paese di origine dovrebbe essere incentivato, rappresentando una modalità di allontanamento più umana e dignitosa per i migranti e che conduce ad un enorme risparmio di costi per lo Stato. Di norma la relativa decisione deve stabilire "per la partenza volontaria un periodo congruo di durata compresa tra sette e trenta giorni" (art. 7, par. 1), fatta salva la possibilità per lo Stato di concedere un termine più lungo in relazione alle circostanze specifiche del caso (quali, ad esempio, la durata del soggiorno, l'esistenza

33 Vedi G. Caggiano, *Le nuove politiche dei controlli alle frontiere, dell'asilo e dell'immigrazione nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 126 ss., specie p. 135.

34 Vedi A. Liguori, *Le garanzie procedurali avverso l'espulsione degli immigrati in Europa*, Napoli, 2008, p. 163 ss., specie p. 168; Id., *Obblighi internazionali e comunitari in materia di garanzie procedurali avverso l'espulsione dei migranti in Europa*, in *Dir. imm.*, 2009, n. 3, p. 29 ss, specie p. 61 ss.

35 Gli accordi di riammissione rappresentano un insostituibile strumento di cooperazione tra gli Stati coinvolti. Essi infatti assicurano agli Stati di immigrazione l'effettiva riuscita delle operazioni di rimpatrio. In argomento, v. F. Graziani, *Gli accordi di riammissione*, in U. Leanza (a cura di), *Le migrazioni: una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 243 ss., specie p. 264; G. Cellamare, *Osservazioni sugli accordi di riammissione tra la CE e alcuni Stati dell'area balcanica*, in questa *Rivista*, 2007, p. 497 ss., specie p. 509; Id., *Gli accordi di riammissione dell'Unione europea*, *ivi*, 2010, p. 369 ss.

36 Per un'analisi dettagliata della disciplina introdotta dalla direttiva-rimpatri, v. A. Baldaccini, *The Return and Removal of Irregular Migrants under EU Law: An Analysis of the Returns Directive*, in *EJML*, 2009, p. 1 ss.; K. Hailbronner, *EU Immigration and Asylum Law: Commentary on EU Regulations and Directives*, München-Oxford, 2010, specie p. 1489 ss.

37 Il carattere vincolante di tale disposizione è mitigato da una serie di eccezioni, sulle quali v. l'art. 6, paragrafi 2-5.

di bambini che frequentano la scuola o di altri legami familiari o sociali)[38]. Nel caso ordinario in cui venga concesso un termine per la partenza volontaria, al migrante potranno tuttavia "essere imposti obblighi diretti a evitare il rischio di fuga, come l'obbligo di presentarsi periodicamente alle autorità, la costituzione di una garanzia finanziaria adeguata, la consegna di documenti o l'obbligo di dimorare in un determinato luogo" (art. 7, par. 3).

Nell'ipotesi poi in cui lo straniero non abbia lasciato spontaneamente il territorio nazionale entro il termine concessogli, ovvero non sia stato sin dall'inizio concesso alcun termine, lo Stato membro è tenuto a procedere all'allontanamento, prendendo tutte le misure necessarie, comprese, all'occorrenza, misure coercitive, in maniera proporzionata e nel rispetto in particolare dei diritti fondamentali (art. 8). La direttiva prevede che il ricorso contro la decisione di rimpatrio debba essere esperito "il più rapidamente possibile" (art. 15, par. 2), indifferentemente dinanzi ad un'autorità giudiziaria, un organo indipendente oppure un'autorità amministrativa. A tali autorità è concessa peraltro la mera "facoltà" di rivedere le decisioni connesse al rimpatrio, inclusa la possibilità di sospenderne temporaneamente l'esecuzione (art. 13, par. 2).

Qualora l'interessato non sia partito volontariamente entro il termine stabilito, lo Stato membro potrà procedere all'esecuzione forzata della decisione di rimpatrio, eventualmente previa emanazione da parte dell'autorità amministrativa e giudiziaria di un ordine di allontanamento. L'utilizzazione di misure coercitive per allontanare lo straniero che opponga resistenza dovrebbe avere luogo come ultima *ratio* ed in ogni caso dovrebbe rispettare il "principio di proporzionalità" e non eccedere "un uso ragionevole della forza", "in osservanza dei diritti fondamentali e nel debito rispetto della dignità e dell'integrità fisica" del migrante (art. 8).

**5.** Se lo straniero non provvede alla partenza volontaria nel termine eventualmente fissato, e non sia possibile nell'immediato eseguire l'allontanamento coattivo, è consentita la sua detenzione[39] nelle more del procedimento di espulsione (art. 15). Nell'ipotesi in cui l'esecuzione immediata dell'allontanamento non sia possibile, e laddove ogni altra misura coercitiva meno afflittiva non risulti sufficiente nel caso concreto, la direttiva consente allo Stato di trattenere lo straniero in un centro di permanenza temporanea per un periodo massimo di

[38] La direttiva fa riferimento alla "esistenza di motivi in un caso specifico che si fondano su criteri obiettivi definiti dalla legge per ritenere che un cittadino di paese terzo che è oggetto di procedure di rimpatrio possa tentare la fuga" (art. 3, par. 7). Lo Stato membro potrebbe anche fissare un termine più breve o addirittura non concederne alcuno: in presenza di pericolo di fuga; in caso di respingimento della domanda di permesso di soggiorno manifestamente infondata o fraudolenta; oppure se l'interessato costituisce un pericolo per l'ordine pubblico, la pubblica sicurezza o la sicurezza nazionale. È chiaro che l'attuazione del principio dell'allontanamento volontario può essere completamente disattesa da un'applicazione estensiva del concetto di "rischio di fuga".

[39] La direttiva-rimpatri non utilizza tale espressione, bensì il termine più neutro "trattenimento".

sei mesi, prorogabile in casi particolari sino a complessivi diciotto mesi (art. 15, paragrafi 5 e 6). È previsto comunque il riesame periodico della persistente necessità della misura coercitiva rispetto allo scopo di eseguire l'allontanamento ed evitando di regola che lo straniero venga collocato in un istituto penitenziario. La direttiva indica la durata massima del periodo di trattenimento nei centri di identificazione, che costituisce pur sempre una misura coercitiva strumentale al rimpatrio; vale a dire che gli Stati membri hanno il diritto di trattenere il migrante sottoposto a procedure di rimpatrio soltanto per il tempo strettamente necessario all'organizzazione del rimpatrio e/o dell'allontanamento, specie quando sussiste il rischio di fuga o il soggetto ostacoli il rimpatrio (art. 15, par. 1). Pertanto, il "trattenimento" deve essere sempre subordinato al principio di proporzionalità in relazione ai mezzi impiegati e agli obiettivi perseguiti e se il rimpatrio diviene impossibile, è vietata la detenzione dell'immigrato.

