

Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2009 | anno IV



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2009 | anno IV

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato di redazione

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

Direzione e Redazione

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

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

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2009 Cacucci Editore – Bari

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

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

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

Autorizzazione del Tribunale di Bari del 22/03/2006 n° 19

Direttore responsabile: ENNIO TRIGGIANI

Sommario



ARTICOLI

- Ugo VILLANI
Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea 551
- Francesco CARUSO
Corte di giustizia comunitaria e disciplina degli appalti pubblici 585
- Giuseppe COSCIA
The International Framework of GIs and DOs Protection and the European Approach 615
- Martina GUIDI
I rapporti tra il diritto dell'UE e alcune convenzioni internazionali alla luce delle disposizioni di "coordinamento" previste negli atti del titolo VI 629
- Francesca IPPOLITO
Giurisdizione comunitaria e accordi misti: dal criterio della competenza alla leale cooperazione 657
- Micaela FALCONE
Previdenza e vantaggi sociali per i familiari dei lavoratori comunitari migranti e frontalieri secondo la Corte di giustizia 681

NOTE E COMMENTI

- Ugo DRAETTA
Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona 719

Benedetta UBERTAZZI Licenze di diritti di proprietà intellettuale (IP) e regolamento comunitario sulla giurisdizione	735
Claudio DI TURI Responsabilità extracontrattuale della Comunità europea e norme OMC: i casi <i>FIAMM</i> e <i>Fedon</i> dinanzi la Corte di Lussemburgo	759
Flavia ZORZI GIUSTINIANI Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiche	779
RECENSIONI	
Carlo CURTI GIALDINO, <i>I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	807
Massimo PANEBIANCO, <i>Diritto internazionale pubblico</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, II ed. (A. Iermano)	810
Lina PANELLA, <i>La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (B. Cuomo)	813
Libri ricevuti	817
Elenco delle abbreviazioni	821
Indice degli autori	823
Indice del volume 2009	825

Summary



ARTICLES

- Ugo VILLANI
The Responsibilities of the European Union in the
Mediterranean Area 551
- Francesco CARUSO
The European Court of Justice and the Public Procurement
Discipline 585
- Giuseppe COSCIA
The International Framework of GIs and DOs Protection
and the European Approach 615
- Martina GUIDI
Legal Interactions between EU Law and International
Conventions According to the “Conflict Clauses”
Included in Acts of Title VI TEU 629
- Francesca IPPOLITO
The Jurisdiction of the European Court of Justice on
Mixed Agreements: From Competence Ground to Loyal
Cooperation 657
- Micaela FALCONE
Social Advantages for Relatives of European Migrant
Workers According to the Court of Justice Case-law 681

NOTES AND COMMENTS

- Ugo DRAETTA
Short Notes on the Sentence of the German Constitutional
Court of 30 June 2009 on the Lisbon Treaty 719
- Benedetta UBERTAZZI
IP Rights Licence Agreements and EC Regulation on
Jurisdiction 735

Claudio DI TURI European Court Rejects Damages Claims from Two Italian Enterprises: The <i>FIAMM</i> and <i>Fedon</i> Cases before the Luxembourg Court	759
Flavia ZORZI GIUSTINIANI Subsidiary Protection and Protection Needs in Situations of Indiscriminate Violence. The Court of Justice Rules on the “Qualification Directive”	779
BOOK REVIEWS	
Carlo CURTI GIALDINO, <i>I vizi dell’atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell’Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	807
Massimo PANEBIANCO, <i>Diritto internazionale pubblico</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, II ed. (A. Iermano)	810
Lina PANELLA, <i>La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (B. Cuomo)	813
Books received	817
Table of abbreviations	821
List of contributors	823
Index of Volume 2009	831

Ugo Villani

Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I rapporti con i Paesi dei Balcani occidentali: le operazioni di pace. – 3. La questione del Kosovo. – 4. Le strategie di vicinato e di stabilizzazione. – 5. I rapporti con la Turchia. – 6. La questione di Cipro. – 7. La questione israelo-palestinese. – 8. Il processo di Barcellona. – 9. L'Unione per il Mediterraneo. – 10. Conclusioni.

1. I rapporti dell'Unione europea con i Paesi del Mediterraneo mettono in luce varie linee di tendenza¹. Un dato costante è rappresentato dalla assunzione di un ruolo di “*normative power*”², diretto, cioè, alla “esportazione” dei propri principi fondamentali, giuridici, politici, economici. Tale ruolo è svolto, specialmente, attraverso un meccanismo di condizionalità, che subordina al rispetto e all’attuazione di tali principi da parte degli Stati terzi la concessione di vantaggi di diversa natura. Nei riguardi di situazioni di crisi, caratterizzate da forti contraddizioni, talvolta suscettibili di degenerare in conflitti armati (o frutto di tali conflitti) – si pensi al Kosovo, alla questione israelo-palestinese, a Cipro –, l’Unione è impegnata a contribuire alla loro soluzione, generalmente in un rapporto di sinergia e di collaborazione con le Nazioni Unite, tuttavia mostrando, in

* Il presente scritto riproduce la relazione svolta al XIV Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) su “Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata”, Bari 18-19 giugno 2009.

¹ In materia esiste una vastissima bibliografia; a titolo puramente indicativo, tra le opere più recenti, ricordiamo S. BLOCKMANS, A. ŁAZOWSKI (eds.), *The European Union and Its Neighbours. A Legal Appraisal of the EU's Policies of Stabilisation, Partnership and Integration*, The Hague, 2006; N. TOCCI, *The EU and Conflict Resolution. Promoting Peace in the Backyard*, London-New York, 2007; M. C. BARUFFI, *Le competenze esterne della Comunità e dell'Unione europea. Uno sguardo ai rapporti con i paesi del Mediterraneo*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *L'evoluzione del sistema comunitario a 50 anni dalla sua istituzione*, Padova, 2008, p. 127 ss.; A. DASHWOOD, M. MARESCEAU (eds.), *Law and Practice of EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2008; F. LONGO (a cura di), *L'Unione Europea e il “cerchio di amici”*: *sicurezza europea e politica di vicinato*, Milano, 2008.

² Su tale concetto cfr., anche per ulteriori riferimenti, I. MANNERS, *Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?*, in *JCMS*, 2002, p. 235 ss.; M. MERLINGEN, *Everything Is Dangerous: A Critique of ‘Normative Power Europe’*, in *Security Dialogue*, 2007, p. 435 ss.; M. PACE, *The Construction of EU Normative Power*, in *JCMS*, 2007, p. 1041 ss.; F. ATTINÀ, *La base normativa della politica di vicinato*, in F. LONGO (a cura di), *op. cit.*, p. 49 ss.

certi casi, qualche tensione con queste ultime, se non qualche deviazione rispetto alle stesse norme di diritto internazionale rilevanti in materia. Un altro elemento che emerge dall'atteggiamento dell'Unione europea è la diversificazione delle sue strategie, in rapporto alle differenti situazioni e problematiche con le quali essa viene in contatto, nonché ai diversi interessi che intende perseguire. Infine l'Europa sembra muoversi nell'area del Mediterraneo anche alla ricerca della definizione dei propri confini, non solo in senso geografico, e, in qualche misura, della propria stessa identità³.

2. Lo scenario del Mediterraneo si apre con i Paesi dei Balcani occidentali, verso i quali le responsabilità dell'Europa nascono non solo da interessi comuni di stabilità e di sicurezza, insiti nell'estrema prossimità geografica tra questa area e l'Unione, con la quale alcuni Stati direttamente confinano, ma anche dal ruolo che alcuni Paesi europei hanno svolto dai primi anni '90 nel favorire, per esempio con i loro riconoscimenti quanto meno prematuri, la disgregazione della Jugoslavia, con i drammatici eventi che hanno segnato tale fenomeno. In altri termini, l'Unione europea, sia per la tutela dei propri interessi di sicurezza, sia per un dovere politico-morale nei confronti dei Paesi balcanici, non può disinteressarsi di questi ultimi. E invero, l'Unione europea mostra di avere profondamente a cuore le sorti future degli Stati nati dallo smembramento della Jugoslavia, così come dell'Albania e di quel piccolo territorio, il Kosovo, dall'incerto stato giuridico e nel quale si concentra un intreccio di acuti problemi politici e giuridici.

Nel quadro delle diverse forme di azione dell'Unione europea verso i Paesi balcanici due linee di sviluppo sembrano meritevoli di particolare attenzione: da un lato, lo svolgimento di operazioni di pace in tali Paesi, dall'altro, l'attuazione di strategie di vicinato e di stabilizzazione, anche in una prospettiva di possibile adesione all'Unione.

Per quanto riguarda le prime, ci riferiamo a una tipologia variegata di interventi che comprendono operazioni di polizia (prive di carattere coercitivo), operazioni di *peace-keeping*, di carattere militare, ma prive anch'esse di poteri coercitivi, e operazioni di *peace-enforcement*, che, sebbene costituite pur sempre con il consenso dello Stato interessato, contemplano l'uso della forza non solo per legittima difesa, ma anche per più ampi obiettivi, quali la protezione di popolazioni civili, o di aeroporti o, più in generale, per l'esecuzione del proprio mandato. Si tratta di operazioni che trovano la loro collocazione nella PESD, istituita dal Trattato di Maastricht e, più precisamente, nell'ambito delle cosiddette operazioni di Petersberg, contemplate dall'art. 17, par. 2 del TUE, come modificato ad Amsterdam⁴.

³ Cfr., di recente, R. A. CANGELOSI, F. SALLEO, *L'allargamento dell'Unione: frontiere e identità*, in S. MICOSSI, G. L. TOSATO (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo. "Nel dubbio, per l'Europa"*, Bologna, 2008, p. 179 ss. In questa sede non ci occupiamo dei temi, pure estremamente rilevanti, connessi ai fenomeni migratori, essendo questi oggetto di una specifica sessione del menzionato Convegno della SIDI.

⁴ In argomento cfr., tra gli altri, U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *CI*, 2004, p. 63 ss.; G. CELLAMARE, *Il ruolo delle*

In questo contesto è evidente che l'azione dell'Unione europea deve raccordarsi alle norme e alle funzioni dell'ONU – dato che questa tende ad affermare un monopolio dell'uso della forza – quali, anzitutto, il riconoscimento della responsabilità principale del Consiglio di sicurezza per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (art. 24 Carta), la prevalenza degli obblighi derivanti dalla Carta per gli Stati membri rispetto ad altri obblighi derivanti da accordi internazionali (art. 103) e, principalmente, le disposizioni del capitolo VIII della Carta concernente i rapporti tra le Nazioni Unite e gli accordi e organizzazioni regionali relativamente al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale. Rispetto ad operazioni svolte dall'Unione europea – che è certamente qualificabile come organizzazione regionale – viene in rilievo l'art. 53, ai sensi del quale azioni coercitive possono essere intraprese solo se utilizzate o autorizzate dal Consiglio di sicurezza (art. 53, par. 1), nonché l'art. 54, il quale prescrive un obbligo di informazione del Consiglio di sicurezza, in ogni momento, dell'azione intrapresa o progettata in base ad accordi regionali o da parte di organizzazioni regionali per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale.

Tali disposizioni disegnano un quadro di sicura subordinazione delle organizzazioni regionali alle Nazioni Unite per quanto attiene all'azione per il mantenimento della pace. Esse, invero, formalmente obbligano gli Stati membri dell'Unione europea, non quest'ultima in quanto tale. Tuttavia deve osservarsi, anzitutto, che detti Stati sono tenuti a rispettare le disposizioni della Carta anche quando operano all'interno dell'Unione europea; e, in secondo luogo, che la stessa Unione europea, man mano che si delinea, con il Trattato di Maastricht, una politica di difesa nell'ambito della PESC e che essa si sviluppa con i Trattati successivi e con una serie di atti, di importante rilevanza politica (pur se non sempre giuridica), afferma con chiarezza una fedeltà ai principi della Carta. L'art. 11 – con il quale si apre il titolo V dedicato alla PESC – richiama per due volte i principi della Carta, dichiarando che sia la difesa dei valori, degli interessi fondamentali, dell'indipendenza e dell'integrità dell'Unione, sia il mantenimento della pace e il rafforzamento della sicurezza internazionale sono perseguiti conformemente ai suddetti principi. Ma tale fedeltà – come si è accennato – è chiaramente espressa anche in atti fondamentali, che hanno segnato la nascita effettiva della PESC e che ne hanno accompagnato i più significativi sviluppi, a partire dal Consiglio europeo di Colonia del 3 e 4 giugno 1999, nei quali l'Unione europea ha dichiarato, di volta in volta, che essa avrebbe aumentato la propria capacità di contribuire alla pace e alla sicurezza internazionale secondo i principi della Carta, che le proprie iniziative sarebbero state invariabilmente

organizzazioni regionali nelle peace-keeping operations, in *Le operazioni di peace-keeping dell'ONU fra tradizione e rinnovamento*, Napoli, 2007, p. 47 ss.; L. PALADINI, *The Contribution of the Security Policy to the Coherence of the European Union's External Action*, in questa Rivista, 2007, p. 111 ss.; ID., *Alcune considerazioni sulla prassi delle missioni di pace dell'Unione europea nel quadro del sistema di sicurezza collettivo delle Nazioni Unite*, in *DUE*, 2008, p. 321 ss.; P. PUOTI, *La PESC nella prospettiva del Trattato di revisione*, in questa Rivista, 2008, p. 539 ss.

coerenti con le decisioni e i quadri elaborati dall'ONU, ribadendo l'intenzione di elevare il suo profilo nella prevenzione dei conflitti, nella gestione delle crisi, nel mantenimento e nel consolidamento della pace, così apportando un importante valore aggiunto alle attività dell'ONU.

Il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 (come, analogamente, già la c.d. Costituzione europea) conferma e rafforza questa determinazione dell'Unione europea di mettersi a disposizione delle Nazioni Unite, in specie del Consiglio di sicurezza, nelle azioni per il mantenimento della pace. Oltre ai ripetuti richiami ai principi della Carta, contenuti nel TUE (art. 3, par. 5, art. 21, par. 1 e par. 2, lett. c), art. 34 e art. 42, par. 1), così come nel Protocollo n. 10 sulla cooperazione strutturata permanente, va sottolineato che la Dichiarazione n. 13 relativa alla PESC afferma espressamente che "l'Unione europea e i suoi Stati membri resteranno vincolati dalle disposizioni della Carta delle Nazioni Unite e, in particolare, dalla responsabilità primaria del Consiglio di Sicurezza e dei suoi membri per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali"⁵.

Si aggiunga che l'Unione europea, in quanto soggetto di diritto internazionale, è destinatario delle norme di diritto internazionale generale (del quale l'art. 21 TUE di Lisbona dichiara espressamente l'obbligatorietà per l'Unione), in particolare di quelle rilevanti in materia di pace, quali, anzitutto, il divieto dell'uso della forza e quindi il rispetto della sovranità e dell'indipendenza degli Stati, il diritto di autodeterminazione dei popoli.

La prassi sinora seguita dall'Unione europea nelle missioni di pace nei Balcani appare, in generale, conforme ai principi della Carta e del diritto internazionale e al ruolo di sostegno alle iniziative delle Nazioni Unite, che si configura non solo alla luce della Carta ma, come si è rilevato, anche alla stregua delle norme e degli atti dell'Unione europea. Essa, inoltre, esprime una responsabilità che, evidentemente, l'Unione europea ritiene di doversi assumere nei processi di pace in tale area. Non è il caso di procedere ad un'analisi delle numerose missioni di pace dell'Unione europea nei Balcani, che hanno interessato in particolare, e più volte, la Macedonia e la Bosnia-Erzegovina. Ci limitiamo a osservare che spesso esse hanno avuto (o tuttora svolgono) un ruolo di supporto ad attività di polizia (EUPM in Bosnia-Erzegovina) e di lotta alla criminalità organizzata (EUPOL-Proxima in Macedonia), oppure che si tratta di vere operazioni di *peace-keeping*, quindi di carattere militare, ma senza funzioni coercitive, come l'operazione Concordia in Macedonia, o, infine, che si tratta di operazioni militari aventi anche poteri coercitivi, come l'operazione EUFOR-Althea in Bosnia-Erzegovina⁶, avente il mandato di adottare tutte le misure necessarie ad assicurare l'applicazione dell'Accordo di Dayton, espressamente autorizzata, pertanto, dal Consiglio di sicurezza con risoluzione n. 1575 del 22 novembre 2004, quale successore della forza SFOR a guida NATO.

⁵ Corsivo aggiunto.

⁶ Azione comune 2004/570/PESC del Consiglio, del 12 luglio 2004, *GUUE* L 252, 28 febbraio 2004, p. 10.

Va notato che le missioni dell'Unione europea mettono in luce non solo un corretto rapporto con le Nazioni Unite, operando in base ad autorizzazioni del Consiglio di sicurezza quando provviste di carattere coercitivo; ma anche una disponibilità, in generale, ad accogliere inviti e sollecitazioni del Consiglio di sicurezza, nonché a sostituirsi a forze o missioni di altre organizzazioni, comprese le Nazioni Unite, prendendo a proprio carico le responsabilità e gli oneri di tali interventi. Si può ricordare la citata missione di polizia dell'Unione europea in Bosnia-Erzegovina⁷, la quale ha rilevato i compiti già svolti dalla Forza di polizia internazionale delle Nazioni Unite (IPTF), costituita con la risoluzione del Consiglio di sicurezza n. 1035 del 21 dicembre 1995, così come la EUFOR-Althea, che ha sostituito la forza multinazionale SFOR, a sua volta autorizzata dal Consiglio di sicurezza con risoluzione n. 1088 del 12 novembre 1996. In tali esperienze emergono forme nuove di cooperazione con le Nazioni Unite, di avvicendamento sul terreno⁸, che confermano, per un verso, la capacità dell'Unione europea di fissare un "valore aggiunto" alle capacità delle Nazioni Unite per il mantenimento della pace, per l'altro, la sensibilità della stessa Unione nel promuovere processi di pacificazione e di stabilità nell'area balcanica.

3. Diversa, e tutt'altro che rassicurante, quanto a rispetto del diritto internazionale e delle competenze del Consiglio di sicurezza, appare l'atteggiamento dell'Unione europea rispetto alla situazione del Kosovo. Anzitutto non può farsi a meno di rilevare che, come riguardo ad altre crisi (delle dimensioni di una guerra, si pensi a quella irachena), neppure in questo caso l'Unione è riuscita ad esprimere una posizione unitaria, almeno a livello di Consiglio europeo (o dei ministri), rispetto alla dichiarazione unilaterale di indipendenza del 17 febbraio 2008 da parte dell'Assemblea kosovara⁹. Anche in questo caso, dunque, l'Unione europea sconta gli effetti, talvolta paralizzanti, della regola dell'unanimità che domina la PESC (né sarà sostanzialmente modificata dal Trattato di Lisbona). Ma tale regola non rappresenta sempre un inconveniente della politica estera dell'Unione; essa, anzi, in certi casi può – quasi "provvida sventura" – impedire all'Unione di assumere decisioni (o svolgere operazioni) che rappresentano delle violazioni di quel diritto internazionale, al quale essa (al pari dei suoi Stati membri) resta soggetta, in specie nei rapporti con Stati terzi. Mi riferisco al riconoscimento del Kosovo, che solo l'ostilità di una minoranza di Stati membri ha impedito fosse dichiarato dall'Unione europea in quanto tale.

⁷ Azione comune 2002/210/PESC del Consiglio, dell'11 marzo 2002, *GUCE* L 70, 13 marzo 2002, p. 1.

⁸ Cfr. L. PALADINI, *op. ult. cit.*, p. 331 ss.

⁹ Cfr. E. GREPPI, *La proclamazione dell'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale*, in *ISPI – Policy Brief*, aprile 2008, n. 80, p. 1 ss.; U. VILLANI, *Un'indipendenza senza giustificazione giuridica: il Kosovo resta sotto "controllo" internazionale*, in *Guida al Diritto, Diritto comunitario e internazionale*, 2008, n. 3, p. 7 ss.; R. YAKEMTCHOUK, *L'indépendance du Kosovo: quelles conséquences pour les Balkans et l'Europe?*, in *RMCUE*, 2008, p. 213 ss.; A. GITTI, *L'indipendenza del Kosovo tra realtà e finzione*, in *Il Politico*, 2009, p. 115 ss.

Tale riconoscimento, a mio parere, non sarebbe solo un atto politicamente inopportuno – dato che, se non altro, lo stesso Kosovo è, e si dichiara, “dipendente” rispetto ad una pluralità di enti e organizzazioni ed è tuttora sottoposto ad un’amministrazione internazionale –, ma costituirebbe un illecito giuridico. Esso, infatti, sarebbe una grave ingerenza nella sovranità della Serbia e una violazione della risoluzione del Consiglio di Sicurezza n. 1244 del 10 giugno 1999, la quale – pur senza risolvere la questione del futuro *status* giuridico del Kosovo – riaffermava il rispetto della sovranità e dell’integrità territoriale della Repubblica iugoslava (oggi Serbia) e riconosceva una sostanziale autonomia e una significativa auto-amministrazione del Kosovo. Con tali principi, mai smentiti né revocati dal Consiglio di sicurezza, appare incompatibile il riconoscimento di una dichiarazione unilaterale di indipendenza (per di più fittizia) del Kosovo.

Se la regola dell’unanimità ha impedito atti di riconoscimento da parte del Consiglio, gli Stati membri dell’Unione sono stati tuttavia in qualche misura “impegnati” da una risoluzione del Parlamento europeo del 5 febbraio 2009, la quale – tra l’altro – “esorta gli Stati membri dell’Unione europea che non lo hanno ancora fatto a riconoscere l’indipendenza del Kosovo”. Sebbene il Parlamento sia l’istituzione più democratica e rappresentativa dell’Unione, tali caratteri non lo rendono, com’è ovvio, “*legibus solutus*”, in particolare dalle norme del diritto internazionale il cui rispetto pure tale risoluzione (alquanto a sproposito!) riafferma.

Internazionalmente illecita, francamente, appare anche l’iniziativa di inviare in Kosovo la missione EULEX¹⁰, pur retoricamente esaltata quale più significativa missione finora svolta dall’Unione europea nell’ambito della PESD¹¹. In realtà tale missione, dotata di poteri non meramente consultivi, ma estremamente incisivi e decisionali, tali da configurare una sorta di amministrazione internazionale di tale territorio, nasce senza alcuna autorizzazione del Consiglio di sicurezza, senza alcun consenso del governo serbo – che resta, almeno formalmente, sovrano del territorio – e in sostanziale contrapposizione, almeno sul piano operativo, con l’UNMIK, cioè l’unica amministrazione designata dal Consiglio di sicurezza e già accettata dalla Repubblica federale iugoslava¹². Sicché lo spiegamento di EULEX ha tutto il sapore di una, seppur pacifica, invasione e occupazione di un territorio senza alcun titolo giuridico.

È noto che, successivamente, la situazione ha conosciuto un’evoluzione che, in definitiva, ha ricomposto le tensioni con l’UNMIK, riportando la missione

¹⁰ Sulla quale cfr. E. MILANO, *Il trasferimento di funzioni da UNMIK a EULEX in Kosovo*, in *RDI*, 2008, p. 967 ss.; A. DE GUTTRY, *The EU Rule of Law Mission in Kosovo. Remarks on Its Legality*, in *The International Training Programme for Conflict Management Newsletter*, aprile 2009, p. 3 ss., reperibile *on line* sul sito www.itpcm.sssup.it.

¹¹ Azione comune 2008/124/PESC del Consiglio, del 4 febbraio 2008, *GUUE* L 42, 16 febbraio 2008, p. 92.

¹² Cfr., anche per ampi riferimenti, I. INGRAVALLO, *Il Consiglio di sicurezza e l’amministrazione diretta di territori*, Napoli, 2008, in specie pp. 60 e 72 ss.