Le condizioni secondo cui il trattenimento debba avere "durata quanto più breve possibile" e che debba essere mantenuto "solo per il tempo necessario all'espletamento diligente delle modalità di rimpatrio" derivano direttamente dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di "doverosa diligenza"[40]. Il trattenimento potrà essere mantenuto sino al termine fissato da ciascuno Stato membro, che non può comunque superare i sei mesi[41]; termine peraltro prorogabile per ulteriori dodici mesi quando, nonostante sia stato compiuto ogni ragionevole sforzo, l'operazione di allontanamento rischi di durare più a lungo, dal momento che l'interessato è poco collaborativo o si verificano ritardi nell'ottenimento della documentazione.

Per ciò che riguarda la durata del periodo detentivo, si tratta di un lasso di tempo estremamente lungo per privare i migranti irregolari della loro libertà al solo scopo di facilitare il loro rimpatrio e di impedire che nel frattempo si diano alla fuga. La detenzione è pur sempre una sanzione estrema se applicata a persone che non hanno commesso alcun reato. Dal punto di vista dei diritti umani si guarda con profonda preoccupazione alla circostanza che il diritto dell'Unione preveda un periodo di detenzione pre-rimpatrio così prolungato. Altre voci critiche hanno riguardato l'incapacità della direttiva di fornire un solido sistema di controllo giurisdizionale sulla detenzione. Infatti la privazione della libertà di persone che non hanno commesso alcun reato può avere luogo sulla base di una decisione amministrativa, in assenza di uno stretto controllo giudiziario[42].

---

40 V. sentenze della Corte europea dei diritti umani del 22 marzo 1995, *Quinn* c. *Francia*, par. 48; del 24 settembre 1992, *Kolompar* c. *Belgio*, par. 36; *Chahal* c. *Regno Unito*, cit., par. 113; *Saadi* c. *Regno Unito*, cit., par. 72; dell'8 ottobre 2009, *Mikolenko* c. *Estonia*, par. 67; dell'11 febbraio 2010, *Raza* c. *Bulgaria*, par. 74. Per un'analisi della giurisprudenza, v. G. Caggiano, *La tutela dei diritti degli stranieri nel sistema della Convenzione europea dei diritti umani*, in *Gli Stranieri*, 2010, n. 2, p. 17 ss.

41 Art. 15, par. 5.

42 V. House of Lords EU Select Committee, *Illegal Migrants: proposals for a common EU returns policy*, 32nd Report of Session 2005-06, par. 100 (www.statewatch.org, reperibile *on line*).

Secondo la Corte, anche se l'adozione della direttiva-rimpatri non costituisce esercizio di una competenza penale, il diritto dell'Unione è idoneo ad incidere sul diritto penale degli Stati membri[43]. L'autonomia del diritto penale non può tuttavia compromettere la realizzazione degli obiettivi di una direttiva e privarla dell'effetto utile[44]. Ciò infatti risulterebbe in contrasto con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE.

Il trattenimento disciplinato nel dettaglio dalla direttiva (articoli 15 e 16) è "la misura più restrittiva della liberta che la direttiva consente nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo", proprio in funzione della necessità di tutela della libertà personale dello straniero, secondo i principi sviluppati in proposito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo sulle procedure di espulsione[45]. Va sottolineato in ogni caso che, sulla base della direttiva, la privazione della libertà costituisce pur sempre una *extrema ratio*, vale a dire che opera solo in assenza di misure altrettanto adeguate ai fini del rimpatrio ma meno afflittive (quali quelle indicate dall'art. 7, par. 3). La direttiva-rimpatri non osta ad una qualsiasi incriminazione, ma solo a quelle che comportino una sanzione detentiva nei confronti dello straniero, in ragione della sua mera mancata cooperazione alla procedura espulsiva. I parametri normativi del diritto secondario hanno carattere tassativo, costituendo le misure più restrittive ammissibili alla libertà in una procedura di allontanamento coattivo.

Inoltre, la Corte non considera applicabile al sistema italiano la facoltà di deroga prevista dalla direttiva nelle ipotesi in cui il rimpatrio sia stato disposto come sanzione penale o come conseguenza di una sanzione penale (art. 2, par. 2, lett. b). La decisione di rimpatrio viene adottata nel nostro ordinamento da un'autorità amministrativa sulla base dell'irregolarità del soggiorno dello straniero e non quale conseguenza di una sua condanna penale[46].

La sentenza *El Dridi* riprende alcune considerazioni già espresse nella sentenza *Kadzoef*[47], in cui la Corte aveva interpretato in senso restrittivo i termini massimi di detenzione previsti dalla direttiva-rimpatri[48]. Il trattenimento è giu-

43 V. sentenza *Hassen El Dridi*, cit., punto 53.

44 *Ibidem*, punto 55.

45 *Ibidem*, punti 42 e 43.

46 *Ibidem*, punto 49.

47 V. sentenza del 30 novembre 2009, causa C-357/09, *Kadzoef*, *Raccolta*, p. I-11189. Il caso traeva origine dall'arresto da parte delle autorità bulgare di un individuo privo di documenti d'identità nei pressi della frontiera con la Turchia, il quale si dichiarava ceceno. Nei suoi confronti veniva emanato un provvedimento di riaccompagnamento forzoso alla frontiera. Tuttavia egli veniva trattenuto nel Centro di permanenza temporanea, nell'attesa dell'esecuzione del decreto di espulsione, fino all'ottenimento di documenti che gli consentissero di viaggiare all'estero e della garanzia delle risorse finanziarie sufficienti per l'acquisto di un biglietto di viaggio per la Cecenia. Nel corso della detenzione, egli presentava per ben tre volte domanda per l'ottenimento dello *status* di rifugiato, con esito sempre negativo.

48 In particolare, nei termini devono essere computati anche i periodi di trattenimento subìti prima dell'entrata in vigore della direttiva. Vanno invece esclusi i periodi di sospensione dell'esecuzione della decisione di allontanamento a causa dell'esame di una richiesta d'asilo e i periodi di sospensione del procedimento di espulsione disposti dall'autorità giurisdizionale.

stificabile e prorogabile (in presenza delle condizioni previste dall'art. 15, par. 6) solo in caso si verifichi una "ragionevole prospettiva di allontanamento"; mentre deve cessare se risulta improbabile che il soggetto possa essere ammesso in uno Stato terzo, con conseguente obbligo della sua immediata liberazione. La Corte ha infine stabilito che la direttiva-rimpatri "non consente, quando il periodo massimo di trattenimento previsto da tale direttiva sia scaduto, di non liberare immediatamente l'interessato in quanto egli non è in possesso di validi documenti, tiene un comportamento aggressivo e non dispone di mezzi di sussistenza propri né di un alloggio o di mezzi forniti dallo Stato membro a tale fine"[49].

**6.** In conclusione, il diritto degli Stati membri al controllo dell'immigrazione deve essere sempre bilanciato con la tutela del diritto alla libertà personale dello straniero[50]. La regolamentazione precisa e dettagliata del trattenimento nella direttiva-rimpatri è finalizzata "segnatamente allo scopo di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei cittadini interessati dei paesi terzi"[51]; in particolare la fissazione di un termine di durata massima inderogabile del trattenimento ha "lo scopo di limitare la privazione della libertà dei cittadini di paesi terzi in situazione di allontanamento coattivo"[52].

Pertanto, non vi può essere più dubbio che la durata del "trattenimento forzato dello straniero" (la "misura più restrittiva della libertà che la direttiva consente nell'ambito di una procedura di allontanamento coattivo") debba rispettare il principio di proporzionalità della pena e non possa comportare, nelle sue concrete modalità di luogo e tempo, una violazione del diritto fondamentale alla libertà personale[53].

La Corte osserva che la direttiva-rimpatri (art. 8, par. 4) consente allo Stato di adottare tutte le misure coercitive indispensabili per eseguire la decisione di rimpatrio mediante l'allontanamento dello straniero, comprese misure di carattere penale "atte segnatamente a dissuadere tali cittadini dal soggiornare illegalmente nel territorio di detti Stati"[54]. Tuttavia, eventuali misure di carattere penale dovranno risultare compatibili con il diritto dell'Unione e non essere comunque tali da "compromettere la realizzazione degli obiettivi perseguiti da una direttiva e da privare così quest'ultima del suo effetto utile"[55].

Il giudice del rinvio dovrà di conseguenza "disapplicare ogni disposizione del d. lgs. n. 286/1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115/CE, segna-

---

49 V. sentenza *Kadzoef*, cit., punto 71.
50 V. sentenza *Hassen El Dridi*, cit., punti 31-33.
51 *Ibidem*, punto 42.
52 *Ibidem*, punto 43.
53 V. articoli 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e 5, par. 1, lett. f) della CEDU.
54 V. sentenza *Hassen El Dridi*, cit., punto 52.
55 *Ibidem*, punto 55.

tamente l'art. 14, comma 5°-*ter*, di tale decreto legislativo"[56], nel rispetto del principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, che rientra nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri[57]. Sulla base del principio del primato del diritto comunitario, i giudici e la pubblica amministrazione sono tenuti a disapplicare le norme di diritto interno in contrasto con la direttiva non trasposta. I giudici italiani dovranno disapplicare tale norma incriminatrice in ragione del suo rilevato contrasto con il diritto dell'Unione e assolvere gli imputati perché "il fatto non sussiste" o "non è più previsto come reato", a seconda che la condanna sia passata in giudicato. La sentenza di interpretazione pregiudiziale ha valore *erga omnes* con effetto in tutti gli ordinamenti nazionali.

La sentenza non "scalfisce" la legittimità del reato di clandestinità (art. 10-*bis* del Testo unico sull'immigrazione) che non era oggetto del ricorso di interpretazione, ma chiede agli organi dello Stato di disapplicare la norma sull'inottemperanza all'ordine di allontanamento dello straniero in posizione irregolare (art. 14, comma 5°-*ter*). Sino all'emanazione della sentenza in commento, lo straniero che, senza giustificato motivo, permaneva illegalmente nel territorio italiano era punito con la reclusione da uno a quattro anni, se l'espulsione o il respingimento erano disposti per una serie di ipotesi quali: ingresso illegale nel territorio nazionale; mancata richiesta del permesso di soggiorno; mancata dichiarazione di presenza nel territorio dello Stato; revoca/annullamento del permesso di soggiorno.

Oggi, dopo la sentenza della Corte di giustizia e sino a nuova riforma legislativa, lo straniero che non rispetta l'ordine di allontanamento non è più punibile. Lo Stato italiano dovrà dunque rendere efficace (e finanziariamente sostenibile) l'allontanamento e il rimpatrio dello straniero presente sul suo territorio senza esserne autorizzato.

## Abstract


### Compliance with Fundamental Rights of Illegal Immigrants and Obligation for National Courts to Refuse to Apply Any National Provision which Is Contrary to the Result of the Directive on the Return

In *El Dridi* the Court of Justice of the European Union considers that Directive 2008/115 on the return precludes national rules imposing a prison term on an illegally staying third-country national (illegal immigrants) who does not comply with an order


[56] V. l. 15 luglio 2009 n. 94, Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, *GURI* 170, 24 luglio 2009, con cui sono state apportate modifiche al Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d. lgs. 25 luglio 1998 n. 286, *ivi* 191, 18 agosto 1998, S.O. n. 139).

[57] V. sentenza *Hassen El Dridi*, cit., punto 61.

to leave the national territory. The Directive on the return pursues the establishment of an effective removal and repatriation policy, based on common standards for persons to be returned in a humane manner and with full respect for their fundamental rights.

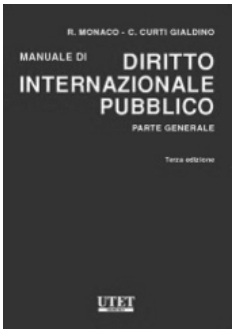
A penalty such as that provided for by the Italian legislation is liable to jeopardise the attainment of the objective of introducing an effective policy for removal and repatriation in keeping with fundamental rights. National legislation providing for a prison sentence (between one and four years) in the event of refusal to obey an order to leave the territory of a Member State is contrary to the result of the Directive.

It will be for the national Court, which is called upon to apply and give full effect to provisions of European Union law, to refuse to apply any incompatible provision with the directive' standards. The principle of the retroactive application of the more lenient penalty, which forms part of the constitutional traditions common to the Member States, shall be also taken in due account.