EULEX sotto l'ombrello della risoluzione n. 1244, consentendole di sostituirsi progressivamente all'UNMIK e ottenendo anche un'accettazione della stessa da parte della Serbia (guidata dall'europeista Tadic). Ma ciò è avvenuto senza alcuna formale approvazione del Consiglio di sicurezza (salva una dichiarazione alquanto anodina del suo Presidente del 26 novembre 2008¹³, nella quale il Consiglio si felicita della cooperazione esistente, nel quadro della sua risoluzione n. 1244, tra l'ONU e gli altri intervenienti internazionali), a prezzo di forzature giuridiche e con profonde ambiguità e dissensi: basti pensare al carattere "neutro" della missione rispetto all'indipendenza del Kosovo, condizione essenziale per l'accettazione di EULEX da parte serba, ma non condiviso da altri, a cominciare delle autorità kosovare.

È vero che pesa sulla vicenda del Kosovo l'origine illecita dell'intervento NATO del '99, sicché non è facile trovare una via d'uscita giuridicamente corretta e politicamente fattibile (in un certo senso... *ex iniuria ius non oritur*, cioè è impossibile riportare sulla via del diritto una situazione nata da un gravissimo illecito).

Nella vicenda del Kosovo emerge, peraltro, con sicurezza un aspetto che mette in giuoco, anche per il futuro, il ruolo decisivo dell'Unione europea. Mi riferisco, per usare le parole della ricordata dichiarazione del Presidente del Consiglio di sicurezza del 26 novembre 2008, agli sforzi dell'Unione europea (dei quali il Consiglio di sicurezza si compiace) per fare progredire la prospettiva europea dell'insieme dei Balcani occidentali, così contribuendo in maniera decisiva alla stabilità e alla prosperità della regione. La prospettiva europea del complesso dei Balcani occidentali anima, evidentemente, la stessa missione EULEX e si collega alle operazioni, ricordate sopra, in vari Paesi della ex Jugoslavia. La determinazione dell'Unione europea a svolgere un ruolo trainante e decisivo nei Balcani occidentali si rivela anche nella sua scelta di sostituirsi ad altre organizzazioni, comprese le Nazioni Unite, talvolta in maniera del tutto lineare come in Bosnia-Erzegovina, altre volte con le tensioni e i profili di illegittimità rilevati per il Kosovo. Essa appare espressione di due motivazioni di fondo, ricorrenti, pur con accentuazioni e procedimenti differenti, nell'azione complessiva dell'Unione europea nel Mediterraneo: da un lato, la necessità di contribuire alla stabilizzazione delle regioni prossime ai propri confini, nella convinzione che tale fenomeno giova in maniera decisiva alla sicurezza al proprio interno; dall'altro, la volontà di "esportare" quei valori che costituiscono il suo patrimonio di civiltà, la sua identità giuridica, politica, culturale, cioè i principi di democrazia, dello stato di diritto, di rispetto dei diritti umani, nonché i principi (valori parrebbe eccessivo) di economia di mercato. Sotto questo secondo profilo l'Unione europea tende a porsi come una "*normative power*", come una potenza cioè che, con vari procedimenti (non certo con la forza), tende

¹³ Per un commento cfr. E. MILANO, *L'evoluzione della situazione in Kosovo e la dichiarazione presidenziale del Consiglio di sicurezza del 26 novembre 2008*, in *RDI*, 2009, p. 483 ss.

ad affermare nelle aree del Mediterraneo i propri valori “normativi”, o, quantomeno, a provocare fenomeni di “contagio” dei propri vicini.

A tale intento dell’Unione corrisponde pienamente la vocazione europeistica nella quale – pur con aspri contrasti su tutto il resto – si ritrovano accomunati Serbia e Kosovo. Negli accesi dibattiti nel Consiglio di sicurezza sulla questione del Kosovo e su EULEX, originati dall’esame dei rapporti del Segretario generale sull’UNMIK, il governo serbo dichiarava che “l’accession rapide à l’Union européenne continuera d’être la priorité stratégique centrale de la République de Serbie. Telle devrait également être la priorité de tous les autres États Membres de l’ONU situés dans les Balkans occidentaux”¹⁴; e analogamente il rappresentante del Kosovo affermava: “L’avenir de toutes les nations des Balkans occidentaux se trouve dans l’intégration européenne, et le Kosovo prévoit de poursuivre ce but très énergiquement”¹⁵.

4. La “prospettiva europea”, emergente dalle iniziative rientranti nella politica estera e in quella di difesa, trova un ancor più dettagliato riscontro nelle politiche e strategie che caratterizzano l’atteggiamento dell’Unione europea nei confronti dei Paesi dei Balcani occidentali, intesi come gli Stati nati dalla dissoluzione della ex Jugoslavia (a parte, ovviamente, la Slovenia, già membro dell’Unione) e l’Albania¹⁶. Una specifica strategia con tali Paesi venne elaborata all’indomani dei tragici conflitti della prima metà degli anni ‘90, con l’adozione del Processo di stabilità e di buon vicinato per il Sud Est europeo (c.d. Processo di Royaumont, avviato nel dicembre 1995) e, successivamente, con l’approccio regionale (febbraio 1996), con il Patto di stabilità per l’Europa sud-orientale adottato il 10 giugno 1999 e, principalmente, con il Processo di stabilizzazione e associazione, oggetto della dichiarazione finale del Vertice di Zagabria del 24 novembre 2000. Quest’ultimo rappresenta un quadro generale, all’interno del quale si instaurano rapporti bilaterali con i singoli Stati dei Balcani occidentali mediante la conclusione di accordi di stabilizzazione e di associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e il singolo Stato balcanico, dall’altra, nonché mediante misure di assistenza commerciale e finanziaria decise unilateralmente dalla Comunità e mediante l’introduzione di partenariati europei “quali strumenti utili per dare contenuti concreti alla prospettiva europea” di tali Paesi. L’aspetto fondamentale del Processo di stabilizzazione e di associazione è che esso si fonda esplicitamente sull’obiettivo di una piena inte-

¹⁴ Cfr. UN doc. S/PV. 6025 (*Conseil de sécurité, Soixante-troisième année, 6025e séance, 26 novembre 2008*), p. 7

¹⁵ Cfr. UN doc. S/PV. 6097 (*Conseil de sécurité, Soixante-quatrième année, 6097e séance, 23 mars 2009*), p. 9.

¹⁶ Cfr., anche per ulteriori riferimenti, S. BLOCKMANS, *Western Balkans (Albania, Bosnia-Herzegovina, Croatia, Macedonia and Serbia and Montenegro, including Kosovo)*, in S. BLOCKMANS, A. ŁAZOWCKI (eds.), *op. cit.*, p. 315 ss.; S. PANEBIANCO, R. ROSSI, *L’Unione europea come attore esterno delle transizioni democratiche. Una comparazione tra Balcani Occidentali, Medio Oriente e Nord Africa*, in F. LONGO (a cura di), *op. cit.*, p. 129 ss.; L. APPICCIAFUOCO, *Integrazione dei Balcani occidentali nell’Unione europea e principio di condizionalità*, in *DPCE*, 2008, p. 547 ss.

grazione dei Paesi in questione nell'Unione europea; non a caso, infatti, tale Processo riguarda Paesi che hanno già lo *status* di candidati all'adesione (Croazia e Macedonia) o, almeno, di potenziali candidati (Albania, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Serbia). Tuttavia tale integrazione non risulta chiaramente identificata nell'"adesione" all'Unione, mantenendo, quindi, un (voluto) margine di ambiguità; essa, in ogni caso, comporta un inserimento dei Paesi dei Balcani occidentali nell'ordinamento normativo, nel sistema economico e, in un qualche modo, nell'area politica dell'Unione europea.

La dichiarata prospettiva di integrazione rende di essenziale importanza, nel processo di stabilizzazione e di associazione, l'accettazione e la concreta attuazione, da parte dei Paesi in oggetto, dei principi fondamentali dell'Unione, oltre che l'esigenza che in tali Paesi sussistano e si fortifichino condizioni di stabilità e rapporti pacifici e di cooperazione reciproca. Emerge così, con particolare forza, la rilevata immagine dell'Unione europea quale "potenza normativa".

Il meccanismo impiegato dall'Unione europea è quello (tipico nella cooperazione allo sviluppo) della condizionalità. Esso, come è noto, comporta che la concessione e il mantenimento di benefici di varia natura siano subordinati al rispetto di determinati principi, quali, in primo luogo, i principi di democrazia e di rispetto dei diritti umani. Nella specie la condizionalità viene in rilievo sia come condizionalità economica che politica: al rispetto dei principi, infatti, sono subordinati non solo vantaggi di carattere commerciale e finanziari, ma anche politici, quali, anzitutto, l'avanzamento nel processo di sempre più stretta integrazione, sino alla prospettata adesione all'Unione europea.

Invero un meccanismo di condizionalità è insito nello stesso procedimento di adesione disciplinato dall'art. 49 TUE, il quale subordina la possibilità di diventare membro dell'Unione al rispetto dei principi, sanciti nell'art. 6, par. 1, di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto. Nel processo di stabilizzazione e di associazione questi principi sono riaffermati, ma altri ne sono enunciati, sia sul piano generale, sia specificamente con riferimento a ciascuno Stato interessato. Fondamentali, in proposito, sono le Conclusioni adottate dal Consiglio europeo il 29 aprile 1997 sul principio di condizionalità al fine di sviluppare le relazioni dell'Unione europea con taluni Paesi dell'Europa sud-orientale; in esse i principi alla cui stregua va verificato il funzionamento della condizionalità sono riferiti ai principi democratici, ai diritti umani e allo stato di diritto, al rispetto e alla protezione delle minoranze, all'instaurazione di una economia di mercato; ma tali principi vengono ulteriormente precisati in una serie di enunciazioni molto dettagliate.

Muovendo da tali principi, l'Unione ha messo in moto un processo nel quale il meccanismo di condizionalità opera anzitutto in un senso "premiante" (o "positivo"): l'aver raggiunto determinati risultati, quali il rientro dei rifugiati, l'esecuzione degli accordi di pace, la realizzazione di istituzioni democratiche, l'attuazione di riforme economiche (nella direzione di un'economia di mercato), nonché il rispetto di altre specifiche condizioni relative a determinati Stati (come la collaborazione con il Tribunale penale per l'ex Jugoslavia), rappresentano precondizioni per la stipulazione di accordi tra la Comunità (e i suoi Membri) e

lo Stato in questione (come quelli con la Croazia e la Macedonia del 2001 e con l'Albania del 2006 o quello, in fase di perfezionamento, con la Serbia). Gli stessi accordi, per altro verso, contengono una tipica clausola, la quale dichiara che il rispetto dei principi democratici e dei diritti umani, dei principi del diritto internazionale e dello stato di diritto, nonché dei principi dell'economia di mercato costituisce un "elemento essenziale" dell'accordo, aprendo così la strada a forme di condizionalità "sanzionatoria" (o "negativa"), che, con i procedimenti stabiliti negli stessi accordi, possono condurre a misure comprendenti anche la sospensione (o, al limite, l'estinzione) dell'accordo.

Il principio di condizionalità caratterizza – come si è accennato – anche gli strumenti comunitari di assistenza, così come la concessione di misure commerciali preferenziali. Esso, già presente nel programma di assistenza CARDS (Community Assistance for Reconstruction, Development and Stabilization)¹⁷, ha un ruolo centrale nello strumento di assistenza pre-adesione (IPA), istituito con il regolamento 1085/2006 e concernente i Paesi candidati (Croazia, Turchia e Macedonia) e i candidati potenziali (Albania, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Serbia, incluso il Kosovo)¹⁸. L'assistenza della Comunità, ai sensi dell'art. 2, è destinata ad essere utilizzata nei seguenti settori: a) rafforzamento delle istituzioni democratiche, nonché dello stato di diritto, compresa la sua attuazione; b) promozione e tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali e maggior rispetto dei diritti delle minoranze, promozione della parità di genere e della non discriminazione; c) riforma della pubblica amministrazione, compresa la creazione di un sistema che consenta di decentrare la gestione dell'assistenza al Paese beneficiario; d) riforma economica; e) sviluppo della società civile; f) inclusione sociale; g) riconciliazione, misure per il rafforzamento della fiducia e ricostruzione; h) cooperazione regionale e transfrontaliera. La prospettiva europea, nella direzione di una eventuale adesione dei Paesi beneficiari all'Unione, è confermata dall'osservazione che l'assistenza serve anche a sostenere l'adozione e l'applicazione dell'*acquis* comunitario, per gli Stati candidati (Croazia, Turchia e Macedonia), e l'allineamento graduale con l'*acquis* comunitario, per i candidati potenziali (Albania, Bosnia-Erzegovina, Montenegro e Serbia). La posizione di ciascuno Stato è poi oggetto di uno specifico partenariato con l'Unione europea, stabilito con decisione dal Consiglio (sulla base del regolamento 533/2004¹⁹, più volte modificato, istitutivo di partenariati nell'ambito del processo di stabilizzazione e associazione). Il raggiungimento degli obiettivi previsti dallo strumento di assistenza pre-adesione è oggetto di periodiche valutazioni da parte della Commissione (art. 22). La mancata osservanza dei principi ai quali è preordinata l'assistenza, nonché dei principi o degli impegni contenuti

¹⁷ Regolamento (CE) n. 2666/2000 del Consiglio, del 5 dicembre 2000, *GUCE* L 306, 7 dicembre 2000, p. 1.

¹⁸ Regolamento (CE) n. 1085/2006 del Consiglio, del 17 luglio 2006, *GUUE* L 210, 31 luglio 2006, p. 82.

¹⁹ Regolamento (CE) n. 533/2004 del Consiglio, del 22 marzo 2004, *GUUE* L 86, 24 marzo 2004, p. 1.

nel rispettivo partenariato con l'Unione europea, può determinare la sospensione dell'assistenza o altre misure del caso (art. 21).

Sebbene i rapporti con i singoli Stati partecipanti al processo di stabilizzazione e di associazione presentino carattere, e talvolta difficoltà, parzialmente differenti, si ha l'impressione che l'adeguamento ai criteri politici, economici, giuridici dell'Unione europea operi in maniera complessivamente soddisfacente. Tale risultato sembra dovuto essenzialmente alla prospettiva, perseguita da tutti i Paesi dei Balcani occidentali, di una adesione all'Unione europea che, valorizzando l'aspetto "premiante" della condizionalità, ne minimizza la sensazione di un'ingerenza della stessa Unione e opera come stimolo per raggiungere le condizioni necessarie per tale adesione.

Benché il tema sia oggetto di specifica e approfondita attenzione in una sessione del Convegno, vorrei solo accennare al moltiplicarsi di accordi tra la Comunità europea e (anche) gli Stati dei Balcani occidentali concernenti la riammissione di immigrati irregolari. È questa una materia nella quale, dal punto di vista della Comunità, prevale, rispetto alla diffusione dei propri standard normativi, la preoccupazione di garantire la sicurezza dei propri Stati a fronte di fenomeni migratori incontrollati; in tale materia si avverte, anzi, in maniera problematica la necessità di stabilire un giusto equilibrio tra le esigenze di sicurezza degli Stati e il doveroso rispetto di quei diritti umani che anche agli stranieri irregolari vanno in ogni circostanza garantiti.

5. Un altro aspetto fondamentale della posizione dell'Unione europea nei confronti del Mediterraneo riguarda i suoi rapporti con la Turchia²⁰. L'iter di una (possibile) ammissione di tale Stato è il più lungo che si sia mai verificato nell'esperienza dell'allargamento dell'Unione europea. La possibilità di un'ammissione, invero, era contemplata già nell'Accordo di associazione del 12 settembre 1963, in vigore dal 1° dicembre 1964, ma solo nel 1987, dopo una lunga crisi democratica conseguente al colpo di Stato del 1980, la Turchia presentò

²⁰ Nell'ampia bibliografia in materia segnaliamo E. LENSKI, *Turkey (including North Cyprus)*, in S. BLOCKMANS, A. ŁAZOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 283 ss.; N. NUGENT, *The EU's Response to Turkey's Membership Application: Not Just a Weighing of Costs and Benefits*, in *JEI*, 2007, p. 481 ss.; J. REDMOND, *Turkey and the European Union: troubled European or European Trouble?*, in *International Affairs*, 2007, p. 305 ss.; N. TOCCI, *op. cit.*, p. 53 ss.; D. FRACCHIOLLA, *L'allargamento della UE alla Turchia*, in Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, *Annali 2007-2008*, p. 125 ss.; D. GÖKALP, S. ÜNSAR, *From the Myth of European Union Accession to Disillusion: Implications for Religious and Ethnic Politicization in Turkey*, in *Middle East Journal*, 2008, p. 93 ss.; M. MÜFTÜLER-BAÇ, *The European Union's Accession Negotiations with Turkey from a Foreign Policy Perspective*, in *JEI*, 2008, p. 63 ss.; G. PASTORI, *La trappola della diversità. L'Unione europea e la questione dell'allargamento alla Turchia*, in U. DRAETTA, A. SANTINI (a cura di), *L'Unione europea in cerca di identità. Problemi e prospettive dopo il fallimento della "Costituzione"*, Milano, 2008, p. 309 ss.; I. QUADRANTI, *Turchia: ponte tra Unione europea e Medio Oriente?*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 269 ss.; con particolare riguardo ai problemi legati alla libertà religiosa cfr. R. BARATTA, *La libertà di culto in Turchia nella prospettiva dell'adesione all'Unione europea*, in *DUE*, 2006, p. 651 ss., e in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, II, Napoli, 2008, p. 887 ss.

ufficialmente domanda di ammissione, incontrando peraltro un rifiuto della Comunità europea. La posizione dell'Unione europea si è sbloccata solo di recente: il Consiglio europeo di Bruxelles del 16-17 dicembre 2004, tenuto conto delle numerose e profonde riforme attuate dalla Turchia, ha deciso di aprire i negoziati di adesione, che sono iniziati il 3 ottobre 2005.

Sebbene la Turchia sia quindi ufficialmente uno Stato candidato, la sua candidatura è accompagnata da una massa di dubbi, di obiezioni, aperte ostilità che si manifestano in dichiarazioni di governi, in sondaggi dell'opinione pubblica dei Paesi europei, in prese di posizione di autorevoli statisti, che non sono mai emerse nei riguardi di precedenti candidature e che rendono persino poco comprensibile come si sia potuto giungere all'unanimità degli Stati membri, necessaria per l'apertura dei negoziati. In realtà la situazione della Turchia è, per vari aspetti, singolare. Anzitutto, i vantaggi che il suo ingresso determinerebbe per l'Unione europea – e che certamente sussistono – sono controbilanciati da inconvenienti e rischi che, per altro verso, potrebbero sconsigliare la sua ammissione. Ma la singolarità della Turchia risiede specialmente nella sua collocazione geopolitica, ai margini dei confini europei e in parte già nel continente asiatico; nella sua identità culturale; nella sua religione islamica, fortemente radicata nel tessuto sociale di tale Paese. La decisione di ammettere o meno la Turchia, dunque, implica una scelta di più ampio respiro e, forse, irrevocabile in merito alle dimensioni dell'Europa, alla definizione dei suoi confini, geografici e non solo, in definitiva, in merito alla identità stessa dell'Europa. Il carattere determinante di tale scelta sul futuro dell'Unione emerge nei toni, quasi apocalittici e, comunque, estremamente critici con i quali illustri statisti, protagonisti della costruzione europea, si sono espressi riguardo all'ammissione della Turchia. È celebre l'intervista del settembre 2004 di Valéry Giscard d'Estaing, presidente della "Convenzione" europea, il quale aveva dichiarato senza mezzi termini che l'ammissione della Turchia avrebbe rappresentato la fine dell'Europa. E l'ex commissario Bolkestein giunse ad affermare che ove la Turchia fosse entrata nell'Unione europea, a causa della conseguente islamizzazione dell'Europa, la vittoria di Vienna del 1683 sarebbe stata inutile!

Come si è accennato, numerose sono le motivazioni, talvolta esplicite, altre volte non espressamente manifestate, che inducono le istituzioni europee (a cominciare dalla Commissione, incaricata di monitorare il progressivo adempimento delle condizioni richieste per l'adesione), singoli Stati membri e la stessa opinione pubblica a dubitare della possibilità (o della opportunità) di un allargamento e che investono, molto spesso, gli stessi "benefici" che ci si può attendere dall'ingresso della Turchia nell'Unione. Così, da un punto di vista economico e commerciale, la Turchia rappresenta un enorme mercato ed è già legata alla Comunità europea da un accordo di unione doganale; l'ammissione condurrebbe a una piena liberalizzazione dei rapporti commerciali. Tuttavia l'economia della Turchia appare ancora lontana dagli standard europei e può dubitarsi della esistenza di una economia di mercato capace di essere competitiva all'interno dell'Unione.

Sul piano economico-demografico la Turchia ha una forza lavoro estremamente giovane, che potrebbe rispondere alle esigenze di vari Paesi europei, tra l'altro contribuendo al mantenimento di un sistema pensionistico e di *welfare*, sempre più a rischio nei Paesi membri a causa del costante invecchiamento della popolazione. Per converso, tenuto conto della non soddisfacente situazione economica della Turchia, la spinta a spostarsi in altri, più floridi, Paesi europei riceverebbe dall'allargamento un ulteriore impulso; potrebbero così determinarsi massicci flussi migratori, che potrebbero danneggiare i lavoratori locali, mettendo a repentaglio il mantenimento del loro livello e condizioni di occupazione; inoltre fenomeni del genere sono suscettibili di fomentare sentimenti di timore nei confronti della "concorrenza" straniera, se non di xenofobia, sentimenti che si ritiene abbiano avuto un peso non trascurabile nella "bocciatura" referendaria della c.d. Costituzione europea in Francia e in Olanda.

Il "peso" della Turchia, legato alle sue dimensioni, come al suo potenziale militare e alla sua posizione strategica, può certo rappresentare un arricchimento per l'Unione; per esempio, la Turchia potrebbe contribuire al rafforzamento della PESD, come pure ad un suo più efficace ruolo nel conflitto israelo-palestinese; inoltre, per la sua collocazione geografica, la Turchia potrebbe favorire il transito di fonti di energia (come gasdotti) provenienti dall'Oriente e, così, beneficiare la politica energetica, che costituisce sempre più una materia di vitale interesse per l'Unione europea. Ma queste stesse caratteristiche possono essere viste anche come rischi per il futuro dell'Unione (o come tali percepite dai suoi Membri), rischi che si inquadrano in quella condizione di ammissione evocata a Copenaghen nel 1993 e concernente la capacità dell'Unione europea di "assorbire" nuovi Membri, conservando il suo grado di integrazione. La collocazione geografica della Turchia può provocare anche un eccessivo sbilanciamento degli equilibri politici verso l'Est, o, peggio, un coinvolgimento in conflitti, interni o internazionali, come quelli connessi al contrasto al terrorismo di matrice curda, che conduce la Turchia ad attacchi periodici contro il Kurdistan iracheno, violando quel che resta della sovranità del martoriato Iraq e il diritto internazionale. Anche le dimensioni, anzitutto demografiche, possono determinare contraccolpi, non agevolmente "assorbibili", nelle istituzioni dell'Unione, sotto il profilo del numero di parlamentari europei spettanti alla Turchia e della eventuale ponderazione nel voto nel Consiglio. Particolarmente preoccupata di tali effetti appare la Francia, la quale prevede il ricorso a referendum rispetto a domande di ammissione di Paesi che rappresentino almeno il 5% della popolazione europea (misura che è sembrata invero appositamente diretta contro la candidatura turca).