# Recensioni

Riccardo Monaco, Carlo Curti Gialdino

# Manuale di diritto internazionale pubblico, Parte generale




Torino, UTET, 2009, III ed., pp. L-862.

L'obiettivo che si proponeva Carlo Curti Gialdino – l'aggiornamento del *Manuale* di Riccardo Monaco – era certamente ambizioso e non privo di difficoltà. L'ultima edizione, la seconda, di tale *Manuale* era apparsa nel lontano 1971 e da allora sono accaduti eventi, a cominciare dalla caduta del muro di Berlino, che hanno profondamente modificato la composizione della comunità internazionale e, in qualche misura, i suoi stessi caratteri. Venuta meno la rigida contrapposizione Est-Ovest che aveva segnato l'epoca del bipolarismo (peraltro garantendo il mantenimento di un certo equilibrio e stabilità nelle relazioni internazionali), anche il diritto internazionale ha conosciuto nuovi sviluppi: basti pensare all'attivismo, un tempo impensabile, del Consiglio di sicurezza, all'illusione di un nuovo ordine internazionale, specie nei primissimi anni '90, all'emersione di valori e interessi condivisi nella comunità internazionale, come quelli relativi al mantenimento della pace, alla tutela dell'ambiente, alla prevenzione delle *gross violations* dei diritti umani. Né vanno trascurati, per l'incidenza che hanno determinato sulla formazione e sul contenuto delle norme internazionali, la nascita o il rafforzamento di nuovi soggetti (o, quanto meno, di nuovi protagonisti), accanto agli Stati, quali, in primo luogo, le organizzazioni internazionali e, in qualche misura, gli individui. Ed è appena il caso di ricordare gli sviluppi di fondamentali settori del diritto internazionale, come il diritto dei trattati (la Convenzione di Vienna del 1969 era stata appena approvata quando vedeva la luce l'ultima edizione del *Manuale*), la responsabilità internazionale degli Stati, le giurisdizioni internazionali, in particolare i tribunali penali internazionali; nonché quelli della prassi e della giurisprudenza internazionale e interna, che si sono determinati negli ultimi quaranta anni.

Si tratta di cambiamenti che, specie in un'opera, quale il *Manuale* di Monaco, costantemente attenta al dato sociale sotteso all'ordinamento giuridico internazionale, rischiavano di renderla ormai obsoleta, relegandola tra i classici del passato, certo tra i più gloriosi, ma pur sempre del passato. Ebbene, Curti Gialdino è riuscito felicemente a condurre in porto la difficile operazione di dare nuova vita al *Manuale* del suo Maestro, preservandone i caratteri originari e gli indiscutibili pregi e, nel contempo, conferendogli piena e rinnovata attualità.

Come lo stesso Curti Gialdino sottolinea nella *Premessa*, il *Manuale* di Monaco si caratterizzava per l'estrema chiarezza dell'esposizione, per la profonda sensibilità per la prassi e per la giurisprudenza, per la collocazione dello studio del diritto internazionale nel più ampio contesto delle discipline giuspubblicistiche, per l'equilibrio delle soluzioni accolte. Erano questi caratteri che avevano collocato il volume di Monaco nella ristretta cerchia della manualistica più diffusa e accreditata, accanto ai testi di Gaetano Morelli, di Giorgio Balladore Pallieri, di Rolando Quadri, i più classici manuali sui quali si sono formate varie generazioni di studenti e di studiosi. L'edizione curata da Curti Gialdino resta fedele a tali caratteri, che sono, anzi, ulteriormente valorizzati anche con talune opportune modifiche di struttura dell'opera (suggerite dagli sviluppi della materia). Essa si articola in otto sezioni, dedicate, rispettivamente, ai caratteri della comunità internazionale e alla sua evoluzione storica, al fondamento del carattere obbligatorio del diritto internazionale, alle norme giuridiche internazionali, all'adattamento dell'ordinamento interno alle norme internazionali, ai "protagonisti" della vita di relazione internazionale, all'uso della forza nel diritto internazionale, alla responsabilità internazionale, alla soluzione pacifica delle controversie internazionali. Ogni sezione è divisa in capitoli, paragrafi e talvolta sottoparagrafi, così da offrire al lettore un quadro estremamente analitico, pur nel rispetto di una rigorosa costruzione sistematica.

Il *Manuale* si caratterizza tuttora per un'attenzione costante alla prassi e alla giurisprudenza, la quale, peraltro, corrisponde non solo all'originaria impostazione di Riccardo Monaco, ma anche alla profonda sensibilità per il dato fattuale di Curti Gialdino. Ne risulta un'opera di grande interesse, di piacevole lettura, di estrema utilità, sia come strumento di conoscenza per lo studente, che di stimolo e di riflessione per lo studioso. Colpisce, inoltre, come Curti Gialdino sia riuscito a cogliere, nel pensiero di Monaco, degli spunti che erano appena accennati nell'edizione del 1971 e che egli porta a compiuta maturazione, tenendo conto della evoluzione del diritto internazionale (si vedano, per esempio, le pagine dedicate alla soggettività internazionale dell'individuo). La fedeltà al metodo di Monaco risulta altresì dalla impostazione dei numerosi profili problematici della materia. Curti Gialdino esamina in maniera scrupolosa la prassi, evitando, peraltro, il rischio di "confondere" il fatto con il diritto (come purtroppo accade talvolta in analisi frettolose e superficiali, che finiscono per elevare a norma quella che, in realtà, è la sua violazione!), ma valutando la generalità dei comportamenti statali, le reazioni dell'insieme della comunità internazionale, insomma, l'esistenza di una prassi realmente diffusa e tale da esprimere con sicurezza una *opinio iuris* (si segnala, in proposito, l'analisi dei problemi concernenti il divieto dell'uso della forza). Esemplare, inoltre, è l'attenzione dedicata alla dottrina, dando conto non solo delle opinioni accolte dall'autore, ma anche di quelle non condivise, che vengono così segnalate al lettore, anche al fine di consentirgli di valutare criticamente le tesi esposte nel *Manuale*. Si tratta di un metodo che merita di essere segnalato e raccomandato, specie ai giovani studiosi, a fronte di certe tendenze autoreferenziali, le quali finiscono per sacrificare quel confronto che è vitale per lo sviluppo della ricerca scientifica. Un ulteriore pregio del

volume è rappresentato da una vasta bibliografia, articolata in maniera sistematica, nonché dall'indice della vasta giurisprudenza considerata e da quello analitico.

In conclusione, l'edizione di Curti Gialdino del *Manuale*, pubblicata nel centenario della nascita di Monaco, rinverdisce con rinnovata freschezza un'opera ormai classica e la consegna alla lettura di una nuova generazione di studenti, di studiosi, di operatori giuridici, i quali, come già le generazioni precedenti, troveranno in essa uno strumento prezioso per la loro preparazione, per la loro formazione e per la propria ricerca scientifica.

Ugo Villani

Angela Di Stasi

# Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo

Napoli, Editoriale Scientifica, 2010,
II ed., pp. XX-342.

La nuova edizione del volume di Angela Di Stasi dedicato alla sicurezza "umana" (intesa come il rapporto tra diritti umani e sicurezza internazionale) appare a dieci anni di distanza dalla prima e si occupa di tematiche alle quali da molti anni l'autrice ha dedicato i suoi studi e ricerche sicentifiche. Il testo si presenta profondamente rinnovato per tener conto degli importanti avvenimenti occorsi nel decennio 2000-2010. In questo periodo, infatti, altri due eventi dirompenti per la definzione e l'affermazione della sicurezza "umana" si accompagnano al primo "spartiacque" rilevante, individuato dall'autrice nel mutamento delle relazioni internazionali prodotto dagli avvenimenti del 1989. Si tratta degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001, gravidi di conseguenze sul rapporto tra tutela dei diritti umani e sicurezza internazionale, e della crisi economica iniziata nel 2008, i quali inducono l'autrice a riflettere criticamente sul mutato scenario internazionale contemporaneo.

Il volume è suddiviso in due parti, dedicate a profili differenti della sicurezza "umana", rispettivamente nel contesto internazionale e nello spazio giuridico europeo e paneuropeo, scelto in virtù del suo profilo di tutela avanzata dei diritti umani e per la presenza di numerose organizzazioni internazionali tra loro interconnesse (in particolare: Consiglio d'Europa, OSCE e UE). In generale, si segnala l'attenzione costante dell'autrice alla prassi degli Stati e delle organizzazioni internazionali quale presupposto per motivare le soluzioni accolte nel testo, senza soluzioni "preconfezionate", ma utilizzando un approccio che predilige l'effettività.

In entrambe le parti sono esaminati numerosi aspetti tra i più problematici dell'attuale sistema di diritto internazionale. Nella prima parte, ad esempio, il filo conduttore della sicurezza "umana" porta l'autrice ad occuparsi, tra l'altro, di questioni "spinose" come la soggettività internazionale dell'individuo (p. 51 ss., laddove al termine di un'ampia analisi dottrinale si afferma la sua personalità *sui generis*, non in quanto produttore di norme internazionali, ma come beneficiario e utilizzatore delle stesse), il diritto alla democrazia e alla sicurezza democratica (p. 107 ss., con l'interessante distinzione tra diritti della democrazia e diritto alla democrazia e il collegamento con il diritto allo sviluppo) e i caratteri

di rassomiglianza e differenziazione tra i sistemi regionali di tutela giurisdizionale dei diritti umani (p. 145 ss.).

L'ultimo ambito di indagine appena indicato trova un più ampio approfondimento nella seconda parte del volume, dedicata allo spazio giudiziario europeo, attraverso il cui esame l'autrice sceglie di valorizzare la pluralità dei sistemi di tutela presenti in quel contesto territoriale, mettendone in luce non solo il carattere di resiproca interconnessione, ma anche il profilo di tutela multilivello dei diritti umani.

Come accennato, sono tre le organizzazioni internazionali che l'autrice considera, mettendone in luce il differente approccio alla tutela dei diritti umani: l'approccio politico-diplomatico dell'OSCE, il cui ruolo (anche operativo), pur "sbiadito" rispetto al recente passato, rimane comunque significativo per quanto riguarda il binomio diritti umani-sicurezza (p. 170 ss.); l'approccio normativo del Consiglio d'Europa, completato dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (p. 209 ss.), infine, l'approccio progressivamente pseudo-costituzionale dell'Unione europea (p. 253 ss.).

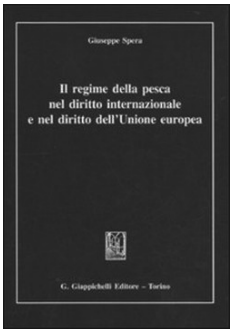
L'analisi è completata, con riferimento ad entrambe la parti del volume, da numerose indicazioni bibliografiche e giurisprudenziali e si caratterizza anche per l'aggiornamento dei temi trattati: si pensi, tra molti, a quelli relativi ai recenti sviluppi giurisprudenziali relativi al rapporto tra Convenzione europea dei diritti dell'uomo e ordinamento italiano, o al procedimento di adesione dell'Unione europea a questa Convenzione.

In definitiva, il volume di Angela Di Stasi si segnala per l'ampiezza di temi trattati e, anche grazie ad una notevole Bibliografia (a contenuto interdisciplinare), si pone quale sicuro punto di riferimento per i numerosi operatori del diritto interessati alle molteplici tematiche connesse alla tutela dei diritti umani e alla sicurezza internazionale.

Ivan Ingravallo

Giuseppe Spera

# Il regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea




Torino, Giappichelli, 2010, pp. X-340

La monografia di Giuseppe Spera si articola in tre parti. Nella prima, l'autore si sofferma sulla tutela internazionale delle risorse biologiche del mare. Attraverso un'indagine di tipo storico – che prende l'avvio dall'esame dei lavori preparatori della Convenzione di Ginevra del 29 aprile 1958 sulla pesca e la conservazione delle risorse biologiche dell'alto mare e giunge sino all'analisi dell'Accordo del 22 novembre 2009 sulle misure dello Stato di approdo per vietare, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata – Spera si occupa tanto di importanti trattati multilaterali relativi alla conservazione e gestione delle risorse biologiche marine quanto di raccomandazioni e dichiarazioni di principio adottate dall'Assemblea generale dell'ONU e di altri strumenti di *soft law* predisposti in tale materia dalla FAO, ovvero nell'ambito delle Conferenza di Stoccolma del 1972 e dei Vertici di Rio del 1992 e di Johannesburg del 2002. L'autore dedica particolare attenzione, oltre che agli obblighi di cooperazione e conservazione enunciati nei trattati o negli atti non vincolanti di volta in volta oggetto di esame, alle misure di controllo che concretamente possono o debbono essere prese in base a siffatti strumenti.