Tra i benefici derivanti dall'ammissione della Turchia è particolarmente condivisa, anche a livello dell'opinione pubblica, la convinzione che l'Unione europea debba assolvere la propria responsabilità nel favorire – e, in qualche misura, guidare – il processo di modernizzazione della società turca, in specie il rafforzamento di istituzioni sicuramente democratiche, delle strutture amministrative e giudiziarie, il rispetto e la promozione dei diritti umani, in particolare delle donne, delle minoranze, la libertà di espressione e il ruolo dei sindacati, il pluralismo. In altri termini, anche nei confronti della Turchia l'obiettivo è quello

di “esportare” i valori dell’Unione europea, di esercitare una forma di potenza o “egemonia” normativa; e anche in questo caso – come per i Paesi dei Balcani occidentali – lo strumento adottato per perseguire tale obiettivo è quello della condizionalità, subordinando ai risultati concretamente realizzati in Turchia, non solo l’assistenza finanziaria (fondata, quale Stato candidato, sullo strumento di pre-adesione istituito dal citato regolamento 1085/2006), ma anche, e ancor più, il progresso nella tabella di marcia verso l’adesione, in ogni caso non considerata imminente dalla stessa Commissione. Quest’ultima ha dichiarato, infatti, di potere raccomandare alla decisione del Consiglio (da prendere a maggioranza qualificata) la sospensione dei negoziati in caso di grave e persistente violazione da parte della Turchia dei principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali e dello stato di diritto sui quali l’Unione si fonda.

Deve riconoscersi che tale metodo ha prodotto risultati importanti, testimoniati da una massa poderosa di provvedimenti normativi volti ad uniformare l’ordinamento turco all’*acquis* comunitario, incidendo sui temi particolarmente sensibili, che coinvolgono l’adempimento anche dei parametri politici di adesione, come l’abolizione della pena di morte, l’attenuazione del peso delle forze armate nella vita politica e persino una riforma del tanto contestato art. 301 del codice penale turco, sostituendo al reato di denigrazione della identità turca quello di denigrazione della nazione turca e diminuendo le pene previste. Non manca, infatti, chi ritiene che si sia già ampiamente realizzata una “europeizzazione” della Turchia, che potrebbe agevolmente completarsi negli anni prossimi, anteriormente alla definitiva adesione. Ma anche questa tematica si presta a considerazioni opposte: la persistenza di restrizioni alla libertà di stampa, il ricorso (sebbene ridotto) alla tortura, una ancora diffusa corruzione, limitazioni ai diritti delle minoranze sconsigliano di ammettere un Paese che appare ancora distante dai più sentiti “valori” europei. Anche l’irrisolto contenzioso tra la Turchia e Cipro²¹, che pure rappresenta una ragione ostativa all’ammissione della Turchia, può costituire un argomento “a doppio taglio”: per un verso, potrebbe sostenersi che l’ingresso della Turchia favorirebbe una soluzione della questione cipriota all’interno dell’Unione; per altro verso, ritardare tale ingresso potrebbe costituire una forma di pressione per indurre la Turchia ad accettare, o ad agevolare, una data soluzione.

Come si è accennato, al di là dei pur numerosi argomenti di dibattito sull’allargamento dell’Unione europea alla Turchia, ve n’è uno che appare centrale e determinante e che ha natura, per così dire, culturale. Ci si chiede, cioè, se, e fino a qual punto, tale Stato possa considerarsi davvero europeo e se, e in quale misura, il suo ingresso verrebbe ad alterare l’identità stessa dell’Europa, le sue radici culturali e religiose, i suoi fondamenti, quell’eredità di valori incentrati sui diritti fondamentali della persona, sui principi di libertà, democrazia, eguaglianza, stato di diritto, quali erano enfaticamente proclamati nel Preambolo

²¹ In proposito vedi oltre, par. 6.

della Costituzione europea e che permettono di delineare un'Europa unita, pur nella diversità. In realtà, proprio quest'ultimo elemento, la diversità, potrebbe giocare a favore dell'ammissione della Turchia: tale ammissione, infatti, potrebbe rappresentare la conferma storica di una compatibilità tra Islam e democrazia, un riconoscimento e un sostegno al mondo islamico moderato, in contrapposizione al fondamentalismo, un'occasione per lanciare, con la Turchia, un ponte verso l'Oriente che faciliti il dialogo interculturale, la comprensione tra i popoli, in ultima analisi, la costruzione e il consolidamento di rapporti pacifici ai confini dell'Europa e nell'area mediterranea. Ma, per altro verso, la "diversità" della Turchia è sovente avvertita come incompatibile con l'identità europea, con le stesse capacità di "assorbimento" dell'Unione, che, con il suo ingresso, vedrebbe a rischio il proprio livello di integrazione, fatto anche di valori condivisi, radici comuni, patrimonio di cultura e di religione. E così, di volta in volta, l'ingresso della Turchia è parso contrastante con i principi laici, propri dell'Unione, così come con le tradizioni cristiane dell'Europa; si è osservato che tale ingresso eleverebbe al 20%, rispetto all'attuale 3%, la popolazione islamica dell'Unione europea; specie secondo vari Stati membri (Francia, Germania, Olanda) la "diversità" turca sarebbe una minaccia per l'affermarsi di una reale coscienza europea, o per un auspicato, ma non facilmente identificabile, *demos* europeo. Non manca poi, in alcuni Stati, come l'Austria e l'Ungheria, una certa ostilità retaggio di esperienze, se pur lontane, di occupazione ottomana. Lo Stato che appare il maggiore sostenitore della Turchia, cioè il Regno Unito, sembra motivato proprio dalla considerazione che la "diversità" di tale Stato rafforza la configurazione di un'Europa consistente essenzialmente in un vasto mercato interno, integrato da varie forme di cooperazione intergovernativa, configurazione alla quale vanno tuttora le preferenze del Regno Unito²². Quanto all'opinione pubblica, sembra che nessun precedente candidato abbia raccolto un così basso "indice di gradimento" come la Turchia.

Il quadro risultante mostra non solo una Turchia, ma un'Europa in mezzo al guado, indecisa sui propri definitivi confini, e probabilmente sulla propria autentica identità, incerta se limitarsi a completare il proprio allargamento a quei soli Stati, dei Balcani occidentali, che sembrano naturalmente rientrare nei propri tradizionali confini e nelle proprie originarie radici culturali, o se osare uno slancio più ambizioso verso una realtà differente, alla ricerca di nuovi ampliamenti o partenariati, con i possibili contraccolpi che quest'ultima scelta può implicare per la coesione e l'approfondimento della presente Unione europea. Ciò che sembra prevedibile è che, ove il processo di adesione della Turchia si arrestasse (o fallisse definitivamente), sarebbe ben difficile un progresso nella "europeizzazione" della Turchia: solo un meccanismo di intensa condizionalità politica, che veda un'applicazione "premiale" consistente nell'ingresso di tale Paese nell'Unione potrebbe spingere ulteriormente innanzi i processi di riforma in atto in Turchia. In mancanza le pressioni europee avrebbero il sapore di un tentativo

²² Cfr. N. NUGENT, *op. cit.*, p. 488.

di imposizione egemonica dei principi (e forse degli interessi) europei, al quale la Turchia sarebbe presumibilmente indotta a reagire con fastidio, se non contrapponendo una rivendicazione dei propri valori e della propria cultura.

6. Abbiamo accennato agli ostacoli all'ammissione della Turchia derivanti dalla mancata soluzione della questione cipriota, apertasi con il tentativo di *enosis* della Grecia e con il successivo intervento militare turco del 1974. Com'è noto, attualmente Cipro è sostanzialmente divisa in due zone, essendosi formato nella parte settentrionale uno Stato turco-cipriota proclamatosi indipendente, ma disconosciuto dal Consiglio di sicurezza con risoluzione n. 541 del 18 novembre 1983 e non riconosciuto da nessuno Stato, se non dalla Turchia. Quest'ultima, al contrario, non ha rapporti con lo Stato originario (e unico) della Repubblica di Cipro. In particolare, dopo l'ammissione di Cipro all'Unione europea, la Turchia frappone una decisa resistenza all'applicazione a tale Stato del Protocollo di Bruxelles del 29 luglio 2005 aggiuntivo dell'Accordo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e la Turchia a seguito dell'allargamento dell'Unione europea, escludendo, in ogni caso, che detto Protocollo implichi, da parte sua, il riconoscimento della Repubblica di Cipro.

La situazione di Cipro è da vari anni oggetto delle iniziative del Consiglio di sicurezza e del Segretario generale delle Nazioni Unite, al fine di agevolare – tramite la mediazione o, ultimamente, i buoni uffici di quest'ultimo – una soluzione che, escludendo la secessione del nord dell'isola e garantendo l'unità di tale Stato, conduca, mediante un negoziato diretto fra la parte greca e quella turca di Cipro, a un nuovo assetto costituzionale fondato su una federazione bicomunitaria e bizonale e su un piano di eguaglianza politica. I vari segretari hanno proposto diversi progetti, ma senza successo. L'ultimo, il piano Annan, è stato respinto a seguito di un referendum (tenutosi separatamente nelle due parti, nord e sud, di Cipro), che ha visto l'approvazione della comunità turco-cipriota, ma una decisa bocciatura di quella greco-cipriota (aprile 2004). Gli sforzi del Segretario generale sono continuati e di recente, il 3 settembre 2008, sono ripresi negoziati diretti tra i dirigenti delle due parti (con il pieno sostegno manifestato dal Consiglio di sicurezza con risoluzione n. 1847 del 12 dicembre 2008). Peraltro permangono divergenze su aspetti fondamentali e – come rileva il Segretario generale Ban Ki-moon nel suo rapporto del 15 maggio 2009²³ – le popolazioni greco-cipriota e turco-cipriota appaiono molto scettiche sui negoziati in corso e ciò è tutt'altro che incoraggiante, considerando che qualsiasi eventuale accordo dovrà essere sottoposto a referendum di ciascuna di tali comunità.

Rispetto alla questione cipriota l'Unione europea ha tenuto una posizione strettamente conforme alle determinazioni delle Nazioni Unite²⁴, consistenti nel

²³ UN doc. S/2009/248.

²⁴ In argomento cfr. K. BILGE, *La situation juridique de Chypre dans ses deux composantes par rapport au droit communautaire*, in *RMCUE*, 2006, p. 586 ss.; F. HOFFMEISTER, *Legal aspects of the Cyprus problem. Annan Plan and EU accession*, Leiden, 2006; E. LENSKI, *op. cit.*, p. 288 ss.;

disconoscimento della Repubblica turca di Cipro del nord, coerentemente con la regola, che può ritenersi di diritto internazionale generale, secondo la quale le situazioni realizzate a seguito dell'uso della forza sono illegittime e, quindi, non riconoscibili. Così, al momento dell'ammissione di Cipro all'Unione europea (il 1° maggio 2004), la parte settentrionale dell'isola è rimasta sostanzialmente esclusa dall'ordinamento dell'Unione, in quanto sottratta al controllo effettivo della Repubblica di Cipro. Ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 10 dell'Atto di adesione, in attesa di una soluzione globale della questione di Cipro, l'applicazione dell'*acquis* è sospesa nelle zone della Repubblica di Cipro nelle quali il Governo della Repubblica di Cipro non esercita un controllo effettivo (corrispondenti al territorio del sedicente Stato turco del nord). Ciò, tuttavia, non osta all'adozione di misure intese a promuovere lo sviluppo economico di tali zone (art. 3), poiché l'Unione desidera che l'adesione di Cipro sia proficua per tutti i cittadini ciprioti e promuove la pace e la riconciliazione tra le parti.

Già la Corte di giustizia, con la sentenza del 5 luglio 1994, causa C-432/92, *Anastasiou*, aveva dichiarato che, in base all'Accordo di associazione tra la Comunità europea e Cipro del 19 dicembre 1982, non potevano essere accettati certificati di circolazione rilasciati dalle autorità di una entità come quella stabilita nella parte settentrionale di Cipro, che non è riconosciuta dalla Comunità né dagli Stati membri, i quali riconoscono unicamente la Repubblica di Cipro. Di fatto tale pronuncia comportava una parziale sospensione dell'applicazione dell'Accordo di associazione alla parte settentrionale di Cipro. Più di recente la Corte di giustizia è tornata ad occuparsi della condizione di Cipro nord con riguardo al citato Protocollo n. 10 dell'Atto di adesione. Nella sentenza del 28 aprile 2009, causa C-420/07, *Apostolides*, essa ha dichiarato che la sospensione dell'*acquis* comunitario nella zona nord di Cipro non osta al riconoscimento (ai sensi del regolamento 44/2001²⁵) di una decisione relativa ad un immobile situato in tale zona, ma emanata da un giudice della Repubblica di Cipro avente sede nella zona (sud) controllata dal governo legittimo di detto Stato.

Se dai giudici non può aspettarsi – com'è ovvio – che una rigorosa applicazione del diritto e, quindi, delle soluzioni conformi alla considerazione dello Stato turco-cipriota quale entità priva di qualsiasi soggettività (e di qualsiasi potere giuridico), sul terreno politico forse l'Unione europea avrebbe potuto fare di più²⁶. Pur muovendo dall'inesistenza giuridica dello Stato nord cipriota e dal doveroso rispetto dell'unità e dell'integrità territoriale dell'unica Repubblica di Cipro, l'Unione avrebbe potuto svolgere un ruolo attivo nella ricerca di una soluzione globale della questione cipriota, ruolo che invece non sembra sia stata in grado di sostenere.

P. MARCHAT, *Chypre, un état européen très particulier ...*, in *RMCE*, 2006, p. 468 ss.; N. TOCCI, *op. cit.*, p. 28 ss.

²⁵ Regolamento (CE) n. 44/2001, del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, *GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1.

²⁶ Si vedano le penetranti considerazioni di N. TOCCI, *op. cit.*, p. 38 ss.

L'Unione europea, invero, ha sempre appoggiato le iniziative del Segretario generale delle Nazioni Unite, ma ha lasciato a queste ultime la funzione di mediazione, limitandosi sostanzialmente a occuparsi del procedimento di ammissione di Cipro. Una volta che la Repubblica di Cipro è entrata nell'Unione europea, questa ha esaurito i mezzi di pressione utilizzabili sulla comunità greco-cipriota per indurla a soluzioni di compromesso: in altri termini, il meccanismo di condizionalità non ha potuto più operare, tanto che – come si è ricordato – tale comunità ha respinto il piano Annan, sostenuto dall'Unione europea.

Si aggiunga che, a questo punto, l'Unione europea ha perso quella posizione di terzietà fra le due comunità cipriote, indispensabile per giuocare un ruolo di mediazione, in quanto l'ammissione di Cipro ha comportato, nella sostanza, il successo della comunità greco-cipriota, rappresentata dalla Repubblica di Cipro, e l'emarginazione di quella turco-cipriota, esclusa dall'*acquis* comunitario, come, già in precedenza, dall'applicazione dell'Accordo di associazione del 1972. Ciò non ha impedito all'Unione europea di assumere qualche decisione a favore della comunità turco-cipriota, come l'adozione del regolamento 389/2006 che istituisce uno strumento di sostegno finanziario per promuovere lo sviluppo economico della comunità turco-cipriota²⁷ (un altro regolamento 587/2008²⁸ – modificativo del regolamento 866/2004²⁹ –, tende invece ad agevolare l'attraversamento della "linea verde" tra le due zone di Cipro); ma, al fine dichiarato di evitare ogni rischio di riconoscimento implicito delle autorità di Cipro nord, il suddetto regolamento 389/2006 è destinato prevalentemente ad operare nei confronti delle diverse espressioni della società civile. Di conseguenza, l'Unione finisce per non avere contatti ufficiali con i dirigenti politici di tale comunità, precludendosi così ogni concreta possibilità di dialogo. Per altro, la posizione dell'Unione europea è condizionata dalla stessa Repubblica di Cipro, per cui l'Unione si ritrova ad essere più "parte" che mediatore nella questione cipriota. Si ha la sensazione, insomma, che, ai fini della soluzione di tale questione, forse l'ingresso nell'Unione di Cipro ancora Stato diviso non sia stato proficuo, o che, quanto meno, ciò abbia fortemente ridotto le possibilità di pacificazione dell'Unione europea.

7. L'Unione europea ha da tempo maturato la convinzione che non è possibile godere di condizioni di prosperità, di stabilità, di pace, di sicurezza al proprio interno se non in un Mediterraneo anch'esso prospero, stabile, pacifico, sicuro. Se questa convinzione, che è all'origine del processo di Barcellona (Dichiarazione della Conferenza euromediterranea del 27-28 novembre 1995), è

²⁷ Regolamento (CE) n. 389/2006 del Consiglio, del 27 febbraio 2006, *GUUE* L 65, 7 marzo 2006, p. 5.

²⁸ Regolamento (CE) n. 587/2008 del Consiglio, del 16 giugno 2008, *GUUE* L 163, 24 giugno 2008, p. 1.

²⁹ Regolamento (CE) n. 866/2004 del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo ad un regime ai sensi dell'articolo 2 del protocollo n. 10 dell'atto di adesione, *GUUE* L 161, 30 aprile 2004, p. 128.

ben giustificata, è altrettanto vero che non è pensabile un'area mediterranea con tali caratteristiche se non risolvendo il conflitto israelo-palestinese: questo, con il suo carico di tensioni e di violenze, suscettibili di irradiarsi nell'intero Mediterraneo, è al centro di qualsiasi prospettiva di sviluppo, di sicurezza, di cooperazione tra i Paesi del Mediterraneo.

L'Unione (all'epoca Comunità) europea sin dai primi anni '70, agli albori di una cooperazione politica europea, si è interessata attivamente al processo di pace in Medio Oriente, e particolarmente al conflitto tra Israele e la Palestina³⁰. Se la motivazione principale di tale interesse va ricercata nella consapevolezza che – come si è detto – la soluzione del conflitto è condizione ineludibile della stabilità, della sicurezza, del benessere nell'intera area mediterranea, e quindi in Europa, a tale motivazione si legano ulteriori ragioni di interesse e di coinvolgimento, sia dell'Unione che dei suoi Stati membri. Come è stato acutamente rilevato³¹, gli interessi dell'Unione europea riguardano una serie di fattori critici, legati alla permanenza del conflitto israelo-palestinese, quali la violenza politica e il terrorismo internazionale, flussi migratori non controllati, sicurezza nell'approvvigionamento di risorse energetiche, la sicurezza e lo sviluppo di scambi commerciali. L'Europa, e specie alcuni Stati europei, hanno – e, presumibilmente, sentono di avere – delle responsabilità storiche nei verso entrambe le parti; esse riguardano la *Shoah*, nei confronti della popolazione ebraica, e la politica, quanto meno ambigua, verso i palestinesi, tenuta dal Regno Unito, sino alla *Nakba*, la “catastrofe” della diaspora palestinese conseguente alla nascita dello Stato di Israele. Insomma, il conflitto israelo-palestinese, ha origine, in larga misura, nelle politiche – se non nei crimini – di Potenze europee, per cui oggi sussiste un dovere morale e politico di contribuire alla soluzione di tale conflitto.

È stato osservato che anche il fattore religioso può giocare un ruolo chiave, essendo il Medio Oriente, e particolarmente Gerusalemme, il banco di prova della capacità delle tre grandi religioni monoteiste di convivere, anzi di promuovere la pace nella regione, o, al contrario, di costituire un ulteriore elemento di contrasto e di divisione. Infine, per l'Unione europea il conflitto israelo-palestinese si intreccia anche con le relazioni transatlantiche: il rapporto privilegiato con Israele degli Stati Uniti e gli interessi politici, strategici, militari di questi ultimi nello scacchiere mediorientale comportano che le scelte della politica europea si riflettano immediatamente sui rapporti tra l'Unione e gli Stati Uniti e rendano indispensabile uno stretto rapporto con la politica mediorientale statunitense; con il rischio, peraltro, che la politica europea si appiattisca su quella statunitense, perdendo le opportunità connesse a un proprio autonomo ruolo nel processo di pace.

³⁰ Cfr. M. ORTEGA (ed.), *The EU and the Crisis in the Middle East*, Paris, 2003; W. TH. DOUMA, *Israel and the Palestinian Authority*, in S. BLOCKMANS, A. ŁAZOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 433 ss.; M. PACE, *op. cit.*, p. 1043 ss.; N. TOCCI, *op. cit.*, p. 100 ss.; V. PEDERZOLI, *Le relazioni economiche tra Europa e Medio Oriente*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 215 ss.

³¹ N. TOCCI, *op. cit.*, p. 100.

La politica europea verso le parti in conflitto si svolge – non senza qualche contraddizione, come si vedrà – sulla base di alcune linee fondamentali. Anzitutto tale politica si conforma alle norme di diritto internazionale rilevanti e alle determinazioni assunte dalle Nazioni Unite. Ciò implica, com'è evidente, il riconoscimento del diritto di Israele a vivere entro confini sicuri; con Israele, d'altra parte, esistono antiche relazioni, essendo stato il terzo Paese, dopo gli Stati Uniti e la Grecia, a stabilire rapporti di tipo diplomatico con la Comunità economica europea, sin dalla fine degli anni '50. Il riferimento al diritto internazionale ha comportato anche il progressivo riconoscimento del diritto di autodeterminazione del popolo palestinese. A partire dalle caute aperture del Consiglio europeo del 6 novembre 1973, nel quale gli Stati membri (all'epoca nove) dichiararono il loro sostegno ai legittimi diritti dei Palestinesi, proseguendo con la Dichiarazione di Venezia del 13 giugno 1980 sul diritto di autodeterminazione di tale popolo, con la Dichiarazione di Berlino del 24 marzo 1999, nella quale il Consiglio affermava che la nascita di uno Stato palestinese, democratico, effettivo, pacifico e sovrano sarebbe stata la migliore garanzia per la sicurezza di Israele e per la sua accettazione su un piano di parità nella regione mediterranea, con la Dichiarazione di Siviglia del 22 giugno 2002, nella quale l'Unione affermava che l'obiettivo per la soluzione del conflitto dovrebbe consistere nella nascita di uno Stato palestinese, in principio nei territori occupati da Israele nel 1967, così da raggiungere il risultato di due Stati democratici che vivano fianco a fianco, in confini sicuri e riconosciuti, avendo normali relazioni con i loro vicini e trovando soluzioni concordate tra le parti sulle questioni, particolarmente complesse, dello *status* di Gerusalemme e dei rifugiati palestinesi. Infine, con l'adozione della *Road Map*, approvata anche dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite con risoluzione n. 1515 del 15 novembre 2003, l'Unione europea entra nel "quartetto" con le Nazioni Unite, gli Stati Uniti e la Russia, con l'obiettivo di fare avanzare la tabella di marcia verso il risultato (tuttora molto incerto e lontano) dei due Stati indipendenti. L'osservanza del diritto internazionale comporta inoltre la riaffermazione del divieto dell'uso della forza, nonché l'illiceità degli acquisti territoriali ottenuti con la forza.

Pertanto l'Unione incontra serie difficoltà nel tradurre in azioni concrete la propria adesione ai ricordati principi giuridici. Invero, ci si trova in presenza di una situazione di violenza endemica, che non raramente esplose in maniera particolarmente ampia e drammatica, con atti terroristici, sollevazioni popolari, rappresaglie, interventi militari, come quello israeliano a Gaza del dicembre 2008, protrattosi sino al gennaio 2009. Dinanzi a questa situazione, tenuto conto che non sussistono le condizioni per una eventuale operazione militare (di *peace-keeping*) dell'Unione europea, sotto l'aspetto operativo l'iniziativa europea si è ridotta essenzialmente all'invio di una missione di assistenza alle frontiere per il valico di Rafah (EU BAM Rafah), istituita con l'azione comune 2005/889/PESC, più volte rinnovata e modificata, avente funzioni di assistenza alla polizia palestinese dopo il disimpegno di Israele dalla striscia di Gaza e

costituita su richiesta sia dell'Autorità palestinese che del governo israeliano³². Si tratta di una meritoria forma di sostegno, destinata peraltro a dissolversi nei momenti di ricorso alla forza armata e alla violenza generalizzata.