Nella parte seconda l'autore si occupa del regime della pesca nel diritto dell'Unione europea e, avvalendosi dello stesso metodo di indagine, effettua una ricostruzione di tipo storico dei regolamenti intervenuti in materia, dal regolamento (CEE) n. 2057/82 al regolamento (UE) n. 86/10. Tale analisi è integrata dall'esame della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia.

In un apposito capitolo egli analizza il regime delle misure di gestione delle risorse della pesca nel Mediterraneo stabilito dal regolamento (CE) n. 1967/2006. Esso prevede misure che rappresentano uno sviluppo della dimensione ambientale della politica comune della pesca in quanto finalizzate a garantire, attraverso una strategia precauzionale e di buona *governance*, lo sfruttamento sostenibile delle risorse ittiche e a definire i relativi meccanismi di conservazione e gestione. Tra le misure in questione rientrano l'istituzione di *habitat* protetti e di zone di pesca e i piani di gestione. L'autore ritiene che questi ultimi siano adottati con l'obiettivo di evitare che determinati *stock* ittici scendano al di sotto del limite

biologico di sicurezza; essi mirerebbero altresì a ridurre al minimo l'impatto delle attività di pesca sull'ecosistema del Mediterraneo.

Nel capitolo IV della parte seconda, Spera affronta poi il problema cruciale della efficacia sia delle misure di sorveglianza previste dal regolamento (CE) n. 1244/09, di cui indica la *ratio* e illustra in modo dettagliato il funzionamento, sia del sistema sanzionatorio della politica comune della pesca al fine di contrastare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata.

Anche nella parte terza, l'autore si occupa principalmente di misure di controllo, giacché l'oggetto dell'indagine è costituito, come reca il titolo, dallo "stato di attuazione della disciplina della pesca in Italia, sotto il profilo sanzionatorio". Del resto, proprio l'attenzione rivolta alle competenze in materia di sorveglianza attribuite allo Stato costiero, allo Stato del porto o allo Stato di bandiera dalle convenzioni multilaterali e dai regolamenti dell'Unione europea rappresenta uno dei pregi del volume. Questo, infatti, contiene al contempo un'approfondita analisi del regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea e, stante anche l'esposizione chiara e scorrevole, costituisce un'utile e documentata guida alla normativa internazionale, europea e interna per gli operatori del settore.

Roberto Virzo

# Libri ricevuti

Adelina Adinolfi (a cura di), *Materiali di diritto dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, IV ed., pp. XVI-352.

Mariachiara Alberton, *La quantificazione e la riparazione del danno ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. XI-310.

Francesco Alicino, *Costituzionalismo e diritto europeo delle religioni*, Padova, Cedam, 2011, pp. XXVIII-344.

Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato italiano*, Padova, Cedam, 2011, VII ed., pp. XVII-332.

Stefano Bastianon, *Diritto antitrust dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. XI-298.

Francesco Buonomenna, *Servizi pubblici internazionali ed europei. Regimi regolatori*, Salerno, Bruno Libri, 2010, pp. XI-251.

Claudia Regina Carchidi, *Contributo allo studio della tutela delle collettività nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*, s.l., Amon, 2011, pp. XVI-183.

Antonietta Damato, Patrizia De Pasquale, Nicoletta Parisi, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XXI-293.

Valeria Eboli, *La tutela dei diritti umani negli stati d'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XVI-308.

Claudia Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. XIV-271.

Rossana Palladino, *Studio sul dialogo sociale e la contrattazione collettiva autonoma nel Trattato di Lisbona*, Salerno, Bruno Libri, 2010, pp. 271.

Laura Pineschi, Alessandro Duce (a cura di), *La questione del Kosovo nella sua dimensione internazionale. Profili storici, economici, politici e giuridici*, Parma, Monte Università Parma Editore, 2010, pp. 317.

Riccardo Pisillo Mazzeshi, Pietro Pustorino, Alessandra Viviani (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. XVI-367.

Girolamo Strozzi, Roberto Mastroianni, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, V ed., pp. XX-454.

Anna Lucia Valvo, *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea. L'integrazione Europea oltre Lisbona*, s.l., Amon, 2011, pp. XII-447.

# Elenco delle abbreviazioni

*ASDE* – Annuaire Suisse de Droit Européen
*Cass. pen.* – Cassazione penale
*CDE* – Cahiers de droit européen
*CI* – La Comunità Internazionale
*CML Rev.* – Common Market Law Review
*Columbia JEL* – The Columbia Journal of European Law
*Contr. imp.* – Contratto e impresa
*DCSI* – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
*Dig. disc. pubb.* – Digesto delle discipline pubblicistiche
*Dir. amm.* – Diritto amministrativo
*Dir. imm.* – Diritto, immigrazione e cittadinanza
*Dir. lav. rel. ind.* – Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
*Dir. U.* – I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie
*DPCE* – Diritto pubblico comparato ed europeo
*DUDI* – Diritti umani e diritto internazionale
*DUE* – Il Diritto dell'Unione Europea
*EdD* – Enciclopedia del diritto
*EG* – Enciclopedia giuridica Treccani
*EJML* – European Journal of Migration and Law
*ELJ* – European Law Journal: Review of European Law in Context
*ELR* – European Law Review
*EPL* – European Public Law
*Fordham ILJ* – Fordham International Law Journal
*G. dir. amm.* – Giornale di diritto amministrativo
*Giur. cost.* – Giurisprudenza costituzionale
*Giur. it.* – Giurisprudenza italiana
*GLJ* – German Law Journal
*GUCE* – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
*GURI* – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana
*GUUE* – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea
*Int. J. Const. Law* – International Journal of Constitutional Law
*IYIL* – The Italian Yearbook of International Law
*JDI* – Journal du droit international

*J. trib.* – Journal des tribunaux
*Maastricht JECL* – Maastricht Journal of European and Comparative Law
*NILR* – Netherlands International Law Review
*N.mo DI* – Novissimo digesto italiano
*Q. cost.* – Quaderni costituzionali
*Raccolta* – Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale dell'Unione europea
*Rass. DPE* – Rassegna di diritto pubblico europeo
*RCGI* – Rivista della cooperazione giuridica internazionale
*RDE* – Rivista di diritto europeo
*RDI* – Rivista di diritto internazionale
*RDUE* – Revue du droit de l'Union européenne
*Rev. AE* – Revue des affaires européennes
*Rev. cr. DIP* – Revue critique de droit international privé
*RIDPC* – Rivista italiana di diritto pubblico comunitario
*Riv. dir. civ.* – Rivista di diritto civile
*Riv. dir. cost.* – Rivista di diritto costituzionale
*Riv. giur. amb.* – Rivista giuridica dell'ambiente
*Riv. giur. lav.* – Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale
*Riv. it. dir. lav.* – Rivista italiana di diritto del lavoro
*Riv. it. dir. proc. pen.* – Rivista italiana di diritto e procedura penale
*RMC* – Revue du marché commun
*RTDE* – Revue trimestrielle de droit européen
*YEL* – Yearbook of European Law

# Indice degli autori

Paolo Mengozzi
Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea

Umberto Carabelli
ordinario di Diritto del lavoro nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Luciano Garofalo
ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Francesco Seatzu
straordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Cagliari

Francesca Ippolito
ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Cagliari

Mariacristina Bottino
dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

Rossana Palladino
professore a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Salerno

Maura Marchegiani
ricercatore di Diritto internazionale nell'Università per Stranieri di Perugia

Chiara Gabrielli
dottore di ricerca in Diritto europeo nell'Università degli studi di Roma Tre

# Radicata nel futuro

BANCA POPOLARE DI BARI

www.popolarebari.it

# Un palazzo per le imprese

E' terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.
Alla Camera di Commercio spetta comporle in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

Questa intermediazione, con compiti di garanzia *super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

---

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari

PIÙ VALORE AL TERRITORIO

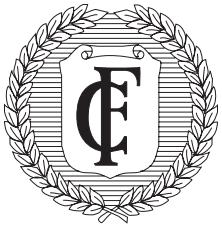
La decisione di pubblicare *Studi sull'integrazione europea* nel 2006 fu dovuta all'interesse per una tematica che rappresenta la novità più interessante espressa nella seconda metà del secolo scorso, sotto il profilo giuridico-istituzionale, politico-economico e sociale. La rivista è stata fondata con l'intento di divenire uno strumento in grado di ampliare il dibattito scientifico su tale processo. La circostanza che sia nata per iniziativa di due studiosi del diritto europeo non ha costituito una limitazione del suo campo d'analisi, in quanto la specificità del processo di integrazione europea rende necessario collegare i profili giuridici con quelli basati su altri saperi scientifici. Sin dal titolo la testata evidenzia la possibilità, colta più volte nei fascicoli pubblicati in questi anni, di ospitare interventi e contributi di illustri studiosi italiani e stranieri appartenenti anche alle altre discipline che studiano l'integrazione europea; in questi anni, inoltre, nella rivista hanno trovato fiduciosa accoglienza anche molti giovani studiosi.

Nel momento in cui *Studi sull'integrazione europea* inizia il sesto anno di pubblicazione intendo ringraziare i numerosi autori che hanno fornito il loro contributo scientifico, nonché la Direzione e il Comitato di redazione per l'impegno profuso, la passione e l'entusiasmo. Ringrazio inoltre gli illustri componenti del Comitato scientifico, che hanno accolto il cortese invito a sostenere la rivista con il loro apporto scientifico.

Il rinnovato impegno di noi tutti è testimoniato dall'avvio di una *Collana di Studi sull'integrazione europea* i cui primi volumi sono stati pubblicati nel 2010 e dall'apertura del sito internet dedicato (**www.studisullintegrazioneeuropea.eu**), sul quale sono consultabili le prime tre annate della rivista in *full text*, gli indici e gli abstract dei successivi fascicoli e gli indici dei volumi pubblicati nella Collana.

*Nicola Cacucci*

CACUCCI EDITORE
BARI



CACUCCI EDITORE
BARI

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220
http://www.cacucci.it e-mail: info@cacucci.it

# Rivista di diritto privato

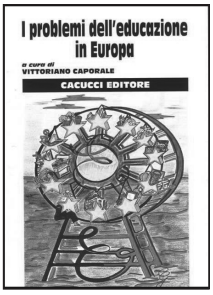
## 1 anno XVI - gennaio/marzo 2011

Pubblicazione trimestrale
diretta da Giorgio De Nova

160 Pagine
prezzo: 35,00 €

*Sommario:*
SAGGI E PARERI
La tutela del figlio disabile tra nuove "fiducie" e/o "affidamenti fiduciari", trust e clausole testamentarie tradizionali *di Giuseppe Tucci;* Gli atti di destinazione nell'interesse della famiglia e dei disabili *di Andrea Fusaro;* Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto) *di Francesco Gambino;* La rilevanza della posizione dominante nel codice civile e nel diritto della concorrenza *di Laura Cerroni e Giulia Zanchi;* L'azione di classe come azione collettiva risarcitoria di gruppo per la tutela di diritti omogenei. Una class action all'italiana *di Paolo Gentile.*
DIFESE E DECISIONI
Uso indebito del cognome maritale da parte della donna divorziata e lesione dell'"identità familiare" (Trib. Milano 15 gennaio 2010) *di Michele Sesta;* Sentenza R.G.A.C. n. 776/2000 – Tribunale di Bari – Sezione distaccata di Altamura in composizione monocratica – Giudice dr. Pietro Errede *di Viviana Patrocinio e Alberto Russi*

# I problemi dell'educazione in Europa




## CAPORALE Vittoriano

256 Pagine
prezzo: 22,00 €

*Sommario:*
L'istruzione continua nella prospettiva dell'educazione permanente. Attualità della proposta pedagogica di Giuseppe Lombardo Radice. L'analfabetismo. L'educazione nella società moderna. Educare alla diversabilità. Un'esperienza con un'alunna autistica. La figura professionale del docente in Europa. L'educazione logico-matematica strumento di formazione del pensiero del cittadino d'Europa. Maria Montessori: la donna che rivoluzionò la pedagogia. Proposte pedagogiche e metodologiche nella didattica musicale. L'«attivismo pedagogico» nella prospettiva dell'educazione permanente.

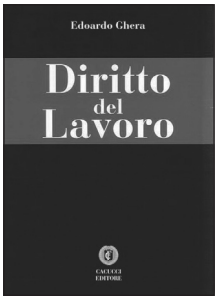
# Sistema istituzionale del diritto tributario

D'AMATI Nicola

384 Pagine
prezzo: 38,00 €

*Sommario:*
Norme. Istituti. Fattispecie. Situazioni. Imposta sul reddito. Imposta sul reddito delle società. Disposizioni varie. Irap. Imposta sul valore aggiunto. Libri di commercio e scritture contabili delle imprese commerciali. Dichiarazione unificata. Attività dell'amministrazione finanziaria. Ritenute e versamenti diretti. Sanzioni. Processo. Imposte sull'attività giuridica. Imposte sull'attività economica. Imposta comunale sugli immobili.