Anche il disconoscimento degli acquisti territoriali ottenuti con la forza non sempre riesce a tradursi in concrete, coerenti condotte. Tale disconoscimento, infatti, implica anche la condanna degli insediamenti israeliani; e invero gli accordi tra la Comunità europea e Israele si applicano al "territorio" di Israele, che – sebbene non espressamente definito – secondo la Comunità non comprende i territori occupati nel 1967, in quanto la sovranità israeliana non vi si estende e non può esercitarsi neppure sugli insediamenti israeliani. Nell'applicazione dell'Accordo euromediterraneo che istituisce un'associazione tra la Comunità europea e i suoi Stati membri, da una parte, e Israele, dall'altra (Bruxelles, 20 novembre 1995, in vigore dal 1° giugno 2000), è sorta, peraltro, una controversia nella quale, di fatto, l'autorità israeliana ha finito per esercitarsi sui prodotti provenienti da tali insediamenti. Il trattamento preferenziale all'importazione nella Comunità doveva limitarsi ai beni prodotti nel territorio d'Israele, con esclusione di quelli provenienti dagli insediamenti nei territori occupati. Ma a lungo Israele non distingueva la provenienza dei propri prodotti, con il risultato che il trattamento preferenziale si estendeva ai beni provenienti dai territori occupati. Il contenzioso si è risolto con un Accordo tecnico, in vigore dal febbraio 2005, in virtù del quale Israele dichiara la località, eventualmente situata nei territori occupati, di provenienza di ogni prodotto destinato all'esportazione nella Comunità europea, limitandosi così il trattamento preferenziale ai beni provenienti dal territorio "originario" di Israele. Malgrado tale soluzione, il problema giuridico concernente il disconoscimento dell'autorità israeliana nei territori non pare pienamente superato, poiché, in definitiva, essa implica il potere di Israele di certificare la provenienza dei prodotti dagli insediamenti, così parificandoli, nella propria prospettiva, a zone appartenenti al proprio territorio.

La situazione dei territori occupati rende poco coerenti, sul piano operativo, anche i rapporti dell'Unione con i Palestinesi. In una prima fase, sul piano delle relazioni commerciali, la Comunità europea ha concesso un trattamento preferenziale a prodotti provenienti dai territori occupati mediante propri atti, a partire dal regolamento 3363/86³³. Successivamente, quando l'Autorità palestinese (così come Israele) è stata coinvolta nel partenariato euromediterraneo istituito dal processo di Barcellona, è stato concluso a Bruxelles, il 24 febbraio 1997, un Accordo euromediterraneo interinale di associazione tra la Comunità europea e l'OLP, a beneficio dell'Autorità palestinese della Cisgiordania e della striscia di Gaza, in vigore dal 1° luglio 1997. La situazione dei territori, in particolare il loro isolamento ad opera delle autorità israeliane, nonché le ricorrenti crisi, le

³² Azione comune 2005/889/PESC, del Consiglio, del 12 dicembre 2005.

³³ Regolamento (CEE) n. 3363/86, del Consiglio, del 27 ottobre 1986, concernente il regime tariffario applicabile alle importazioni nella Comunità di prodotti originari dei territori occupati, *GUCE* L 306, 1° novembre 1986, p. 103.

esplosioni di violenza, gli attacchi militari, rendono scarsamente operativi i meccanismi diretti a favorire l'esportazione di prodotti dai territori nella Comunità.

Anche l'inserimento dell'Autorità palestinese (con Israele) nella Politica europea di vicinato nel 2003 e la pur cospicua assistenza finanziaria erogata dall'Unione nel quadro di diversi programmi non sembrano condurre a risultati soddisfacenti. In primo luogo, i frequenti interventi militari israeliani conducono sovente alla distruzione di impianti, infrastrutture e altri stabilimenti costruiti grazie ai finanziamenti europei, tanto che la Commissione nel 2007 avanzò la possibilità di chiedere un risarcimento dei danni ad Israele (senza però dare seguito a tale dichiarazione). In secondo luogo, sussiste il sospetto che tali finanziamenti possano essere usati, in realtà, a fini terroristici, o almeno come incoraggiamento ed educazione alla violenza, o sostegno alle famiglie di "martiri". Tale sospetto ha provocato indagini dell'OLAF (Ufficio antifrode europeo) nel 2003, senza peraltro raggiungere risultati sicuri sul punto, nonché un'azione giudiziaria per risarcimento contro la Comunità, respinta peraltro dal Tribunale di primo grado con ordinanza del 23 aprile 2003³⁴.

Pure nei riguardi di Israele e dell'Autorità palestinese l'Unione europea conferma quella tendenza generale ad "esportare" i propri valori, a porsi come "*normative power*". Ciò risulta in maniera evidente dall'art. 2 del menzionato Accordo euromediterraneo di associazione con Israele e dallo stesso articolo dell'Accordo interinale con l'Autorità nazionale palestinese, i quali dichiarano che le relazioni tra le parti, così come tutte le disposizioni dell'Accordo, si fondano sul rispetto dei diritti umani e dei principi democratici, cui si ispira la loro politica interna e internazionale e che costituisce elemento essenziale dell'Accordo. La qualificazione di "elemento essenziale" mette in evidenza come il rispetto di tali principi sia affidato al meccanismo di condizionalità, che può consentire a ciascuna parte dell'Accordo (in concreto, peraltro, alla Comunità europea) di adottare le misure appropriate in caso di violazione di tali principi (come espressamente stabiliscono, rispettivamente, gli articoli 79 e 70 dei suddetti Accordi), le quali potrebbero comprendere, alla luce delle norme generali sul diritto dei trattati, persino la loro sospensione o estinzione.

Tale tendenza dell'Unione europea risulta inoltre dalla Politica europea di vicinato, la quale, adottata nel 2003, è diretta a incentivare la cooperazione con i Paesi vicini dell'Unione europea (che ne condividono i confini terrestri o marini), al fine di creare una zona di prosperità, sicurezza e stabilità e di instaurare con detti Paesi relazioni privilegiate, basate sul riconoscimento di valori reciproci, quali la democrazia, i diritti umani, lo stato di diritto, la buona amministrazione, l'economia di mercato, lo sviluppo sostenibile. La politica europea di vicinato delinea i suoi obiettivi in maniera estremamente nitida nel Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nel quale essa si fonda espressamente sui "valori" dell'Unione. Ai sensi dell'art. 8 TUE, quest'ultima, infatti, sviluppa con

³⁴ Ordinanza emessa nella casusa T-73/03, *Zaoni e altri c. Commissione*, confermata dalla Corte di giustizia con ordinanza del 14 ottobre 2004, causa C-288/03 P.

i Paesi limitrofi relazioni privilegiate al fine di creare uno spazio di prosperità e buon vicinato fondato sui valori dell'Unione e caratterizzato da relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione.

Nel quadro della Politica europea di vicinato sono stati adottati dei piani d'azione, congiuntamente dall'Unione europea e da Israele e dall'Unione europea e dall'Autorità palestinese. La loro attuazione e il loro monitoraggio hanno luogo nel quadro giuridico-istituzionale costituito dai rispettivi accordi di associazione euromediterranei. Il funzionamento, pure nella politica di vicinato, della condizionalità (intesa in senso "premiale" o "positivo") emerge dalla dichiarazione del Consiglio (Bruxelles, 13 e 14 dicembre 2004) secondo la quale l'intensità e il livello di ambizione delle relazioni con ciascun partner di vicinato saranno differenziati, in rapporto al grado di effettiva condivisione di valori comuni, allo stato di relazioni esistente con ciascuno Stato, ai suoi bisogni e alle sue capacità, nonché agli interessi comuni. Nel Piano d'azione per Israele si pone la prospettiva, seppure in maniera un po' generica, di un superamento del livello della cooperazione verso forme significative di integrazione, ivi compresa una partecipazione al mercato interno dell'Unione e la possibilità per Israele di essere inserita progressivamente in aspetti chiave delle politiche e dei programmi europei. Molto dettagliato e specifico è il Piano d'azione relativo all'Autorità palestinese, il quale è diretto non solo a facilitare l'esecuzione dell'Accordo euromediterraneo, ma a sostenere l'Autorità palestinese nell'opera di riforma delle strutture politiche, amministrative e giudiziarie, nell'adozione e attuazione di politiche di promozione della crescita economica, di impiego, di coesione sociale, riduzione della povertà, protezione dell'ambiente. Data la persistente violenza, specie nella striscia di Gaza, l'Unione europea ha operato anche con l'istituzione di una missione di polizia avente il mandato di assistere la polizia palestinese³⁵.

Nell'ambito del conflitto israelo-palestinese il tentativo dell'Unione europea di esportare i valori di democrazia, diritti umani, stato di diritto, economia di mercato assume uno specifico significato: esso, infatti, non risponde solo ad una politica generale dell'Unione che, sebbene sostanziata da "valori", può apparire espressione di una tendenza "egemonica", ma anche, e soprattutto, a promuovere una soluzione del conflitto basata su due Stati democratici e sicuri. Sotto questo aspetto, gli stessi principi proclamati dall'Unione hanno una funzione ancor più decisiva, in quanto tendono a sostenere un processo che, per la Palestina, è uno "*State building*", di costruzione di uno Stato che tuttora non esiste e che si vorrebbe edificare sulla base dei suddetti valori. Ma forse, nella visione europea, vi è un collegamento più profondo tra i principi enunciati e un processo di costruzione della pace: l'esportazione dei diritti umani, dei principi democratici, dello stato di diritto, del buon governo, dello sviluppo economico e sociale è volta ad

³⁵ Azione comune 2005/797/PESC del Consiglio, del 14 novembre 2005, *GUUE* L 300, 17 novembre 2005, p. 65, più volte modificata e prorogata.

eliminare la povertà, la violenza, la conflittualità³⁶, in altri termini, a creare dal basso, dalle radici, condizioni di pace e di stabilità.

Malgrado i principi costantemente affermati dall'Unione europea e le risorse da essa profuse, è opinione generalmente diffusa che il suo ruolo nel processo di pacificazione resti modesto e di scarsa efficacia³⁷. Varie sono le ragioni di tale insuccesso. In primo luogo, gli stessi principi europei sono idonei a promuovere un processo di costruzione di una società democratica e dotata di strutture e istituzioni di governo efficaci e solide, ma un siffatto processo non è realisticamente immaginabile in situazioni di diffusa violenza, di assenza di una *leadership* internazionalmente riconosciuta, di ricorrenti interventi e occupazioni militari. Il processo di *peace-building* (o di *State building*) può essere attuato solo quando il fragore delle armi e il ricorso alla violenza siano cessati.

In secondo luogo, varie ragioni rendono scarsamente operativo quel meccanismo di condizionalità che, previsto costantemente nelle relazioni tra l'Unione e le due parti del conflitto, potrebbe promuovere il rispetto dei principi enunciati dall'Unione e, più in generale, potrebbe operare quale strumento di pressione sulle parti per indurle a pervenire a una soluzione definitiva del conflitto. Nei confronti di Israele l'Unione europea, pur non mancando di muovere critiche, per esempio riguardo alla costruzione del muro nella Cisgiordania, alla distruzione di infrastrutture, agli insediamenti, non ha mai fatto ricorso, e neppure minacciato il ricorso, alla possibilità di sospendere alcuni benefici. È probabile che interessi economici e politici, compresa una certa subordinazione alla politica statunitense in Medio Oriente, precludano alle istituzioni (come agli Stati europei l'adozione di atteggiamenti più incisivi.

Per quanto riguarda i rapporti con la Palestina, è costante la condanna della violenza e degli atti terroristici, come pure il richiamo all'Autorità palestinese a contrastare atti del genere e ad assumere un pieno controllo nelle aree sotto la propria autorità (si vedano le Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 15 e 16 dicembre 2005). Ma, in primo luogo, ipotizzare sospensione di benefici o rallentamento nell'azione di sostegno incontra almeno due ostacoli: da un lato, le violazioni provengono da gruppi, organizzati o spontanei, ma non sono imputabili all'Autorità in quanto tale, per cui una reazione contro quest'ultima non parrebbe giustificata; dall'altro, la situazione disperata in cui si trovano i territori, che rende sovente inefficace qualsiasi forma di assistenza europea, induce ad escludere – per ragioni sia politiche che morali – reazioni ai danni della popolazione palestinese. In secondo luogo, proprio l'atteggiamento nei confronti della Palestina rivela una profonda contraddizione nella politica europea. Ci riferiamo al rifiuto di riconoscere la rappresentanza di Hamas, sebbene questa organizzazione abbia vinto le elezioni svoltesi il 25 gennaio 2006. Hamas, com'è noto, è inserita ufficialmente dall'Unione tra le associazioni terroristiche³⁸

³⁶ Cfr. M. PACE, *op. cit.*, p. 1054.

³⁷ Cfr. W. TH. DOUMA, *op. cit.*, p. 459.

³⁸ Decisione 2005/221/PESC, del Consiglio, del 14 marzo 2005, che attua l'articolo 2, paragrafo 3 del regolamento (CE) n. 2580/2001 relativo a misure restrittive specifiche, contro determina-

e ciò preclude alla stessa Unione di avere con essa relazioni ufficiali; ma tale atteggiamento costituisce una negazione delle regole fondamentali di democrazia, così retoricamente proclamate dall'Unione. Anche nelle Conclusioni del Consiglio del 26 e 27 gennaio 2009 sul processo di pace in Medio Oriente, a ridosso delle tragiche giornate di occupazione militare di Gaza da parte dell'esercito israeliano, esso incoraggia fortemente la riconciliazione interpalestinese, ma sotto l'autorità del Presidente Mahmoud Abbas, rifiutandosi ancora una volta di riconoscere l'autorità di Hamas che, piaccia o non piaccia, è l'organizzazione maggiormente e democraticamente rappresentativa del popolo palestinese. In termini analoghi il Consiglio si è espresso nelle Conclusioni del 15 giugno 2009 sul processo di pace in Medio Oriente, avallate dal Consiglio europeo di Bruxelles del 18-19 giugno successivo. In definitiva, ragioni politiche ed esigenze di sicurezza si sovrappongono ai "valori" europei. Ciò diminuisce ulteriormente la credibilità dell'Unione agli occhi dei Palestinesi, rende ancora più penosa la loro condizione, poiché il rifiuto di rapporti con Hamas ha condotto l'Unione a diminuire la propria assistenza finanziaria, in fondo emargina la stessa Unione precludendole ogni dialogo o confronto con una parte essenziale del conflitto, qual è Hamas.

8. Nei rapporti dell'Unione europea con i Paesi del Mediterraneo orientale e meridionale, comprendenti Stati del Maghreb (Marocco, Algeria, Tunisia e Libia) e del Mashreq (Egitto, Giordania, Libano, Siria)³⁹, emergono i primi passi di una politica mediterranea, concretizzata essenzialmente, dalla metà degli anni '70, nella stipulazione di accordi commerciali. Il salto di qualità della politica europea è rappresentato dall'iniziativa nota come "processo di Barcellona", avviato dalla Conferenza euromediterranea svoltasi in tale città il 27 e 28 novembre 1995 e conclusosi con l'adozione di una Dichiarazione condivisa degli Stati membri dell'Unione (all'epoca 15) e da 12 Paesi mediterranei. Il processo di Barcellona si caratterizza per un approccio multidimensionale; i

te persone e entità, destinate a combattere il terrorismo, e che abroga la decisione 2004/306/CE, e posizione comune 2005/220/PESC, del Consiglio, del 14 marzo 2005, che aggiorna la posizione comune 2001/931/PESC relativa all'applicazione di misure specifiche per la lotta al terrorismo e che abroga la posizione comune 2004/500/PESC, entrambe del 14 marzo 2005, *GUUE* L 69, 16 marzo 2005, p. 64.

³⁹ Vedi, tra gli altri, K. PIETERS, *The Mediterranean Countries (Morocco, Algeria, Tunisia, Libya, Egypt, Jordan, Syria and Lebanon)*, in S. BLOCKMANS, A. ŁAZOWSKI (eds.), *op. cit.*, p. 391 ss.; M. MONTANARI, *The Barcelona Process and the Political Economy of Euro-Mediterranean Trade Integration*, in *JCMS*, 2007, p. 1011 ss.; P. FOIS, *Il partenariato euro-mediterraneo e il processo di Barcellona*, in *Studi in onore di Umberto Lanza*, II, Napoli, 2008, p. 1079 ss.; B. KARRAY, *L'assistance financière communautaire aux Pays du Maghreb dans le cadre de la politique européenne de voisinage et de partenariat*, in *RMCUE*, 2008, p. 233 ss.; Id., *L'évolution du partenariat euro-méditerranéen*, in *JDI*, 2008, p. 753 ss.; E. LANNON, *The EU's Strategic Partnership with the Mediterranean and the Middle East: A New Geopolitical Dimension of the EU's Proximity Strategies*, in A. DASHWOOD, M. MARESCAU (eds.), *op. cit.*, p. 360 ss.; con particolare riguardo alla Libia cfr. J. M. URUBURU COLSA, *Las relaciones entre la Unión europea y Libia*, in *RDCE*, 2008, p. 419 ss.

partecipanti alla Conferenza euromediterranea, infatti, convengono di stabilire tra di loro una collaborazione globale in tre “capitoli”: la collaborazione politica e di sicurezza, al fine di creare uno spazio comune di pace e di stabilità; la collaborazione economica e finanziaria, per la creazione di una zona di prosperità condivisa; la collaborazione nel campo sociale, culturale e umano, per lo sviluppo delle risorse umane, la promozione della comprensione tra le culture e gli scambi tra le società civili.

La Dichiarazione di Barcellona mostra anch'essa una tendenza dell'Unione ad affermare i propri valori fondamentali (come espressamente dirà il Consiglio nella strategia comune sulla regione mediterranea del 19 giugno 2000⁴⁰); valori che, in quanto condivisi dai Paesi mediterranei estranei all'Unione, sembrerebbero avere già compiuto quell'azione di “contagio” dei propri vicini che è nei propositi dell'Unione europea. Nell'ambito del dialogo politico e di sicurezza i partecipanti dichiarano il loro impegno a sviluppare lo stato di diritto e la democrazia (riconoscendo, nel contempo, il diritto di ciascun partecipante a scegliere e strutturare liberamente i propri sistemi politici, socio-culturali, economici e giudiziari), a rispettare i diritti umani e le libertà fondamentali e ad assicurarne il libero e legittimo esercizio, a rispettare e garantire il rispetto della diversità e del pluralismo nella propria società, promuovere la tolleranza fra i diversi gruppi che la compongono e combattere le manifestazioni di intolleranza, razzismo e xenofobia. I “valori” europei che vengono adottati nella Dichiarazione di Barcellona sono, peraltro, anche di natura economica: nell'ambito del secondo capitolo si prevede la creazione graduale (entro il 2010) di una zona di libero scambio, fondata, tra l'altro, sui principi dell'economia di mercato e di integrazione delle proprie economie. Anche in questa connessione, tra obiettivi politici ed economici, emerge una visione che è tipica delle origini stesse dell'integrazione europea: la convinzione che l'integrazione economica rappresenta un fattore determinante di stabilità e di pace tra gli Stati fra i quali essa si realizza, che l'intreccio di relazioni economiche, commerciali e quindi, inevitabilmente, sociali e umane renda “impossibile” una guerra fra tali Stati, così come dichiarava Robert Schuman il 9 maggio 1950. E l'Unione europea ha costantemente sottolineato, in questa visione, l'importanza decisiva della cooperazione Sud-Sud fra i Paesi del Mediterraneo, quale strumento di integrazione delle loro economie e delle loro società.

La creazione di un'area di pace, di stabilità e di prosperità ai confini marittimi dell'Unione corrisponde – com'è evidente – anche agli interessi europei: l'instabilità nella regione mediterranea, le situazioni di crisi, talvolta di violenza armata (si pensi all'intervento di Israele in Libano nel 2006 conseguente agli attacchi degli Hezbollah), le controversie fra gli Stati, la presenza di regimi illiberali, il sottosviluppo, l'esplosione demografica, sono cause di fenomeni che mettono in pericolo anche la sicurezza dei Paesi europei, come il fondamentali-

⁴⁰ Strategia comune del Consiglio europeo, 2000/458/PESC, *GUCE* L 183, 22 luglio 2000, p. 5.

smo, l'immigrazione illegale, la tratta di esseri umani, il traffico di droga, il terrorismo, il crimine transnazionale. La strategia elaborata a Barcellona tende, ovviamente, anche a rimuovere tali pericoli, non solo, indirettamente, promuovendo i diritti umani, lo stato di diritto, la democrazia, per un verso, e l'integrazione economica, per altro verso, ma anche prevedendo forme di stretta collaborazione nella lotta al terrorismo, al crimine organizzato, al traffico di droga, nella gestione dei fenomeni migratori. Progressivamente le preoccupazioni per i temi legati alla sicurezza ha avuto, forse, un ruolo crescente nel processo di Barcellona. Nel Vertice di Barcellona del 27 e 28 novembre 2005 è stato aggiunto un quarto capitolo di cooperazione, concernente la migrazione, l'integrazione sociale, la giustizia e la sicurezza; inoltre è stato adottato, mediante una dichiarazione della Presidenza, un codice di condotta antiterrorismo, ma non si è riusciti a dare una definizione di terrorismo, a causa degli acuti contrasti, in particolare tra Israele e vari Paesi arabi, i quali intendevano distinguere dal terrorismo la legittima resistenza a un'occupazione straniera.

Nel processo di Barcellona la dimensione multilaterale, di una comunità euromediterranea, ha ceduto via via il passo a un approccio essenzialmente bilaterale. Come si è ricordato, riguardo all'Autorità nazionale palestinese e ad Israele, il processo di Barcellona ha dato vita ad una serie di accordi euromediterranei di associazione fra la Comunità europea e gli Stati membri, da una parte, e i singoli Paesi partecipanti, dall'altra. I contenuti specifici di tali accordi variano, naturalmente, dall'uno all'altro, pur se, tendenzialmente, coprono i vari "capitoli" del processo di Barcellona. Un dato costante è rappresentato, peraltro, dall'inserimento, quale clausola essenziale, dell'impegno a rispettare i principi democratici e i diritti fondamentali (art. 2), impegno al quale corrispondono espresse disposizioni che consentono l'adozione di misure appropriate in caso di violazione di tale impegno, secondo il consueto schema della condizionalità.

Come pure si è rilevato in precedenza⁴¹, al partenariato euromediterraneo si è affiancata, dal 2003, la Politica europea di vicinato, anch'essa basata su relazioni bilaterali tra l'Unione e i Paesi terzi, che tengono conto della specificità di ciascun Paese, dei suoi progressi e dei suoi interessi e disponibilità alla cooperazione.

La valutazione che generalmente si dà dei risultati del processo di Barcellona è alquanto negativa, quando non si parla addirittura di un suo fallimento. Lasciando alle specifiche relazioni sugli aspetti economici e politici di tale processo un più ponderato giudizio, mi limito a rilevare che, sul piano economico, il raggiungimento di una zona di libero scambio nel 2010 appare molto improbabile, tenuto conto della permanenza di ostacoli tariffari e di quelli, molteplici, di natura tecnica e normativa alla libera circolazione delle merci. L'insuccesso della cooperazione Sud-Sud ha ulteriormente pregiudicato l'obiettivo di un mercato integrato, non favorito, per altro verso, dall'approccio bilaterale della Unione europea, la quale sembra avere rinunciato all'approccio globale e regio-

⁴¹ Sopra, par. 4.

nale che era alla base del processo di Barcellona. Si aggiunga che, in assenza di un mercato integrato, gli investimenti stranieri non sono incoraggiati dalle ridotte dimensioni dei singoli mercati dei Paesi del Sud del Mediterraneo.

Sul piano politico si è ben lontani dai risultati sperati. Nei limiti, beninteso, entro i quali è possibile formulare una valutazione di carattere generale, si ha la sensazione che sia mancato un processo di modernizzazione, se non riguardo a riforme di liberalizzazione economica volte a instaurare un'economia di mercato, in luogo di una economia statalista. In vari Paesi del Mediterraneo meridionale permangono regimi scarsamente democratici, preoccupati essenzialmente di perpetuare il proprio potere; i diritti delle opposizioni non sempre sono effettivamente garantiti, il che si riflette sul carattere non sempre "genuino" delle elezioni, trasformate talvolta in meri plebisciti di adesione ai governanti; esistono forme di immedesimazione tra le istituzioni statali e il partito al potere; i diritti umani sono sottoposti a severe forme di controllo da parte dell'autorità. Pure per il dialogo umano, sociale e culturale può dirsi che, se tendeva anche a promuovere dal basso, dalla società civile, processi di democratizzazione, esso non ha assolutamente raggiunto tale obiettivo. Si aggiunga che il permanere di regimi illiberali ha talvolta provocato l'aggregazione di forme di opposizione, anche con mezzi violenti, intorno a movimenti di fondamentalismo religioso.

L'Unione europea, da parte sua, non è parsa mai capace, o interessata, a fare leva sulla condizionalità per spingere i governi dei partners mediterranei a intraprendere riforme ispirate ai principi democratici, allo stato di diritto, ai diritti umani. Essa, specie da studiosi provenienti dalle rive meridionali del Mediterraneo, è "accusata" di avere privilegiato i propri interessi di sicurezza, di fronte alle pressioni dei flussi migratori, all'integralismo islamico, al terrorismo, al traffico di droga e al crimine transnazionale, o, al massimo, economici, con riguardo all'apertura di nuovi mercati per la propria produzione e i propri servizi, piuttosto che la realizzazione di "mutui" interessi nel quadro delle relazioni di interdipendenza tra le due rive del Mediterraneo. Un appunto specifico riguarda l'approccio europeo al fenomeno migratorio, visto essenzialmente come fattore di rischio e di destabilizzazione dalle società europee, mentre le società del Mediterraneo meridionale annettono un valore fondamentale ai propri immigrati in Europa, non solo in termini di investimenti e di trasferimenti finanziari, ma specialmente in termini di "trasferimento di valori sociali", cioè di "rimesse" di esperienze sociali, culturali e politiche che possono sensibilmente contribuire allo sviluppo democratico dei propri Paesi d'origine.

Ora, non è agevole definire le cause del sostanziale insuccesso del processo di Barcellona, che sono varie e numerose. Vi è, credo, realmente una progressiva disattenzione dell'Unione europea rispetto ai grandi temi della democrazia, dello stato di diritto, dei diritti umani, che pure costituivano il collante principale di quello spazio di pace, stabilità e prosperità vagheggiato nella Dichiarazione di Barcellona del 1995; la sponda orientale e meridionale del Mediterraneo è guardata sempre più con sospetto, se non con paura, per cui si tratta di erigere i baluardi della sicurezza dell'Europa, della sua popolazione, già su tali sponde. Così pure, la tendenza a bilateralizzare i rapporti con i Paesi mediterranei riduce

inevitabilmente le possibilità di costruire una comunità regionale euromediterranea. Per altro verso, non si può fare a meno di rilevare che, oggettivamente, la realtà dei Paesi mediterranei è profondamente diversificata, sicché un approccio globale di partenariato e di collaborazione risulta estremamente problematico. In secondo luogo, il processo di Barcellona partiva in un momento, all'indomani degli Accordi di Oslo del 1993 tra Israele e l'OLP, in cui sembrava che il Mediterraneo si avviasse su un cammino di pace e di stabilità. Al contrario, il conflitto israelo-palestinese non solo non si è risolto ma è più volte riesplso in forme di acuta violenza; inoltre permangono vecchi conflitti e nuove fonti di crisi e di instabilità si sono presentate nel Mediterraneo, dal confronto tra l'Algeria e il Marocco riguardo al Sahara occidentale, al conflitto tra Libano e Siria, a quello tra Israele e Libano, ai drammatici, violenti e difficilmente controllabili effetti nel Mediterraneo dell'aggressione anglo-americana all'Iraq. Sembra che l'esperienza del processo di Barcellona dimostri che se è vero, secondo l'intuizione di Jean Monnet e di Robert Schuman, che l'integrazione economica e sociale rende impossibile il ricorso alla guerra, è anche vero che la violenza, la conflittualità rendono impossibile l'integrazione economica e sociale.

9. Gli stessi Paesi europei hanno preso atto dell'insuccesso del processo di Barcellona e hanno preso una nuova iniziativa, dovuta principalmente al Presidente francese Sarkozy, di istituire una Unione per il Mediterraneo, quale prosieguo e sviluppo del processo di Barcellona⁴². L'iniziativa, come è noto, è stata formalmente adottata dal Vertice di Parigi del 13 luglio 2008, al quale hanno partecipato, con le istituzioni e gli Stati europei, i Paesi aderenti al processo di Barcellona e quelli dei Balcani occidentali (più precisamente, Algeria, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Marocco, Mauritania, Siria, Tunisia, Turchia, Autorità palestinese, Albania, Croazia, Bosnia-Erzegovina, Montenegro, Monaco). A tale Vertice ha fatto seguito la prima riunione dei ministri degli esteri, tenutasi a Marsiglia nei primi giorni di novembre.

⁴² Cfr. D. BECHEV, K. NICOLAIDIS, *The Union for the Mediterranean: A Genuine Breakthrough or More of the Same?*, in *Int. Sp.*, 2008, n. 3, p. 13 ss.; N. JAZRA BANDARRA, *Quelle Union pour la Méditerranée?*, in *RMCUE*, 2008, p. 370 ss.; T. HAMEL, A.-C. HATZIDIAKOS, *De l'Euro-Med à l'UPM: la Méditerranée, un objet politico-stratégique non identifié*, *ivi*, p. 554 ss.; H. KADDOURI, *Vers une nouvelle politique euro-méditerranéenne comme piste de réflexion*, *ivi*, p. 14 ss.; B. KARRAY, *L'évolution du partenariat*, *cit.*, p. 765 ss.; B. KHADER, *L'Union méditerranéenne: un beau discours ou une bonne idée?*, in *RSPI*, 2008, p. 11 ss.; C. MANZOLILLO, *La Dichiarazione di Parigi sull'Unione Mediterranea (13 luglio 2008)*, in *DCSI*, 2008, p. 627 ss.; V. E. PARSI, *Un Mediterraneo diverso*, in *Formiche*, novembre 2008, n. 31, p. 58 ss.; A.-T. MOCILNIKAR, *Pace e sviluppo grazie all'Unione per il Mediterraneo*, *ivi*, p. 65 ss.; G. LENZI, *Mare nostrum di storia e politica*, *ivi*, p. 68 ss.; D. ROSSETTI DI VALDALBERO, M. AYDEMIR, *La Méditerranée au cœur des politiques énergétiques et environnementales de l'UE?*, in *RMCUE*, 2008, p. 597 ss.; E. BARBÉ IZUEL, *La Unión por el Mediterráneo: de la europeización de la política exterior a la descomunitarización de la política Mediterránea*, in *RDCE*, 2009, p. 11 ss.; G. MALGIERI, *Mediterraneo. Quo vadis?*, in *Formiche*, febbraio 2009, n. 34, p. 66 ss.; N. M. AZIZA, *La solidarietà da ritrovare*, *ivi*, p. 69 ss.; F. DE LEO, *Un progetto oltre un conflitto*, *ivi*, p. 72 ss.; R. BALFOUR, *Se il Mediterraneo resta solo un sogno*, *ivi*, maggio 2009, n. 37, p. 71 s.

Nella Dichiarazione comune del 13 luglio 2008, i capi di Stato e di governo euromediterranei, pur confermando i “capitoli” del processo di Barcellona, compreso il quarto (migrazione, integrazione sociale, giustizia e sicurezza), dichiarano di voler rilanciare gli sforzi al fine di trasformare il Mediterraneo in uno spazio di pace, di democrazia, di cooperazione e di prosperità. In questo contesto l’iniziativa dell’Unione per il Mediterraneo può svolgere un ruolo importante nell’affrontare le sfide comuni che si pongono alla regione euromediterranea, come lo sviluppo economico e sociale, la crisi mondiale nel campo della sicurezza alimentare, il degrado dell’ambiente, compreso il cambiamento climatico e la desertificazione, al fine di favorire lo sviluppo sostenibile, l’energia, le migrazioni, la lotta al terrorismo e all’estremismo, la promozione del dialogo culturale. Una particolare sottolineatura è dedicata al rafforzamento della democrazia e del pluralismo politico mediante lo sviluppo della partecipazione alla vita politica e l’adesione all’insieme dei diritti umani e delle libertà fondamentali, dei quali si ribadisce il pieno rispetto. Particolarmente energica è la Dichiarazione per quanto riguarda la condanna del terrorismo e la determinazione a sradicarlo e a lottare contro coloro che lo sostengono e uno spazio rilevante trova anche la materia della migrazione.

Riguardo ai contenuti la Dichiarazione di Parigi appare in sostanziale continuità con il (pur deludente) processo di Barcellona. Le novità si colgono piuttosto nella visione dei rapporti euromediterranei e nel metodo operativo, oltre che nella “istituzionalizzazione” dell’Unione attraverso la creazione di nuovi organi o la conferma del ruolo di quelli già esistenti, come l’Assemblea parlamentare euromediterranea (APEM)⁴³, costituita a Napoli il 3 dicembre 2003 e composta da rappresentanti del Parlamento europeo, dei parlamenti degli Stati membri e dei parlamenti degli Stati terzi partecipanti al processo di Barcellona. Prescindendo dai profili organizzativi, le novità si colgono nell’affermazione secondo la quale la sfida che si pone al “Processo di Barcellona: una Unione per il Mediterraneo” consiste nel rafforzare le relazioni multilaterali, nell’accrescere la condivisione della responsabilità del processo, nel fondare la “*governance*” sull’eguaglianza di tutte le parti e nel tradurre il processo in progetti concreti che siano ben visibili per i cittadini. La nuova visione dei rapporti tra i Paesi europei e quelli del Mediterraneo emerge dalla presentazione dell’iniziativa come promossa consensualmente, su un piede di parità, tra le due (o più) rive del Mediterraneo, muovendo da una condivisione di problemi da affrontare, di intenti da realizzare, di responsabilità da esercitare. Questa nuova visione risulta anche dalla copresidenza della Conferenza di Parigi, condivisa tra il Presidente francese Sarkozy e quello egiziano.

Il metodo operativo risulta dai progetti, estremamente concreti, messi in cantiere. Essi, forse, rappresentano un regresso rispetto agli obiettivi più marcatamente politici della Dichiarazione di Barcellona del 1995, ma hanno il pregio

⁴³ Sulla quale cfr., di recente, D. GOTTARDI, *Parlamento europeo e Medio Oriente*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 157 ss.

inconfutabile di rispondere a reali e sentite esigenze della popolazione dell'Unione per il Mediterraneo e di essere effettivamente realizzabili, a condizione, beninteso, di ricevere i necessari finanziamenti, anche dal settore privato. Tali progetti riguardano il disinquinamento del Mediterraneo, i trasporti, con la creazione di autostrade marittime e terrestri (quale l'autostrada del Maghreb), la protezione civile, con particolare riguardo alla sicurezza marittima, le energie alternative, con un Piano solare mediterraneo, l'istruzione e la ricerca, con l'istituzione in Slovenia di una Università euromediterranea, l'aiuto alle imprese, in particolare alle piccole e medie; è prevista anche l'elaborazione di una Strategia dell'acqua nel Mediterraneo, problema estremamente grave e sentito nei Paesi africani del Mediterraneo.

È presto, ovviamente, per fare qualsiasi previsione sul successo dell'Unione per il Mediterraneo ed anche per azzardare un giudizio sulla bontà dell'iniziativa. È noto che, pur essendosi concretizzata in tempi brevi, essa ha avuto un iter travagliato già in Europa, trasformandosi da un progetto, sotto la *leadership* francese, dei Paesi europei del Mediterraneo, in uno di più ampio respiro, comprendente anche le istituzioni europee e tutti i Paesi dell'Unione – secondo le richieste della cancelliera tedesca Merkel – ivi compresi quelli più settentrionali, i quali non hanno, probabilmente, una spiccata propensione ad occuparsi dei problemi del Mediterraneo e dei suoi Stati meridionali. Al di là della retorica, che sempre, in maniera eccessiva e un po' fastidiosa, accompagna iniziative che si tende a presentare come "storiche", quella di Parigi suscita problemi, dubbi, speranze, riflessioni. Essa, invero, non sembra sia stata accolta con molto entusiasmo dagli studiosi di formazione "Sud mediterranea"⁴⁴. Questi, per un verso, hanno osservato che l'Unione per il Mediterraneo risponde principalmente agli obiettivi di gestione dei flussi migratori, al contrasto del fondamentalismo e alla ricerca di mercati per i prodotti e i servizi europei e solo marginalmente si preoccupa dello sviluppo economico e sociale e della modernizzazione dei Paesi dell'Africa mediterranea, sulla base di principi di democrazia e di stato di diritto. Per altro verso, hanno sottolineato come sia problematico individuare una identità mediterranea, nel senso di una realtà obiettiva, che possa essere percepita quale "comunità", rispetto alla quale possa provarsi un sentimento di appartenenza. Sarkozy, lanciando il suo ambizioso progetto, invitava a gettare le basi di una unione politica, economica, culturale, fondata sul principio di rigorosa eguaglianza tra le nazioni di uno stesso mare, l'Unione del Mediterraneo. Ma vi è una profonda asimmetria fra i Paesi della costa meridionale e quelli della costa settentrionale del Mediterraneo; inoltre anche fra i Paesi dell'Africa settentrionale sussistono condizioni politiche, economiche, sociali sensibilmente differenziate e, d'altra parte, la percezione degli interessi e delle problematiche relative all'area mediterranea può risultare ben diversa anche tra i Paesi europei che si affacciano sul Mediterraneo (ai quali solo, originariamente, si dirigeva l'iniziativa di Sarkozy) e quelli continentali o nordici.

⁴⁴ Cfr., per esempio, B. KARRAY, *op. ult. cit.*, p. 766; H. KADDOURI, *op. cit.*, p. 20 ss.

10. Solo il futuro potrà dire se l'Unione per il Mediterraneo si rivelerà un progetto profetico, foriero di pace, di stabilità, di sviluppo, o si svuoterà in una bolla di retorica; se sarà la nuova grande utopia, dopo quella dell'integrazione europea, o si ridurrà a modeste operazioni di piccolo cabotaggio. Ma il progetto induce comunque a interrogarsi su cosa sia oggi il Mediterraneo, ricordando, anzitutto, che esso ha avuto una sua unità solo con la conquista romana, basata sulla cittadinanza romana, che – come è stato notato⁴⁵ – faceva tutti eguali, ma dopo averli resi sudditi, e che rispondeva ad un disegno egemonico. Dopo quell'esperienza il Mediterraneo è stato – ed è tuttora – un “luogo”, non un confine, perché il mare non è mai una linea che separa: un luogo di scambi commerciali e di persone, di incontri di culture, di civiltà, di religioni, così come un luogo di contrapposizioni, di scontri, di conflitti, che oggi sembrano riemergere, caricati di tutte le tensioni politiche, economiche, sociali che si riversano su tale mare. In questo quadro l'assolvimento delle responsabilità alle quali, per ragioni di varia natura (storiche, politiche, economiche, sociali), l'Europa non può sottrarsi, richiede uno sforzo probabilmente culturale, prima ancora che un impegno politico ed economico. Come è stato acutamente osservato da altri⁴⁶, occorre rinunciare al fascino di un passato mitizzato, nel quale ricercare una ipotetica unità, oggi introvabile, e accettare la complessità dei fenomeni, dei problemi, dei conflitti presenti nel Mediterraneo, accettare, innanzitutto, la diversità come fonte di risorse, economiche, umane, intellettuali, come fonte di arricchimento reciproco, non come ragione di sospetto o di paura. Questo sforzo culturale – al quale, beninteso, deve corrispondere analogo atteggiamento dei Paesi non europei – comporta, anzitutto, la necessità di riconoscere le specificità di ogni singola realtà, differenziando, quindi, le strategie dell'Unione europea in rapporto a tali specificità; richiede, quindi, di approssimarsi alle realtà del bacino mediterraneo con spirito attento alle opportunità e ai valori che da esso l'Europa può attingere; implica un atteggiamento, certo, teso alla difesa dei propri valori più profondi e anche alla loro “esportazione”, nella misura in cui siano adattabili alle differenti culture e valori, ma con la consapevolezza che, ove ci si voglia ergere a “potenza normativa”, occorre anche ripensare criticamente a come quei valori siano concretamente vissuti al proprio interno. Allora ci si accorgerà che c'è qualcosa che non funziona perfettamente in una democrazia nella quale l'astensionismo elettorale tocca punte sempre più allarmanti, in Paesi che hanno garantito la pace nei loro rapporti, ma che non disdegnano di portare la guerra al proprio esterno, talvolta ammantandola con la qualificazione di “umanitaria”, talvolta camuffandola come operazione di pace; in contesti nei quali nel rigoroso rispetto dei diritti umani si aprono crepe preoccupanti in occasione della lotta al terrorismo (come nelle *extraordinary renditions*) o del contrasto all'immigrazione clandestina. Ciò non significa, naturalmente, rinuncia a estendere i propri valori nell'intera area mediterranea, ma esigenza di una pratica coerente, nella

⁴⁵ V. E. PARSİ, *op. cit.*, p. 59.

⁴⁶ N. M. AZIZA, *op. cit.*, p. 71; cfr. anche H. KADDOURI, *op. cit.*, p. 21 ss.

consapevolezza che anche l'intento di "esportare" tali valori richiede, in primo luogo, una loro concreta e costante attuazione; questa, infatti, può avere una capacità di "contagio" sui governi, ma ancor più sulle società dei Paesi confinanti, ben maggiore di solenni dichiarazioni.

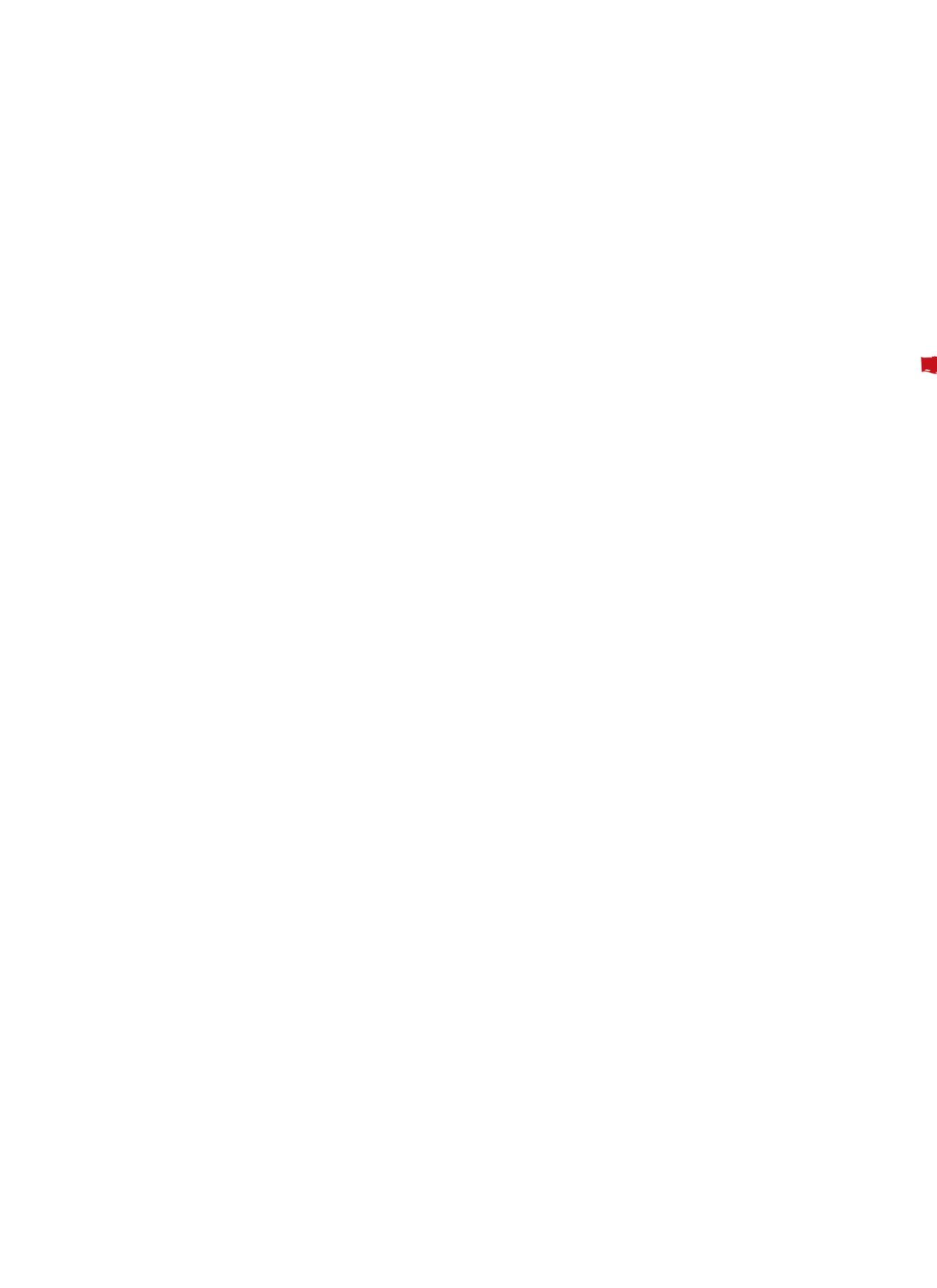
Beninteso, un nuovo atteggiamento culturale non è la soluzione dei problemi; ma è una preconditione indispensabile per tentare di avviarli a soluzioni. Come pure, è necessario che un analogo atteggiamento di apertura emerga dalle altre sponde del Mediterraneo. In ogni caso il mare non è idoneo, per sua natura, a dividere continenti, Paesi, popolazioni, né tanto meno ad essere usato per costruire muri o barriere; solo, quindi, un atteggiamento che, nell'accettare le differenze, tenda a coglierne le opportunità e che, nel contempo, metta a disposizione degli altri i propri valori, può aspirare a garantire che, in uno spirito di dialogo e di comprensione reciproca, su quel mare non vi siano scontri, ma, al contrario, incontri fecondi di differenti civiltà.

Abstract

The Responsibilities of the European Union in the Mediterranean Area

The present article examines the relationships between the European Union and the third States which are located in the area of the Mediterranean Sea, as well as the main features of European policies towards these States and the attempt of European Union to play a role of "normative power" in this area. The article considers the situation of the Western Balkans, the participation of the European Union to peace-keeping operations in the territories of States born after the decomposition of Yugoslavia and the European strategies of neighbourhood and stabilization. Whereas the attitude of the European Union generally seems to be consistent with the principles of the United Nations Charter, as regards the Eulex mission following the declaration of independence of Kosovo the position of the European Union is judged as contrary to the Security Council resolution 1244 of 1999.

The condition of Turkey is examined: Turkey's membership application raises some problems which relate not only to the enlargement of the European Union, but even to the definition of its identity. More problems spring from the particular condition of Cyprus, which is a Member of the European Union but which is still divided in two States, after the proclamation in 1983 of the Turkish Republic of North Cyprus. However the most serious problem in the Mediterranean area is represented by the Israeli-Palestinian conflict: the European Union's action, in spite of its efforts to contribute to a solution, so far has not appeared very effective. Finally the article deals with the European policy towards the Mediterranean Countries of Maghreb and of Mashreq, particularly the Barcelona Process, whose results are rather disappointing, and the recent initiative of President Sarkozy concerning the Union for the Mediterranean.