# Diritto del Lavoro




GHERA Edoardo

456 Pagine
prezzo: 43,00 €

*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.

# Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale

MARTINO Roberto

316 Pagine
prezzo: 30,00 €

*Sommario:*
Introduzione; LA MEDIAZIONE COME ATTIVITÀ «PROCEDIMENTALIZZATA»: UNA VIA EFFETTIVA PER LA CONCILIAZIONE DELLA LITE? di Roberto Martino – PARTE I-COMMENTI; Sezione I - MEDIAZIONE, CONCILIAZIONE E RISOLUZIONE ALTERNATIVA DELLE CONTROVERSIE; LE PROCEDURE ADR NELL'ORDINAMENTO ITALIANO di Giampiero Dinacci; DURATA DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE E «TERMINE RAGIONEVOLE» DEL PROCESSO di Roberto Martino; LA DOMANDA DI MEDIAZIONE ED I SUOI EFFETTI SOSTANZIALI di Roberto Martino; LA MEDIAZIONE CIVILE E LE AGEVOLAZIONI FISCALI di Concetta Ricci; IL D. LGS. N. 28 DEL 2010 TRA MEDIAZIONE ED ARBITRATO: *ARB-MED*, *MED-ARB* E *MEDALOA* di Andrea Panzarola – Sezione II - DOVERI E RUOLI DEL MEDIATORE E DELL'AVVOCATO; IL RUOLO DEL MEDIATORE NELLA CONCILIAZIONE ASSISTITA di Giampiero Dinacci; IL DOVERE DI RISERVATEZZA DEL MEDIATORE di Giampiero Dinacci; LA PROPOSTA DEL MEDIATORE di Francesco Ricci; "NESSUNO PUÒ SERVIRE A DUE PADRONI"? RIFLESSIONI SUL MEDIATORE CHE DIVENTA ARBITRO di Andrea Panzarola; IL RUOLO DELL'AVVOCATO NELLA MEDIAZIONE FINALIZZATA ALLA CONCILIAZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI di Francesco Ricci; IL DOVERE D'INFORMAZIONE DELL'AVVOCATO SULLA MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE E LE CONSEGUENZE DELLA SUA VIOLAZIONE di Francesco Ricci – PARTE II - MATERIALI a cura di Mirko Abbamonte - Sezione I - ATTI E DOCUMENTI - Sezione II - GIURISPRUDENZA.

Stampa: Ragusa Grafica Moderna – Bari

In copertina **François Boucher** (Parigi 1703-1770)
*Ratto d'Europa*, 1732-1734 – olio su tela, cm 234 x 277 – Londra, Wallace Collection

A François Boucher, uno dei più grandi interpreti del *rococo* europeo, infaticabile regista di scene mitologiche rivisitate in chiave di sensualità e di grazia, si deve una delle più affascinanti e complesse messe in scene del mito di Europa – la giovane figlia di Agenore sedotta da Giove nelle sembianze di un placido toro – nel dipinto di questo soggetto conservato nella Wallace Collection di Londra.

Il mito ovidiano è qui rappresentato nel momento iniziale, quando il re degli dei, mimetizzato tra il bestiame di Agenore, presentatosi alla fanciulla e alle compagne che giocavano con lei sulla spiaggia, viene vezzeggiato e inghirlandato di fiori dalle giovani donne, ignare della reale identità del pacifico bovino. Europa, rappresentata come un'incantevole giovinetta dalle chiome bionde intrecciate e dall'incarnato chiarissimo, coperta solo da un succinto drappo di lucido raso color corallo che le lascia scoperti il seno e le gambe, è addirittura seduta, con evidente divertimento, sul dorso del toro, mentre tutt'intorno le sue compagne, seminude, partecipano al gioco. Nella parte alta del dipinto, su una grande nuvola scura (quasi un annuncio del dramma che sta per compiersi) si distinguono un'aquila, simbolo dello stesso Giove, acquattata tra i corruschi bagliori dei fulmini, e tre puttini alati di cui uno, armato di freccia e di fionda, è identificabile come Eros. Lo stesso Eros è riconoscibile anche in basso, in primo piano, mentre sta per scoccare la freccia che legherà l'ingenua Europa al re degli dei.

La scena si svolge in un pittoresco paesaggio marino, animato da rupi, cascate e da una folta vegetazione costituita da palme, pioppi, cipressi, e improntato al più vivace e brillante gusto *rococo*, ma nello stesso tempo memore dei luminismi e delle preziosità cromatiche della pittura veneta rinascimentale e barocca.

Il dipinto costituisce il *pendant* di un altro, di identiche dimensioni e conservato anch'esso nella Wallace Collection di Londra, che raffigura *Mercurio che affida alle Ninfe Bacco neonato* (di entrambi sopravvivono i bozzetti, rispettivamente nel Musée de Picardie ad Amiens e in collezione privata a New York). Essi furono eseguiti tra il 1732 e il 1734, insieme ad altri sei anch'essi di soggetto mitologico, per lo scultore parigino François Derbais.

Per quel che riguarda il *Ratto d'Europa*, tradotto in stampa da Pierre Aveline (1748) e in seguito da Edme Bovinet, è noto che nel 1779 esso si trovava nel Cabinet Basan, da cui passò nella collezione Watelet, venduta nel 1786, e di qui in quella di Paul Périer. Pervenuto, nel 1843, nella collezione di Lord Hertford a Parigi, passò infine in quella di sir Richard Wallace a Londra.

Il tema iconografico del *Ratto d'Europa* fu ripreso da Boucher, in una versione non molto dissimile, in una tela del Museo del Louvre (olio su tela, cm 160,5 x 193,5): la prima, in ordine di esecuzione, di sette tele, in gran parte perdute, che componevano la serie *Gli amori degli dei*, da servire per la realizzazione di altrettanti arazzi eseguiti dalla Manifattura di Beauvais a partire dal 1750.

**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. 1/2011, sono le seguenti:
· Abbonamento Italia € 60,00
· Abbonamento per l'estero € 90,00
· Fascicolo € 22,00
La sottoscrizione dell'abbonamento 2011, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.
Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea · anno 2011).

ISBN 978-88-6611-045-3

€ 22,00