Corte di giustizia comunitaria e disciplina degli appalti pubblici*

SOMMARIO: 1. L'applicazione delle norme del TCE su diritto di stabilimento, servizi, circolazione delle merci agli appalti pubblici e la funzione delle direttive di coordinamento delle legislazioni nazionali sulle procedure di aggiudicazione. – 2. Il carattere progressivamente più puntuale del coordinamento delle legislazioni nazionali sull'aggiudicazione degli appalti pubblici nelle direttive e nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. La circostanziata disciplina coordinata delle deroghe all'applicazione delle direttive e delle pertinenti norme del Trattato in una prima fase della prassi giurisprudenziale comunitaria. – 4. La non applicabilità delle direttive di coordinamento delle legislazioni nazionali nella sentenza della Corte di giustizia relativa al caso *Teckal*. – 5. La messa a fuoco delle "condizioni *Teckal*" nella successiva prassi giurisprudenziale. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La Corte di giustizia delle Comunità europee ha recitato un ruolo fondamentale anche nella definizione della disciplina comunitaria degli appalti pubblici. Come era ovvio che fosse, la Corte ha cominciato ad operare nel senso anzidetto solo dopo qualche lustro dall'entrata in vigore del Trattato di Roma. In particolare, la sua azione nella specifica materia ha avuto inizio in seguito all'adozione, da parte del Consiglio, delle prime direttive di coordinamento delle legislazioni nazionali relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici. Precedentemente, infatti, nell'ordinamento comunitario, anche nel Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), non si rinveniva alcuna norma che esplicitamente disciplinasse la nostra materia¹. Tuttavia, questa omissione non signi-

* Il presente scritto è destinato anche alla raccolta di studi in onore del Prof. Pierfrancesco Grossi.

¹ L'unica disposizione del testo originale del TCE nella quale si alludeva alla nostra materia era quella contenuta nell'art. 132, par. 4, corrispondente all'attuale art. 183, par. 4. La norma in questione – inserita nella Parte IV del Trattato, relativa all'Associazione dei Paesi e dei territori d'Oltremare – stabilisce che per "gli investimenti finanziati dalla Comunità, la partecipazione alle aggiudicazioni e alle forniture è aperta, a parità di condizioni, a tutte le persone fisiche e giuridiche appartenenti agli Stati membri e ai Paesi e territori". Successivamente, con l'Atto Unico europeo, nel TCE è stato inserito l'art. 130 F, par. 2, che corrisponde *in toto* all'attuale art. 163, par. 2. In tale sede si dice solo che la Comunità "incoraggia (...) le imprese, comprese le piccole e medie imprese, i centri di ricerca e le università nei loro sforzi di ricerca e sviluppo tecnologico di alta qualità" così "(...) mirando soprattutto a permettere alle imprese di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno (...) grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali (...)".

fica affatto che nello stesso Trattato – già dalla sua entrata in vigore – non vi siano norme che la riguardino: i suoi articoli 28 (libera circolazione delle merci), 43 (diritto di stabilimento) e 49 (servizi) – ribadendo nei rispettivi campi il basilare principio di diritto comunitario che vieta ogni discriminazione fondata sulla nazionalità (art. 12, 1° comma)² – regolano l'esercizio di attività che inglobano pure quelle di cui qui ci si occupa³.

Soltanto a partire dal 1962, con alcuni atti di diritto derivato⁴, la CE ha cominciato a prestare una specifica attenzione al nostro tema, attenzione che

² L'articolo citato, al 1° comma, stabilisce: “Nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità”. Non v'è alcun dubbio che – stando alla lettera della disposizione – il suo inciso configuri l'art. 12, 1° comma, come la norma che in via generale codifica il suddetto principio di non discriminazione, prevedendo nel contempo che altre disposizioni del Trattato possano dettare normative speciali applicabili nei casi in relazione ai quali le singole normative particolari fossero state determinate. In senso conforme cfr., ad es., la sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1977, causa 8/77, *Sagulo*, *Raccolta*, p. 1495 ss., punto 11.

³ Il giudice comunitario, più volte e senza alcuna esitazione, ha precisato che i summenzionati articoli del TCE dettano regole rilevanti anche al fine dell'aggiudicazione di appalti pubblici, rispettivamente, di forniture (cfr., ad es., le sentenze: del 17 febbraio 1981, causa 133/80, *Commissione c. Italia*, *Raccolta*, p. 457 ss., punto 2; del 20 marzo 1990, causa C-21/88, *Du Pont de Nemours italiana SpA*, *ivi*, p. I-889 ss., punti 8, 9 e 17), di lavori (cfr., ad es., le sentenze: del 20 settembre 1988, causa 31/87, *Gebroeders Beentjies*, *ivi*, p. 4635 ss., punto 20; del 3 giugno 1992, causa C-360/89, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-3401 ss., punto 7; del 23 gennaio 2003, causa C-57/01, *Makedoniko Metro*, *ivi*, p. I-1091 ss., punto 69) e di servizi (cfr., ad es., le sentenze: del 17 settembre 2002, causa C-513/99, *Concordia Bus Finland*, *ivi*, p. I-7263 ss., punto 63; del 10 aprile 2004, cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione c. Germania*, *ivi*, p. I-3609 ss., punto 62).

⁴ I primi atti di diritto derivato comunitario in cui si effettuò un esplicito riferimento agli appalti pubblici furono il *Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libera prestazione dei servizi* (GUCE L 2, 15 gennaio 1962, p. 32 ss.) ed il *Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento* (*ivi*, p. 36 ss.), adottati dal Consiglio ai sensi, rispettivamente, degli allora articoli 63, par. 1, e 54, par. 1 TCE. Il primo dei due Programmi succitati: al titolo III menzionava, tra le attività comprese nella libera prestazione dei servizi, quella consistente nel “presentare offerte o partecipare come contraente o subappaltatore ai contratti dello Stato o di altre persone giuridiche di diritto pubblico”; al titolo V, individuava il termine – la fine della terza tappa del periodo transitorio – entro il quale si dovesse procedere alla soppressione, in ciascuno Stato membro, delle restrizioni esistenti in materia, prevedendo altresì che la Comunità adottasse pure “misure opportune di coordinamento delle procedure” che negli Stati membri disciplinavano l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Con riferimento alla libertà di stabilimento, con espressioni analoghe a quelle or ora indicate erano redatti i titoli III e IV del relativo Programma generale. Occorre sottolineare con vigore due fondamentali indicazioni contenute nei succitati atti. Innanzitutto, in essi la partecipazione ad appalti pubblici banditi in Stati membri diversi da quello nazionale costituisce un'attività, di tipo contrattuale, riconducibile, a seconda della fattispecie concreta, alla disciplina comunitaria del diritto di stabilimento o dei servizi. Inoltre, – in conformità con quanto disposto dall'art. 47, par. 2 (allora art. 57, par. 2) TCE, applicabile anche in materia di servizi (art. 55, allora art. 66) – nei medesimi atti si sottolinea la necessità di coordinare le legislazioni nazionali sull'aggiudicazione degli appalti pubblici solo allo scopo di assicurare nello specifico la piena assimilazione alle imprese nazionali di quelle appartenenti agli altri Stati membri. Il Trattato di Amsterdam – oltre a cambiare la numerazione degli originali articoli 54 e 63 TCE divenuti, rispettivamente, gli attuali articoli 44 e 52 – ha eliminato dai relativi testi ogni riferimento all'atto in questione dal momento che era stata già assolta la funzione per cui in origine era stato previsto.

circa due lustri più tardi si è estrinsecata nell'adozione di vere e proprie norme al riguardo. Questo accadde con l'approvazione delle prime direttive di coordinamento delle procedure che negli Stati membri ne disciplinavano l'aggiudicazione⁵. Gli atti in questione dettarono regole con le quali: si definirono le nozioni di appalto pubblico, amministrazione aggiudicatrice, offerente⁶; si precisarono quali fossero gli appalti da aggiudicarsi nei modi stabiliti dalle medesime direttive⁷; furono adottate norme comuni nel settore tecnico⁸, in materia di pubbli-

⁵ Per rendere più chiaro quanto affermato nel testo è utile fornire qualche precisazione. Le prime direttive comunitarie in cui si menzionavano gli appalti pubblici furono la 66/683/CEE, adottata dalla Commissione il 7 novembre 1966 (*GUCE* L 220, 30 novembre 1966, p. 3748 ss.), e la 70/32/CEE, anch'essa adottata dalla Commissione, del 17 dicembre 1969 (*ivi* L 13, 19 gennaio 1970, p. 1 ss.). Entrambe avevano come base giuridica l'allora art. 33, par. 7, TCE e concernevano l'abolizione delle restrizioni quantitative alle importazioni e delle misure di effetto equivalente in ordine all'utilizzazione di prodotti importati da altri Stati membri. La prima direttiva citata, all'art. 4, però, escludeva la sua applicazione alle disposizioni che in ciascuno Stato membro riguardavano "i contratti dello Stato, degli enti locali e delle altre persone giuridiche di diritto pubblico". La seconda direttiva sopprimeva la deroga anzidetta e vietava, in quanto incompatibili con l'allora art. 30 TCE, taluni comportamenti che, in materia di appalti pubblici di forniture, determinavano una discriminazione tra prodotti nazionali e prodotti importati. Pertanto, come affermato nel testo, le due direttive in questione non dettavano una disciplina particolare per gli appalti pubblici di forniture, ma precisavano solo alcune modalità applicative della normativa generale dettata dall'allora art. 30 TCE. Analogamente la direttiva 71/304/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971 (*ivi* L 185, 16 agosto 1971, p. 1 ss.) si limitava ad estendere agli appalti di lavori pubblici la disciplina che la medesima istituzione aveva adottato, in via generale, per l'attuazione della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, come del resto è affermato nel suo 1° "considerando".

Alla luce di quanto precisato fin qui, è senz'altro evidente, quindi, che una specifica normativa comunitaria in materia di appalti pubblici fu posta in essere solo con gli atti che avviarono il coordinamento delle legislazioni nazionali per la loro aggiudicazione: direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971, adottata per coordinare le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici (*ivi* L 185, 16 agosto 1971, p. 5 ss.); direttiva 72/277/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1972, adottata per stabilire modalità e condizioni di pubblicazione sulla *GUCE* dei bandi di gara per gli appalti di lavori pubblici (*ivi* L 176, 3 agosto 1972, p. 12 ss.); direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (*ivi* L 13, 15 gennaio 1977, p. 1 ss.).

⁶ Cfr. gli articoli 1, 3, paragrafi 1-3, e 6 della direttiva 71/305/CEE e gli articoli 1 e 2, par. 3, della direttiva 77/62/CEE. Poiché questo argomento, come si vedrà più avanti, assume gran rilievo in questa sede, va sottolineato che già nell'art. 1, lett. A) della direttiva 71/305/CEE – con una formula che, in buona sostanza, è stata ripresa dalla direttiva 77/62/CEE (art. 1, lett. a) e, poi, da tutte le altre direttive concernenti la nostra materia – gli appalti pubblici sono definiti "contratti a titolo oneroso, conclusi per iscritto tra un imprenditore (...) e un'amministrazione aggiudicatrice" ai sensi della successiva lett. B) del medesimo articolo.

⁷ Al fine anzidetto, le due direttive citate alla nota 6 stabilirono il valore degli appalti pubblici a partire dal quale dovevano trovare applicazione le norme di coordinamento (art. 7, par. 1, della direttiva 71/305/CEE ed art. 5, par. 1, lett. a), e paragrafi 2 e 3 della direttiva 77/62/CEE). Negli stessi atti normativi, inoltre, si indicavano puntualmente gli appalti ai quali le suddette norme non erano applicabili (articoli 3, paragrafi 1, 4 e 5, 4 e 9 della direttiva 71/305/CEE ed articoli 2, par. 2, 3 e 6 della direttiva 77/62/CEE).

⁸ Cfr. gli articoli 10 e 11 della direttiva 71/305/CEE, nonché gli articoli 7 e 8 della direttiva 77/62/CEE.

cià⁹, di partecipazione alle gare d'appalto¹⁰; si specificarono i criteri di selezione qualitativa delle offerte¹¹ e di aggiudicazione degli appalti¹².

Già da questi primi atti normativi si potevano evincere aspetti di grande rilievo che caratterizzano tuttora la disciplina comunitaria degli appalti pubblici. Innanzitutto, il “coordinamento” delle procedure nazionali per la loro aggiudicazione era ritenuto opportuno per “completare”¹³, in sede applicativa, i divieti di discriminazione stabiliti dagli articoli 28 (allora 30), 43 (allora 52) e 49 (allora 59), assicurando così, con le norme di coordinamento appunto, “una trasparenza che permett[esse] un miglior controllo dell’osservanza de[i] diviet[i] in questione”¹⁴.

In secondo luogo, il predetto coordinamento – dovendo “rispettare per quanto possibile le procedure e le prassi in vigore in ognuno degli Stati membri”¹⁵ – non ha mai investito l’intera disciplina della materia; esso ha riguardato e riguarda ancor oggi soltanto i profili considerati essenziali allo scopo di garantire, in sede di aggiudicazione, un livello di trasparenza funzionale ad assicurare il rispetto, nello specifico, del principio di non discriminazione¹⁶.

Infine, va rilevato che già quelle prime direttive talora dettavano norme precise, a volte complete e non condizionate. Quando ciò accadeva – seguendo nel caso di specie un suo più generale orientamento in tema di efficacia delle direttive negli ordinamenti statali¹⁷ – la Corte di giustizia non ha esitato ad affermarne il primato sul diritto interno e la diretta applicabilità negli ordinamenti statali in presenza delle condizioni individuate al riguardo dal predetto orientamento giurisprudenziale. Pertanto ben presto – quando le direttive di coordinamento non erano state recepite nei tempi previsti, purché essi fossero decorsi, oppure non lo erano state in maniera corretta – anche le loro norme chiare ed esaustive sono state giudicate direttamente applicabili nell’ordinamento dello Stato inadempiente e, di conseguenza, la Corte ha affermato che tali norme obbligano tanto i giudici nazionali quanto le amministrazioni pubbliche a disap-

⁹ Cfr. gli articoli 12-19 della direttiva 71/305/CEE e gli articoli 9-16 della direttiva 77/62/CEE.

¹⁰ Articoli 20-22 della direttiva 71/305/CEE ed articoli 17-19 della direttiva 77/62/CEE.

¹¹ Articoli 23-28 della direttiva 71/305/CEE ed articoli 20-24 della direttiva 77/62/CEE.

¹² Art. 29 della direttiva 71/305/CEE ed art. 25 della direttiva 77/62/CEE.

¹³ Così, testualmente, il 2° “considerando” della direttiva 77/62/CEE, nel cui 1° “considerando” si rileva che “le restrizioni alla libera circolazione delle merci imposte nel campo delle forniture pubbliche sono vietate dagli [allora] articolo 30 e seguenti” TCE, che, come è noto, sono divenuti, poi, l’attuale articolo 28 ss.

¹⁴ Cfr., ad es., il già citato 2° “considerando” della direttiva 77/62/CEE.

¹⁵ In tal senso cfr., ad es., il 2° “considerando” della direttiva 71/305/CEE.

¹⁶ Per quanto concerne la direttiva 71/305/CEE, questo è quanto si evince dai suoi “considerando” 1°, 3° e 9°; per la direttiva 77/62/CEE, oltre che dal più volte citato 2° “considerando”, l’orientamento indicato nel testo risulta anche dal 4° “considerando”. Per quanto concerne la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (*GUUE* L 134, 30 aprile 2004), questo è quanto si rileva dal 2° “considerando”.

¹⁷ Cfr., ad es., tra le tante rese dalla Corte di giustizia, le sentenze: del 17 dicembre 1970, causa 33/70, *SACE Spa, Raccolta*, p. 1213 ss., punti 15 e 18; del 4 dicembre 1974, causa 41/74, *van Duyn, ivi*, p. 1337 ss., punto 12; del 5 aprile 1979, causa 148/78, *Ratti, ivi*, p. 1629 ss., punto 23; del 19 gennaio 1982, causa 8/81, *Becker, ivi*, p. 53 ss., punto 25.

plicare le norme nazionali in conflitto con quelle contenute nella direttiva in questione¹⁸.

2. Successivamente, le citate direttive di coordinamento delle procedure nazionali sull'aggiudicazione degli appalti pubblici sono state più volte modificate¹⁹. Inoltre, più o meno contestualmente, la Comunità europea ne ha adottate ulteriori per coordinare sia le procedure di aggiudicazione di altri tipi di appalto²⁰, esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive menzionate in precedenza, sia le disposizioni che negli Stati membri disciplinavano le procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici²¹.

Questa ponderosa, ampia e, talora, frenetica attività normativa comunitaria ha inciso profondamente sulle legislazioni degli Stati membri nel nostro campo.

¹⁸ *Inter alia*, cfr. le sentenze della Corte di giustizia: del 10 febbraio 1982, causa 76/81, *Transporoute*, *Raccolta*, p. 417 ss., punti 15 e 17; *Gebroeders Beentjes*, cit., punto 39 ss.; del 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, *ivi*, p. 1839 ss., punti 32 e 33; del 18 giugno 1991, causa C-295/89, *Impresa Donà Alfonso*, *ivi*, p. I-2967 ss., punto 16 ss.

¹⁹ La direttiva 71/305/CEE è stata modificata dalle direttive: 78/669/CEE del Consiglio, del 2 agosto 1978 (*GUCE* L 225, 16 agosto 1978, p. 41 ss.); 89/440/CEE del Consiglio, del 18 luglio 1989 (*ivi* L 210, 21 luglio 1989, p. 1 ss.); 93/4/CEE del Consiglio, dell'8 febbraio 1993 (*ivi* L 38, 16 febbraio 1993, p. 31 ss.); 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993 (*ivi* L 199, 9 agosto 1993, p. 54 ss.); 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 ottobre 1997 (*ivi* L 328, 28 novembre 1997, p. 1 ss.); 2004/18/CE, cit., p. 114 ss.). Per parte sua, la direttiva 77/62/CEE è stata emendata dalle direttive: 80/767/CEE del Consiglio, del 22 luglio 1980 (*ivi* L 215, 18 agosto 1980, p. 1 ss.); 88/295/CEE del Consiglio, del 22 marzo 1988, (*ivi* L 127, 20 maggio 1988, p. 1 ss.); 93/36/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993 (*ivi* L 199, 9 agosto 1993, p. 1 ss.); 97/52/CE, cit.; 2004/18/CE, cit.

²⁰ Cfr. la direttiva 90/531/CEE del Consiglio, del 17 settembre 1990, concernente le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni (*GUCE* L 297, 29 ottobre 1990, p. 1 ss.), emendata: dalla 93/38/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993 (*ivi* L 199, 9 agosto 1993, p. 84 ss.), dalla 98/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 1998 (*ivi* L 101, 1° aprile 1998, p. 1 ss.) e dalla 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004 (*GUUE* L 134, 30 aprile 2004, p. 1 ss.). In materia di appalti pubblici di servizi il Consiglio, il 18 giugno 1992, ha adottato la direttiva 92/50/CEE, per coordinarne le procedure di aggiudicazione all'epoca vigenti negli Stati membri (*GUCE* L 209, 24 luglio 1992, p. 1 ss.), emendata, poi, dalle già citate direttive 97/52/CE e 2004/18/CE.

La normativa dettata dalle direttive menzionate nella nota precedente ed in questa, in qualche caso, è stata adottata in esecuzione di accordi internazionali rilevanti in materia di appalti pubblici. Questo è il caso, ad es., delle direttive 97/52/CE e 98/4/CE le cui adozioni sono state conseguenti all'entrata in vigore dell'Accordo di Marrakech del 15 aprile 1994.

²¹ In questo campo rilevano: la direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 (*GUCE* L 395, 30 dicembre 1989, p. 33 ss.), che, in origine, coordinava solo le disposizioni nazionali relative alle procedure di ricorso in materia di appalti pubblici di forniture e lavori e che – grazie all'art. 41 della direttiva 92/50/CEE –, poi, ha riguardato anche i ricorsi relativi agli appalti pubblici di servizi; la 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, concernente il coordinamento delle procedure nazionali di ricorso in materia di appalti pubblici facenti capo ad enti erogatori di acqua ed energia, agli enti che forniscono servizi di trasporto ed a quelli operanti nel settore delle telecomunicazioni (*ivi* L 76, 23 marzo 1992, p. 14 ss.). Tali direttive sono state emendate da Parlamento europeo e Consiglio con la direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 (*ivi* L 335, 20 dicembre 2007, p. 31 ss.).

Infatti, il quadro regolatore della Comunità sovente ha investito aspetti che in precedenza erano stati lasciati alla competenza statale oppure – quando ha riguardato argomenti già disciplinati dalle prime direttive – ha dettato norme più articolate e minuziose che spesso hanno posto obblighi nuovi e più stringenti a carico delle amministrazioni aggiudicatrici.

Così, ad esempio, già con la direttiva 89/440/CEE veniva ampliata la sfera di efficacia della procedura coordinata di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Infatti, essa fu estesa anche alle “concessioni di lavori pubblici” – cioè ai contratti analoghi a quelli stipulati per appaltare lavori pubblici, ma caratterizzati dalla peculiarità che la “controprestazione di lavori consiste unicamente nel gestire l’opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo”. Contestualmente, la direttiva 89/440/CEE stabiliva che nella nozione comunitaria di “appalti di lavori pubblici” rientrassero pure i contratti a titolo oneroso, conclusi tra un imprenditore ed un’amministrazione aggiudicatrice, aventi per oggetto congiuntamente la progettazione e l’esecuzione dell’opera da realizzare.

Ancora, a titolo esemplificativo, sempre la direttiva 89/440/CEE ampliava anche la nozione comunitaria di “amministrazione aggiudicatrice” – non più limitata allo Stato, agli enti territoriali ed alle persone giuridiche di diritto pubblico menzionate nell’Allegato I della direttiva 71/305/CEE – sì da comprendervi tanto gli “organismi di diritto pubblico”²² quanto le associazioni costituite da enti pubblici territoriali e da “organismi di diritto pubblico”. Di questi ultimi, come era ovvio che fosse, il Consiglio ha stabilito i requisiti necessari perché un ente sia così qualificabile²³. Delle norme concernenti tali requisiti la Corte di giustizia ha fornito un’importante interpretazione che, tendenzialmente, ha

²² Il Consiglio, per i settori tradizionali, ha previsto l’istituto in questione anche nelle direttive: 92/50/CEE (art. 1, lett. b) per gli appalti pubblici di servizi; 93/36/CEE (art. 1, lett. b) per gli appalti pubblici di forniture; 93/37/CEE (art. 1, lett. b), relativa ai lavori; 2004/18/CE (art. 1, par. 9) che concerne tutti e tre i suddetti tipi di appalto.

Per gli appalti pubblici nei settori speciali, l’istituto è stato ripreso, nei medesimi termini, solo dall’art. 2, par. 1, lett. a), della direttiva 2004/17/CE che – alla successiva lett. b) dello stesso art. 2, par. 1 – contempla tra gli “enti aggiudicatori” anche le “imprese pubbliche”. In precedenza, nella direttiva 93/38/CEE l’art. 1, punto 1, annoverava tra le “autorità pubbliche” ogni “ente di diritto pubblico” che avesse posseduto i requisiti richiesti, nelle altre direttive, per la qualifica di “organismo di diritto pubblico”. La medesima direttiva 93/38/CEE, all’art. 2 – per il combinato disposto dei suoi paragrafi 1, lett. b), e 3 –, stabiliva altresì l’applicazione delle regole di coordinamento agli enti che, pur non essendo autorità pubbliche né imprese pubbliche, esercitassero una o più delle attività contemplate nella direttiva operando in virtù di diritti speciali o esclusivi. Quest’ultima previsione normativa si rinviene ora nel combinato disposto dei paragrafi 2, lett. b), e 3, dell’art. 2 della direttiva 2004/17/CE.

²³ Secondo le norme che lo menzionano, è qualificabile come “organismo di diritto pubblico” l’ente in possesso dei seguenti requisiti: essere stato istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; essere dotato di personalità giuridica; essere sottoposto al controllo di un’“amministrazione aggiudicatrice” ai sensi del diritto comunitario. Secondo le norme che disciplinano l’istituto, poi, il predetto terzo requisito si presume allorché un’“amministrazione aggiudicatrice”, alternativamente, finanzia in modo maggioritario l’attività dell’ente *de quo*, ne controlli la gestione, nomina più della metà dei membri che compongono l’organo di amministrazione, di direzione o di vigilanza.

ampliato la nozione di “organismo di diritto pubblico”²⁴ e, di conseguenza, anche il novero dei soggetti obbligati al rispetto delle disposizioni dettate dalle direttive di coordinamento delle legislazioni nazionali.

Procede nella direzione indicata or ora anche quanto è stato stabilito dal Consiglio a partire dalla direttiva 89/440/CEE: la procedura coordinata di aggiudicazione deve applicarsi anche quando ad appaltare i lavori sono enti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, se una di queste ne sovvenziona l'esecuzione in misura superiore al 50% del suo costo²⁵. A ben vedere, si colloca nella prospettiva vista dianzi pure quanto affermato dalla Corte di giustizia interpretando l'art. 1, lett. a), della direttiva 93/37/CEE nel caso relativo all'*Ordine degli architetti delle Province di Milano e Lodi*²⁶. Nell'occasione, la Corte ha sostenuto che, per assicurare l'effetto utile della predetta norma, bisogna interpretarla

²⁴ La Corte di giustizia ha affermato che – per qualificare un ente come organismo di diritto pubblico – è necessario che l'ente in questione soddisfi, cumulativamente, i requisiti stabiliti dalla normativa comunitaria, cioè essere dotato di personalità giuridica, essere stato istituito per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale, essere controllato da un'“amministrazione aggiudicatrice” (sentenza del 15 gennaio 1998, causa C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau, Raccolta*, p. I-73 ss., punto 21).

Atteso che la nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico deve essere, ad un tempo, autonoma da quella prevista negli ordinamenti nazionali, uniforme nell'intera Comunità (sentenza del 27 febbraio 2003, causa C-373/00, *Truley, ivi*, p. I-1931 ss., punto 36) e funzionale all'eliminazione degli ostacoli alle liberalizzazioni previste dal Trattato (sentenze: del 3 ottobre 2000, causa C-380/98, *The University of Cambridge, ivi*, p. I-8035 ss., punto 16; del 1° febbraio 2001, causa C-237/99, *Commissione c. Francia, ivi*, p. I-939 ss., punto 43), la Corte, in più di un'occasione, ne ha precisato profili di particolare rilievo. Difatti, essa ha affermato che non escludono dalla qualificazione in questione le circostanze: che l'ente sia stato investito del compito di soddisfare bisogni di interesse generale solo successivamente alla sua istituzione (sentenza del 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale Bau AG, ivi*, p. I-11617 ss., punto 63); che il medesimo ente – oltre a soddisfare bisogni di interesse generale – svolga pure attività di tutt'altra natura (sentenza *Mannesmann Anlagenbau*, cit., punto 25); che gli stessi bisogni siano o possano essere soddisfatti anche da imprese private (sentenza del 10 maggio 2001, cause riunite C-223 e 260/99, *Agorà, ivi*, p. I-3605 ss., punto 38). A quest'ultimo riguardo, la Corte ha pure precisato che la mancanza di concorrenza non costituisce una condizione necessaria ai fini della qualificazione dell'ente (sentenza del 10 novembre 1998, causa C-360/96, *Gemeente Arnhem, ivi*, p. I-6821 ss., punto 47); così come, d'altro canto, l'esistenza di una concorrenza nel ramo di attività rilevante nel caso di specie può costituire solo “un indizio a sostegno del fatto che non si tratta di un bisogno di interesse generale avente carattere non industriale o commerciale” (sentenza *Agorà*, cit., punti 38 e 42). Se, tuttavia, nella fattispecie concreta accade pure che l'ente *de quo* ha una gestione che “si fonda su criteri di rendimento, di efficacia e redditività” (*ibidem*, punto 43, secondo tratto), la conseguenza da trarne è che non si è in presenza di un “organismo di diritto pubblico”. La Corte ha pure precisato che gli enti televisivi pubblici, i cui introiti sono costituiti da canoni fissati *ex lege*, invece, sono organismi di diritto pubblico, ai sensi delle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE, in quanto essi sono finanziati maggioritariamente con risorse di origine pubblica (sentenza del 13 dicembre 2007, causa C-337/06, *Bayerischer Rundfunk, ivi*, p. I-11173 ss., punto 33).

²⁵ Tale previsione, ripresa alla lettera nell'art. 2, 1° comma, della direttiva 93/37/CEE, era stata riprodotta in termini analoghi, per gli appalti pubblici di servizi, dall'art. 3, par. 3, della direttiva 92/50/CEE. L'art. 8 della direttiva 2004/18/CE ha sostanzialmente confermato la regola in questione, sia con riferimento agli appalti di lavori sia per gli appalti di servizi.

²⁶ Cfr. la sentenza del 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Raccolta*, p. I-5409 ss., punto 97.

nel senso di prevedere l'applicazione della direttiva anche quando soggetti privati devono farsi carico dell'onere di realizzare con proprie risorse opere destinate ad una amministrazione aggiudicatrice, se il loro valore è da scomputare sull'ammontare dei contributi di urbanizzazione da essi dovuti alla medesima amministrazione.

Non meno incisivo è stato il successivo coordinamento delle normative nazionali pure per altri fondamentali profili della procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Così, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, già la più volte menzionata direttiva 89/440/CEE – oltre a definire più analiticamente le procedure “aperte” e “ristrette” soltanto menzionate dalla direttiva 71/305/CEE – prevedeva e regolava in modo puntuale pure le “procedure negoziate”, definite eccezionali e, quindi, adottabili solo nei casi tassativamente indicati dalla medesima direttiva 89/440/CEE²⁷. Una disciplina, questa, che è stata poi ripresa dalle direttive concernenti gli altri settori tradizionali e che non è stata modificata dalla 93/37/CEE²⁸. Al riguardo, la normativa di coordinamento per gli appalti nei settori tradizionali ha previsto che il ricorso alla procedura negoziata avvenga con due modalità diverse a seconda delle ipotesi considerate. Nello specifico, tali direttive, con riferimento a situazioni differenti e ben determinate, prevedono che il ricorso alla predetta procedura negoziata abbia luogo a seguito di una preventiva pubblicazione del ricorso ad essa²⁹ oppure che all'aggiudicazione con la medesima procedura si pervenga senza averla previamente pubblicizzata³⁰.

²⁷ Cfr., in questo senso, il 16° “considerando” della direttiva in questione. In giurisprudenza v., ad es., la sentenza del 17 settembre 1998, causa C-323/96, *Commissione c. Belgio*, *Raccolta*, p. I-5063 ss., punti 34 e 44, secondo tratto.

²⁸ Ben diversamente dispone al riguardo la disciplina coordinata sugli appalti nei settori speciali. Difatti, l'art. 20, par. 2, della 93/38/CEE e l'art. 40, par. 2, della 2004/17/CE, pur disciplinando anch'essi i casi in cui si può ricorrere alla procedura negoziata di aggiudicazione degli appalti, ne prevedono una sola modalità di attuazione per la quale non è richiesta mai la preventiva pubblicazione di un bando di gara.

²⁹ Tutte le direttive concernenti i settori tradizionali prevedono tale modalità di effettuazione della procedura negoziata qualora in un precedente appalto, bandito con procedura aperta o ristretta, le offerte fossero risultate irregolari o inaccettabili ai sensi delle disposizioni nazionali compatibili con la normativa comunitaria (cfr. articoli: 11, par. 2, lett. a), della 92/50/CEE; 6, par. 2, della 93/36/CEE; 7, par. 2, lett. a), della 93/37/CEE; 30, par. 1, lett. a), della 2004/18/CE). Alcune delle predette direttive, poi, prevedono l'adozione della medesima modalità anche in altri casi nei quali: la natura o gli imprevisti in sede di esecuzione dell'appalto non consentano una fissazione preliminare e globale del prezzo (articoli: 11, par. 2, lett. b), della 92/50/CEE, ipotesi con la quale presenta una qualche analogia quella contemplata dalla successiva lett. c) della stessa disposizione; 7, par. 2, lett. c), della 93/37/CEE; 30, par. 1, lett. b), della 2004/18/CE); un esclusivo scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto di un prototipo – e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca o di sviluppo – sono alla base dell'espletamento dell'appalto (articoli: 7, par. 2, lett. b), della 93/37/CEE; 30, par. 1, lett. d), della 2004/18/CE).

³⁰ Non tutte le direttive cui si fa riferimento nel testo contengono i medesimi casi in cui la procedura negoziata può essere esperita senza la pubblicazione preventiva del bando di gara. Fra i casi comuni a tutte i predetti atti si devono ricordare: la mancanza di offerte appropriate a conclusione di un appalto precedentemente bandito con procedura aperta o ristretta (cfr. articoli: 11,

Come si è accennato in precedenza, ha una ben precisa spiegazione la cura con cui la Comunità ha definito e disciplinato le ipotesi in cui è legittimo il ricorso alla procedura negoziata per l'aggiudicazione degli appalti pubblici. Infatti, per tutte le direttive di coordinamento, la sua utilizzazione è consentita solo nei casi ivi indicati³¹; in tutte le altre ipotesi – se non sussistono le ragioni che la permettono – all'aggiudicazione si deve pervenire solo con la procedura aperta oppure con quella ristretta³².

Pure in tema di specifiche tecniche, sempre a titolo esemplificativo, a partire dalla direttiva 89/440/CEE le norme di coordinamento non si sono limitate più

par. 3, lett. a), della 92/50/CEE; 6, par. 3, lett. a), della 93/36/CEE; 7, par. 3, lett. a), della 93/37/CEE; 31, punto 1, lett. a), della 2004/18/CE); l'esistenza di motivi di natura tecnica o artistica oppure di ragioni attinenti alla tutela dei diritti esclusivi che comportano la necessità di affidare l'appalto unicamente ad un particolare offerente (articoli: 11, par. 3, lett. b), e, per una analogia con la prima ipotesi, anche lett. c), della 92/50/CEE; 6, par. 3, lett. c), della 93/36/CEE; 7, par. 3, lett. b), della 93/37/CEE; 31, punto 1, lett. b), della 2004/18/CE); l'urgenza di aggiudicare l'appalto che rende impossibile rispettare i tempi, pure quelli abbreviati, prescritti per la procedura aperta o ristretta (articoli: 11, par. 3, lett. d), della 92/50/CEE; 6, par. 3, lett. d), della 93/36/CEE; 7, par. 3, lett. c), della 93/37/CEE; 31, punto 1, lett. c), della 2004/18/CE). Un altro caso di legittimo ricorso alla procedura negoziata, senza preventiva pubblicazione del bando di gara, è quello che si verifica quando i servizi, le forniture o i lavori da appaltare sono complementari di quelli regolarmente appaltati in precedenza oppure ripetitivi di questi ultimi (cfr. 11, par. 3, lettere e) ed f), della 92/50/CEE; 6, par. 3, lett. e), della 93/36/CEE; 7, par. 3, lett. d), della 93/37/CEE; 31, punti 2, lett. b), 3, lett. a) e b), della 2004/18/CE), purché sussistano i presupposti all'uopo previsti dalle norme in questione.

³¹ È di grande rilievo quanto detto dal giudice comunitario al riguardo. Infatti, la Corte ha affermato che il ricorso alla procedura negoziata è consentito dal diritto comunitario solo quando, nella fattispecie concreta, sussistono i presupposti che lo legittimano (sentenze: del 18 marzo 1992, causa C-24/91, *Commissione c. Spagna, Raccolta*, p. I-1989 ss., punti 13 e 14; del 17 novembre 1993, causa C-71/92, *Commissione c. Spagna, ivi*, p. I-5923 ss., punto 10; del 28 marzo 1996, causa C-318/94, *Commissione c. Germania, ivi*, p. I-1949, punto 14, nella quale – al punto 13 – si legge pure che le disposizioni normative, le quali autorizzano deroghe alla disciplina generale sull'aggiudicazione degli appalti, devono essere interpretate restrittivamente). La stessa Corte, inoltre, precedentemente aveva altresì statuito che incombe a chi invoca la deroga nel caso di specie dimostrare sia che sussistono i presupposti previsti perché valga la deroga medesima sia l'esistenza di un nesso di causalità tra le circostanze eccezionali addotte e l'evento che dovrebbe giustificare la non applicazione della regola generale (sentenza del 18 maggio 1995, causa C-57/94, *Commissione c. Italia, ivi*, p. I-1249 ss., punto 23).

Per concludere questa carrellata sulla normativa concernente i soli settori tradizionali, occorre dire che ulteriori ipotesi di legittimo ricorso alla procedura negoziata, senza la preventiva pubblicazione di un bando di gara, sono previsti nei vari atti normativi in funzione della specificità del tipo di appalto di cui si occupano. Questa caratteristica è particolarmente percepibile nelle direttive concernenti gli appalti per i settori speciali, dove, appunto, per la loro peculiarità la relativa disciplina si discosta non poco da quella stabilita per i settori tradizionali.

³² Così gli articoli: 11, par. 4, della 92/50/CEE; 6, par. 4, della 93/36/CEE; 7, par. 4, della 93/37/CEE; 28, 2° comma, della 2004/18/CE.

Anche le direttive concernenti gli appalti nei settori speciali – sia pure ricorrendo ad una formula diversa da quella che si rinviene in quelle or ora menzionate – in buona sostanza hanno previsto che gli appalti in questione devono essere aggiudicati con una gara che abbia rispettato le regole di attribuzione dettate dalle direttive medesime, con esclusione degli appalti che esse stesse esentano dall'obbligo di osservarle (articoli: 20, par. 1, della 93/38/CEE; 40, par. 2, della 2004/17/CE).

a vietare in linea di principio che le relative prescrizioni producano discriminazioni, favorendo o eliminando dalla gara d'appalto imprese appartenenti ad altri Stati membri. La sua normativa – oltre a prevedere in maniera ben precisa quando è consentito derogare alle regole generali all'uopo stabilite – ha imposto alle amministrazioni aggiudicatrici anche l'obbligo di pubblicizzare i motivi in base ai quali esse eventualmente hanno derogato alle predette regole³³.

Le norme comuni di pubblicità – aspetto considerato, a giusto titolo, essenziale per evitare discriminazioni in sede di aggiudicazione di appalti pubblici³⁴ – sono state sensibilmente modificate dal nuovo coordinamento delle procedure nazionali. Sempre a partire dalla direttiva 89/440/CEE – oltre ad una disciplina più analitica della pubblicizzazione del bando di gara, in particolare relativamente ai suoi contenuti ed ai diversi termini di scadenza per la presentazione delle offerte – sono stati introdotti altresì la pre-informazione – in virtù della quale le amministrazioni aggiudicatrici fanno conoscere in anticipo agli imprenditori potenzialmente interessati i loro programmi in tema di appalti pubblici di lavori – e l'obbligo, per le stazioni appaltanti, di pubblicizzare dettagliatamente l'esito di ogni procedura di aggiudicazione³⁵.

Inoltre, sempre a titolo esemplificativo, non si può omettere di ricordare che i successivi coordinamenti delle relative procedure nazionali di aggiudicazione, disposti dalle direttive 89/440/CEE, 93/37/CEE e 2004/18/CE, hanno progressivamente disciplinato in maniera più analitica le modalità di presentazione e valutazione delle offerte, i criteri da seguirsi nella loro valutazione qualitativa e quelli da applicare per l'aggiudicazione degli appalti³⁶.

Come si può agevolmente intuire – nei settori tradizionali, ad esempio – oggi è la direttiva 2004/18/CE quella che ha adottato la disciplina più estesa ed articolata e, per tanti aspetti, anche più innovativa. Quest'ultima sua caratteristica, natu-

³³ Cfr. il nuovo testo dell'art. 10 della direttiva 71/305/CEE nella versione introdotta dalla 89/440/CEE, sostanzialmente ripreso dall'art. 10 della 93/37/CEE e dall'art. 23 della 2004/18/CE.

³⁴ Cfr., ad es., la sentenza del 18 novembre 1999, causa C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S*, *Raccolta*, p. I-8291 ss., punto 31, in cui la Corte afferma che “un obbligo di trasparenza” è implicito nel principio di non discriminazione perché il primo consente di accertare il rispetto del secondo. Va sottolineato che la Corte ha pure affermato che una qualche forma di pubblicità va osservata anche quando non siano applicabili nella fattispecie concreta le norme coordinate all'uopo dettate dalle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. *Inter alia*, cfr. le sentenze: del 25 aprile 1996, causa C-87/94, *Commissione c. Belgio (Bus Wallons)*, *ivi*, p. I-2043 ss., punto 54; del 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospitale Ingenieure*, *ivi*, p. I-5553 ss., punto 47; *Makedonico Metro*, *cit.*, punto 69; del 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, *ivi*, p. I-7287 ss., punto 18; del 14 giugno 2007, causa C-6/05, *Medipac-Kazantzidis AE*, *ivi*, p. I-4557 ss., punto 33.

³⁵ Cfr. il testo degli articoli: 12-15 *ter* e 19 della direttiva 71/305/CEE nelle versioni dettate dalla 89/440/CEE. A questo profilo della procedura di aggiudicazione di tutti gli appalti pubblici – non solo di quelli concernenti i lavori, quindi – la Comunità ha prestatato particolare attenzione in tutte le diverse direttive che essa ha adottato successivamente a quelle, per così dire, di prima generazione.

³⁶ Cfr. il testo degli articoli: 20-22 bis; 24-29 *ter* della direttiva 71/305/CEE nelle versioni dettate dalla 89/440/CEE, la cui normativa è stata ulteriormente precisata dalla 93/37/CEE e, naturalmente, dalla 2004/18/CE.

ralmente, non le deriva tanto dall'aver ricondotto, per quanto possibile, ad unità le discipline precedentemente distinte in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi. Piuttosto, tale sua qualità discende dalle numerose e spesso incisive modifiche apportate dalla direttiva pure con i nuovi istituti che ha introdotto: la "centrale di committenza"³⁷, il "dialogo competitivo"³⁸, l'"accordo-quadro"³⁹, i "sistemi dinamici di acquisizione"⁴⁰, le "aste elettroniche"⁴¹.

3. La Comunità non si è limitata a stabilire con cura l'oggetto delle norme materiali di coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici, ma con identico impegno ha individuato e delimitato altresì quando – pur essendo in presenza di un contratto fra un offerente ed una amministrazione aggiudicatrice – si può legittimamente non applicare quanto prescritto dalla normativa materiale coordinata. D'altronde, se non avesse prestato la medesima attenzione anche a questo profilo della disciplina che adottava, essa avrebbe corso un serio rischio di vedere vanificati, almeno in parte, gli effetti del coordinamento delle legislazioni nazionali che andava via via definendo. Infatti, – in assenza di disposizioni coordinatrici delle leggi nazionali anche su questo specifico aspetto – in ogni Stato membro si sarebbe potuto supporre, se non altro, che in materia rilevassero solo le disposizioni nazionali non coordinate, quantunque unicamente nella misura in cui queste fossero state compatibili con i principi stabiliti nel TCE⁴².

Pure per la individuazione e la delimitazione delle ipotesi di non applicabilità delle norme materiali coordinatrici delle procedure di aggiudicazione degli appalti

³⁷ Articoli 1, par. 10, e 11.

³⁸ Articoli 1, par. 11, lett. c), e 29.

³⁹ Articoli 1, par. 5, e 32. Prima dell'adozione della direttiva *de qua*, l'accordo-quadro era stato previsto solo dalla 93/38/CEE, con riferimento agli appalti pubblici nei settori speciali. Tuttavia, va pure detto che la Corte di giustizia, implicitamente, aveva ritenuto che l'istituto in questione potesse trovare applicazione anche per gli appalti pubblici di forniture nei settori tradizionali (sentenza del 4 maggio 1995, causa C-79/94, *Commissione c. Grecia*, *Raccolta*, p. I-1071 ss., punto 15).

⁴⁰ Articoli 1, par. 6, e 33.

⁴¹ Articoli 1, par. 7, e 54.

⁴² Come è noto, su un piano più generale, una cospicua ed univoca giurisprudenza della Corte di giustizia da tempo ha precisato in modo chiaro e fermo che solo in assenza di discipline comuni gli Stati membri possono adottare o mantenere norme proprie che siano d'intralcio al funzionamento dei diversi istituti riconducibili al mercato comune (cfr., *inter alia*, le sentenze: del 28 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe Zentrale (Cassis de Dijon)*, *Raccolta*, p. 649 ss., punto 8; del 3 ottobre 1985, causa 28/84, *Commissione c. Germania*, *ivi*, p. 3097 ss., punto 25; dell'11 maggio 1999, causa C-350/97, *Monses*, *ivi*, p. I-2921 ss., punto 24; del 21 settembre 1999, causa C-378/97, *Wijzenbeech*, *ivi*, p. I-6207 ss., punto 41 ss.; del 5 aprile 2001, causa C-123/00, *Bellamy*, *ivi*, p. I-2795 ss., punto 18; del 22 gennaio 2002, causa C-31/00, *Dreessen*, *ivi*, p. I-663 ss., punto 25 s.). Sempre su un piano generale, la medesima giurisprudenza, comunque, ha altresì chiarito che tali ostacoli possono essere ritenuti compatibili con il diritto comunitario solo per soddisfare esigenze imperative del singolo Stato membro. Quanto si evince dalla predetta giurisprudenza, naturalmente, rileva anche in materia di appalti pubblici, atteso che questi ricadono in alcuni degli istituti costituenti il mercato interno.

pubblici, la Comunità ha dettato specifiche disposizioni nelle varie direttive adottate nel corso degli anni. Dal loro esame si desume che, mentre vi sono talune eccezioni all'applicazione delle norme di coordinamento che figurano in tutte le direttive in questione, altre ipotesi, invece, compaiono solo in qualcuna di esse.

In tutti gli atti di coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione si rinvencono disposizioni che prevedono la deroga per gli appalti: dichiarati segreti o la cui esecuzione deve essere accompagnata da misure particolari imposte dalla tutela di interessi essenziali di sicurezza dello Stato membro⁴³; da aggiudicarsi secondo regole previste da accordi internazionali oppure seguendo una procedura stabilita da un'organizzazione internazionale⁴⁴.

Del pari, in ogni direttiva si trova una disposizione la quale esclude la sua applicazione all'aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla "soglia" che in essa è indicata⁴⁵.

⁴³ Questa ipotesi, già prevista dalle direttive di coordinamento della prima generazione, per così dire, è stata confermata successivamente. Con riferimento alle direttive adottate in un secondo momento, cfr. articoli: 4, par. 2, della 92/50/CEE; 2, par. 1, lett. b), 3 e 5, par. 1, lett. a), della 93/36/CEE; 4, par. 2, della 93/37/CEE; 10 e 14 della 2004/18/CE. Analoga previsione si rinviene pure nell'art. 10 della 93/38/CEE e nell'art. 21 della 2004/17/CE. Le succitate disposizioni sono applicative, nella specifica materia, della norma – l'art. 296 TCE – che limita la generale applicabilità delle prescrizioni del Trattato e, quindi, anche di quelle di cui le direttive in tema di appalti intendono agevolare e garantire l'applicazione. Tuttavia, secondo l'insegnamento della Corte (cfr. le sentenze: del 15 maggio 1986, causa 222/84, *Johnston*, *Raccolta*, p. 1651 ss., punto 26; dell'8 aprile 2008, causa C-337/05, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-2173 ss., punto 47 ss.; del 2 ottobre 2008, causa C-157/06, *Commissione c. Italia*, inedita, punto 25 ss.), anche la citata disposizione derogatoria dovrebbe essere interpretata in modo restrittivo. Sul punto si veda anche la comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione dell'art. 296 TCE agli appalti pubblici della difesa – COM(2006)779 def., del 7 dicembre 2006 –, cui ha fatto seguito una proposta di direttiva per il coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione di taluni appalti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori della difesa e della sicurezza – COM(2007)766 def., 2007/0280 (COD), del 5 dicembre 2007.

⁴⁴ Per questa ipotesi, già prevista dalle prime direttive adottate dal Consiglio, cfr. articoli: 5 della 92/50/CEE; 4 della 93/36/CEE; 5 della 93/37/CEE; 15 della 2004/18/CE. Cfr., altresì, articoli: 12 della 93/38/CEE e 22 della 2004/17/CE.

⁴⁵ Cfr. articoli: 7, par. 1, della 71/305/CEE; 5, par. 1, della 77/62/CEE, emendato dall'art. 6 della 88/295/CEE; 1, par. 2, della 89/440/CEE, che inseriva nella 71/305/CEE un nuovo art. 1 *ter*, i cui paragrafi 1 e 4 fissavano una nuova "soglia"; 7, par. 1, della 92/50/CEE; 5, par. 1, lett. a), primo tratto, e lett. b), della 93/36/CEE; 3, par. 1, e 6, par. 1, della 93/37/CEE; 14, par. 1, della 93/38/CEE; 16 della 2004/17/CE; 17 della 2004/18/CE.

Occorre aggiungere che, naturalmente, le stesse direttive fissavano pure i criteri in base ai quali andava determinato il valore del singolo appalto e, di conseguenza, l'applicabilità o meno ad esso delle norme di coordinamento. Le direttive meno remote, avendo riguardo alla medesima funzione assoluta dai predetti criteri, precisano altresì il modo con il quale qualificare i contratti misti, consentendo così di determinare la natura del singolo appalto e, quindi, la direttiva e la soglia rilevanti nel caso di specie.

Infine, va sottolineato che i preamboli della maggior parte delle direttive fin qui adottate dalla Comunità si limitano solo ad anticipare, per così dire, la soglia indicata, poi, nelle rispettive parti dispositive. Soltanto in due casi nel preambolo si rinviene una motivazione per l'inapplicabilità delle norme materiali di coordinamento agli appalti di valore inferiore alla soglia fissata nelle direttive in questione: il 10° "considerando" della direttiva 77/62/CEE, individua tale motivo nella

Avendo riguardo agli appalti pubblici nei settori tradizionali, le direttive di coordinamento – da quelle più risalenti nel tempo a quella ora in vigore – hanno escluso, sempre, dal proprio ambito di applicazione gli appalti aggiudicati dagli enti erogatori di acqua e di energia, dagli enti che forniscono servizi di trasporto nonché dagli enti operanti nel settore delle telecomunicazioni⁴⁶. Un'esclusione, questa, determinata – secondo la motivazione che si rinviene nella maggior parte di tali direttive⁴⁷ – dalla eterogeneità dello *status* dei predetti enti nei vari Stati membri, circostanza che, dapprima, aveva indotto la Comunità ad escludere che i relativi appalti fossero regolati dalle norme generali che essa adottava e, poi, a varare una disciplina *ad hoc* al riguardo⁴⁸.

Per i soli appalti pubblici di servizi, tanto la disciplina generale quanto quella speciale prevedono che la normativa coordinata non si applichi loro se essi sono aggiudicati da un'"amministrazione aggiudicatrice" "a un'altra amministrazione aggiudicatrice" titolare di un "diritto esclusivo" di cui beneficia "in virtù di disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative pubblicate, purché tali dispo-

"(...) limitata importanza sul piano concorrenziale" degli appalti sotto soglia; il 19° "considerando" della 92/50/CEE, invece, motiva la scelta normativa con l'"intento di evitare formalità superflue". Le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – rispettivamente nei "considerando" 9° e 2° – finiscono per essere redatte, sotto questo profilo, in maniera meno discutibile: dopo aver ricordato che tutti gli appalti pubblici devono essere aggiudicati nel rispetto dei principi del TCE all'uopo rilevanti, precisano che solo per gli appalti di valore pari o superiore alle soglie da esse indicate è utile applicare anche le norme di coordinamento delle legislazioni nazionali in modo che sia più garantita l'efficacia dei predetti principi ed "assicura[ta] l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza".

⁴⁶ Questo è quanto prevedevano già l'art. 3, paragrafi 4 e 5, della 71/305/CEE e l'art. 2, par. 2, della 77/62/CEE. Successivamente, tale posizione è stata sempre ribadita. Cfr.: art. 2, par. 1, lett. a), della 93/36/CEE; art. 4, lett. a), della 93/37/CEE; art. 1, lett. a), ii) della 92/50/CEE; articoli 12 e 13 della 2004/18/CE.

⁴⁷ Cfr.: i "considerando" 4°, 5° e 6° della 71/305/CEE; i "considerando" 5°, 6°, 7° ed 8° della 77/62/CEE; i "considerando" 4°, 5°, 6° e 7° della 92/50/CEE; il 9° "considerando" della 93/36/CEE; il 4° "considerando" della 93/37/CEE. Nella 2004/18/CE, i "considerando" 20° e 21° si limitano, invece, a ribadire l'inapplicabilità della sua disciplina a tali appalti senza motivarla.

⁴⁸ Cfr. le direttive: 90/531/CEE; 93/38/CEE; 2004/17/CE. Nei relativi preamboli si rinviengono le motivazioni che hanno indotto la Comunità ad adottare una regolamentazione speciale per gli appalti aggiudicati dagli enti in questione. Con riferimento alla 2004/17/CE, va rimarcato che essa non è applicabile agli appalti aggiudicati dai vettori aerei che forniscono servizio di trasporto al pubblico, dalle imprese operanti nei trasporti marittimi comunitari (4° "considerando"), per taluni appalti di enti aggiudicatori che operano nel settore delle telecomunicazioni (5° e 8° "considerando"), nonché agli appalti aggiudicati dagli enti che forniscono un servizio di autotrasporto pubblico mediante autobus (art. 5, par. 2), mentre è applicabile agli appalti degli enti che forniscono servizi postali (art. 6), beninteso se si verificano le condizioni ivi previste.

Va tenuto presente, comunque, che devono essere aggiudicati in conformità della direttiva 2004/17/CE unicamente gli appalti, banditi dagli enti operanti nei settori speciali, strettamente funzionali all'esercizio nella Comunità delle attività indicate negli articoli 3-7 della medesima direttiva. Per ogni altro genere di appalto, invece, gli stessi enti dovranno osservare la direttiva 2004/18/CE. Cfr., in tal senso, gli articoli 12, 1° comma, di quest'ultima direttiva e 20, par. 1, della 2004/17/CE, così come sono stati interpretati dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 aprile 2008, causa C-393/06, *Ing. Aigner, Raccolta*, p. I-2339 ss., punto 26 ss.

sizioni siano compatibili con il Trattato⁴⁹. La Corte di giustizia, chiamata ad interpretare tale norma⁵⁰, ha ritenuto che le questioni rilevanti per la soluzione della causa principale fossero altre e solo su queste ha soffermato la propria attenzione, fornendo indicazioni di sicuro rilievo. In particolare, essa ha reputato che nel caso di specie si dovesse interpretare un'altra disposizione della medesima direttiva per mettere ben a fuoco un importante requisito che un ente deve possedere per essere qualificabile come “organismo di diritto pubblico” e, quindi, come “amministrazione aggiudicatrice” in base alla normativa di coordinamento⁵¹.

Al fine anzidetto la Corte ha precisato che occorre distinguere tra i requisiti richiesti per qualificare un ente come “amministrazione aggiudicatrice” ed i presupposti necessari perché, ai sensi della norma di cui si discorre, si possa procedere all'affidamento diretto. Pertanto: mentre unicamente ai fini della qualificazione rileva che l'ente soddisfi bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale; invece, è solo ai fini dell'affidamento diretto dell'appalto che è richiesta, per l'aggiudicatario, la titolarità di un suo diritto esclusivo fondato su norme legislative regolamentari o amministrative dello Stato che lo ha attribuito⁵². Quanto all'ulteriore condizione, richiesta ai medesimi fini, per cui occorre che le predette disposizioni nazionali siano compatibili con il TCE, la Corte si è limitata ad affermare che la loro compatibilità va determinata facendo riferimento a quanto prescritto dall'art. 86 (allora art. 90) TCE⁵³.

⁴⁹ Questa previsione comparve, per la prima volta, nella direttiva 92/50/CEE, all'art. 6, e fu ripresa nell'art. 11 della 93/38/CEE, che, peraltro, operò un esplicito rinvio alla prima norma. Gli articoli 18 della 2004/18/CE e 25 della 2004/17/CE riproducono il testo normativo previsto dalle direttive menzionate prima con una medesima variante: può essere aggiudicataria dell'appalto anche una associazione di amministrazioni aggiudicatrici. L'8° “considerando” della 92/50/CEE ed il 24° “considerando” della 93/38/CEE spiegavano che: le norme delle due direttive si sarebbero applicate solo se la prestazione del servizio si fosse fondata su un contratto di appalto; se, invece, tale prestazione avesse avuto un'altra base giuridica – quali leggi, regolamenti, disposizioni amministrative o contratti di lavoro – la prestazione medesima doveva ritenersi esclusa dal campo di applicazione delle direttive in questione. Sempre in materia di appalti pubblici di servizi, va precisato che le norme della 2004/18/CE non si applicano: alle concessioni di servizi, cioè a quei contratti il cui corrispettivo dei servizi resi consiste, *in toto* o parzialmente, nel diritto di gestire i servizi medesimi (art. 17); agli appalti pubblici di servizi indicati nell'art. 16 della medesima direttiva.

⁵⁰ Cfr. la sentenza *Geemeente Arnhem*, cit.

⁵¹ In particolare, nel caso di specie, – anche perché l'argomento costituiva l'oggetto della prima questione pregiudiziale postale (punti 23 e 32 ss. della sentenza) – la Corte si è soffermata non poco sul primo requisito previsto tra quelli da soddisfare perché un ente sia qualificabile come organismo di diritto pubblico: l'essere stato tale ente istituito “per soddisfare specificamente bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale e commerciale”. Come è noto, a questo riguardo, la Corte ha affermato che dalla normativa rilevante – nella circostanza, l'art. 1, lett. b), 2° comma, della 92/50/CEE – non si evince affatto che tutti i bisogni di interesse generale rivestono carattere non industriale o commerciale (punto 35 della sentenza). Piuttosto, a suo avviso, la predetta normativa – tra tutti i bisogni di interesse generale – avrebbe distinto quelli aventi carattere industriale e commerciale da quelli che ne sono privi (punto 36).

⁵² Cfr. il punto 60 della sentenza in questione.

⁵³ In questi termini la Corte si esprime al punto 45 della sentenza *de qua*. Tuttavia, la questione della compatibilità di un simile diritto esclusivo con l'art. 86, par. 1, TCE, non è stata affrontata

Oltre alle indicazioni fornite dalla Corte, prima di concluderne l'esame sembra utile rilevare che la disposizione di cui si discorre tace del tutto sul rapporto che deve intercorrere tra aggiudicante ed aggiudicatario, prima che l'affidamento dell'appalto abbia luogo. In altri termini, la disposizione in parola, se presuppone che l'aggiudicatario sia titolare di un diritto esclusivo, non prevede affatto che ad attribuirglielo debba essere stata l'amministrazione aggiudicante né che quest'ultima eserciti sul primo una qualunque forma di controllo⁵⁴.

Al termine di questa panoramica sui casi in cui – secondo il legislatore comunitario – legittimamente si può derogare alla normativa che coordina le procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici, occorre soffermarsi sull'ultima ipotesi in cui ciò è consentito. Al riguardo, si deve precisare subito che questa deroga è contemplata esclusivamente dalla disciplina di coordinamento per l'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali. In particolare: dapprima – con l'art. 13, par. 1, della direttiva 93/38/CEE – l'eccezione era stata prevista solo per gli appalti di servizi⁵⁵; successivamente, con l'art. 23 della direttiva 2004/17/CE, l'esonero è stato esteso anche agli appalti di forniture e lavori⁵⁶. Ciò premesso, vediamo ora gli elementi caratterizzanti la fattispecie astratta, quelli al cui sussistere la norma condiziona il verificarsi dell'effetto indicato.

Innanzitutto, gli appalti rilevanti, ai fini di questa deroga, sono quelli assegnati da un ente aggiudicatore oppure da una *joint-venture*, composta esclusiva-

nel caso di specie. Anche nel caso *Asemfo (TRAGSA II)* – sentenza del 19 aprile 2007, causa C-295/05, *Raccolta*, p. I-2999 ss., punto 24 (nel quale si legge la specifica questione pregiudiziale posta al riguardo dal giudice del rinvio) e punto 42 (dove la Corte dichiara l'irricevibilità della questione medesima) –, pur avendo un'occasione propizia per esprimersi sull'argomento, il giudice comunitario ha glissato.

Oltre che nel caso di specie, pure in altre occasioni alla Corte è stato chiesto di interpretare l'art. 6 della direttiva 92/50/CEE, ma, in generale, ha evitato di farlo (cfr., ad es., l'ordinanza 14 aprile 2008, causa C-323/07, *Termoraggi SpA*, *ivi*, p. I-57 ss., punto 13 ss.). Solo in una circostanza la Corte si è soffermata sul predetto articolo, affermando che la deroga in esso prevista rileva unicamente se il diritto esclusivo ivi menzionato è compatibile con il Trattato (sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, *ivi*, p. I-12175 ss., punto 65 ss.).

⁵⁴ La circostanza che, nella sentenza considerata, la Corte abbia taciuto sull'argomento può esser collegata all'approccio pragmatico che il giudice comunitario predilige. Nel caso di specie, la questione poteva essere elusa, atteso che, in fatto: l'aggiudicatario era società partecipata da due amministrazioni comunali; l'aggiudicante era una delle due predette amministrazioni, la quale – per quanto di sua competenza – gli aveva attribuito tale diritto esclusivo con un proprio regolamento in materia di raccolta dei rifiuti domestici (punto 7 della sentenza).

⁵⁵ Nel preambolo della direttiva *de qua*, nel 32° “considerando”, si legge solo che la deroga era limitata agli “appalti di servizi aggiudicati ad un'impresa collegata la cui attività principale in materia di servizi consista nel prestare tali servizi al gruppo cui appartiene e non nel commercializzarli sul mercato”. Nessuna motivazione, però, è addotta per spiegare tale scelta normativa.

⁵⁶ Il 32° “considerando” della direttiva 2004/17/CE – pur essendo più analitico di quello corrispondente della 93/38/CEE – anch'esso non indica le ragioni in base alle quali la deroga in questione è stata non solo mantenuta, ma, addirittura, estesa agli altri tipi di appalto.

mente da più enti aggiudicatori e costituita per svolgere una delle attività previste dagli articoli 3-7 della direttiva 2004/17/CE⁵⁷.

Inoltre, per usufruire della eccezione *de qua*, l'aggiudicatario deve, alternativamente: essere un'impresa collegata all'ente aggiudicatore⁵⁸; essere un'impresa collegata all'ente aggiudicatore che, a sua volta, faccia parte della *joint-venture* che aggiudica l'appalto nel caso di specie⁵⁹; essere una *joint-venture* alla quale l'appalto sia stato affidato da un ente aggiudicatore che sia anche componente della medesima *joint-venture*⁶⁰.

Infine, in ogni caso, l'appalto – di forniture, lavori, servizi – potrà essere legittimamente aggiudicato all'impresa collegata se, nell'ultimo triennio, l'80%

⁵⁷ Questo elemento caratterizzante della fattispecie astratta era già previsto dall'art. 13, par. 1, 1° comma, della 93/38/CEE; esso è stato ripreso, e disciplinato più analiticamente, dalla 2004/17/CE, all'art. 23, paragrafi 2 e 4.

⁵⁸ La qualificazione di "impresa collegata" dall'art. 1, par. 3, della direttiva 93/38/CEE e dall'art. 23, par. 1, della 2004/17/CE è presunta qualora l'ente aggiudicatore e l'impresa in questione siano obbligati ad avere conti annuali consolidati, così come previsto dalla direttiva 83/349/CEE (cfr. *GUCE* L 193, 18 luglio 1983, p. 1 ss.). Qualora, invece, ai predetti soggetti non fosse applicabile la direttiva o ora menzionata, le due disposizioni qui considerate stabiliscono che si possa altresì parlare di "impresa collegata" allorché – tra aggiudicatore ed aggiudicatario – l'uno eserciti nei confronti dell'altro un'influenza dominante – ai sensi di quanto previsto al riguardo dalle medesime direttive di coordinamento (articoli: 1, par. 2, della 93/38/CEE; 2, par. 1, lett. a), della 2004/17/CE) –, pure indirettamente, quanto aggiudicatore ed aggiudicatario siano entrambi soggetti all'influenza dominante di un'altra impresa "in virtù di rapporti di proprietà, di partecipazione finanziaria ovvero di norme interne".

È appena il caso di segnalare che la nozione di impresa collegata è stata ritenuta utilizzabile dalla Corte in materia di appalti pubblici pure quando occorre valutare la capacità tecnica degli offerenti (cfr. sentenze: del 14 aprile 1994, causa C-389/92, *Ballast Nadam Groep (BNG I)*, *Raccolta*, p. I-1289 ss., punto 15; del 15 dicembre 1997, causa C-5/97, *BNG II*, *ivi*, p. I-7549 ss., punto 14). Inoltre, come è noto, nell'ordinamento comunitario, il controllo di una *holding* su altre imprese rileva particolarmente per la disciplina della concorrenza (*inter alia*, cfr. le sentenze: del 12 luglio 1984, causa 170/83, *Hydrotherm*, *ivi*, p. 2999, punto 11; del 16 novembre 2000, causa C-297/98, *SCA Holding Ltd*, *ivi*, p. I-10101 ss., punto 27; del 28 giugno 2005, cause riunite C-189, 202, da 205 a 208 e 213/02P, *Dansk Rørindustri*, *ivi*, p. I-5425 ss., punto 113 ss.; del 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, *ivi*, p. I-289 ss., punto 111 ss.).

⁵⁹ Anche questo requisito dell'aggiudicatario – alternativamente indispensabile per l'affidamento diretto dell'appalto da parte dell'aggiudicatore – era già stato previsto dalla direttiva 93/38/CEE (art. 13, par. 1, 1° comma, lett. b), come quello menzionato in precedenza (art. 13, par. 1, 1° comma, lett. a), prima di comparire nell'art. 23, par. 2, della 2004/17/CE.

⁶⁰ Pure questo requisito dell'aggiudicatario, come quelli visti in precedenza, compariva già nell'art. 13, par. 1, 1° comma, lett. b), della 93/38/CEE. L'art. 23, par. 2, lett. b), della 2004/17/CE – nel riprendere la antecedente disposizione – ne ha limitato l'efficacia, ponendo due condizioni ben precise a questo requisito della *joint-venture*: essa deve essere stata costituita per svolgere l'attività in questione da almeno tre anni; inoltre, nel suo atto costitutivo deve essere previsto che gli enti aggiudicatori che la compongono ne faranno parte almeno per un periodo identico. Queste due condizioni rispondono all'esigenza di evitare che l'esclusione di questi appalti dall'ambito di efficacia della direttiva "provochi distorsioni di concorrenza a beneficio di imprese o *joint-ventures* che sono collegate ad enti aggiudicatori" (cfr. 32° "considerando"). Da qui le prescrizioni – che si rinvergono nell'art. 23, par. 3, della stessa direttiva – sulla necessaria incidenza percentuale, sul fatturato dell'aggiudicatario, dei compensi derivanti dall'attività svolta dall'aggiudicatario stesso per l'aggiudicante.

del suo fatturato medio derivi da compensi incassati per aver svolto l'attività in questione a favore dell'impresa o delle imprese cui è collegata⁶¹.

4. Come si è avuto modo di rilevare in precedenza, l'attento, puntuale e progressivamente più esteso quadro normativo in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici definito dal solo Consiglio, prima, e dal Consiglio e dal Parlamento europeo, poi, è stato precisato e reso ancor più stringente dalla Corte di giustizia. Soprattutto in una prima fase, essa, difatti, a titolo esemplificativo, ha chiarito che: le deroghe consentite alla normativa coordinata sono soltanto⁶² quelle menzionate da ciascuna direttiva; tali deroghe devono essere interpretate restrittivamente⁶³; le circostanze che le consentono devono essere provate da chi le invoca⁶⁴. Nella medesima fase, ancora a titolo esemplificativo, la Corte ha pure interpretato talune disposizioni delle direttive di coordinamento in modo tale da estenderne, e non di poco, la loro sfera di efficacia soggettiva⁶⁵.

Il ruolo svolto dalla Corte con quelle sue sentenze anche oggi non sorprende affatto chi non limita la propria attenzione solo ad uno specifico settore regolato dal diritto comunitario, ma analizza a tutto campo la normativa che disciplina nel suo complesso il fenomeno dell'integrazione europea. Chi è avvezzo ad un simile approccio sa bene che le succitate sentenze rese dalla Corte in materia di appalti pubblici erano e restano in piena sintonia con la sua prevalente prassi giurisprudenziale che – in generale e da tempo – ha fornito un contributo più che

⁶¹ Tanto la 93/38/CEE quanto la 2004/17/CE aggiungono alla previsione, di cui si è fatta menzione nel testo, che – qualora la stessa attività è svolta in favore dell'ente aggiudicatore da parte di più imprese che gli sono collegate – occorrerà tener conto del loro fatturato totale. Il solo art. 23, par. 3, 2° comma, della 2004/17/CE prevede altresì che se – a causa della recente costituzione dell'aggiudicatario – non è disponibile il suo fatturato dell'ultimo triennio, l'impresa dovrà dimostrare che, “in base a proiezioni della [sua] attività”, l'80% del suo fatturato deriverà da compensi per prestazioni rese all'aggiudicatore.

⁶² A titolo esemplificativo, nel senso indicato cfr., in particolare, le sentenze: del 2 agosto 1993, causa C-107/92, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. I-4655 ss., punto 12; del 17 novembre 1993, causa C-71/92, *Commissione c. Spagna, ivi*, p. I-5923 ss., punto 22; del 3 maggio 1994, causa C-328/92, *Commissione c. Spagna, ivi*, p. I-1569 ss., punto 12; del 17 settembre 1998, causa C-323/96, *Commissione c. Italia, ivi*, p. I-5063 ss., punto 34.

⁶³ Così, ad es., le sentenze: del 18 maggio 1995, causa C-57/94, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. I-1249 ss., punto 23; del 28 marzo 1996, causa C-318/94, *Commissione c. Germania, ivi*, p. I-1949, punto 13.

⁶⁴ Cfr., ad es., le sentenze: del 18 marzo 1987, causa 199/85, *Commissione c. Italia, Raccolta*, p. 1039 ss., punto 14; del 2 agosto 1993, causa C-107/92, *Commissione c. Italia, ivi*, p. I-4655 ss., punto 14; 3 maggio 1994, causa C-328/92, *Commissione c. Spagna, ivi*, p. I-1569 ss., punto 16; del 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione c. Spagna, ivi*, p. I-139 ss., punto 48.

⁶⁵ Al riguardo v. le sentenze citate nelle note 24 e 26.

cospicuo allo sviluppo sia delle competenze materiali della CE⁶⁶ sia della più articolata definizione del suo ordinamento giuridico⁶⁷.

È alla luce di quanto si è sommariamente or ora indicato che occorre analizzare la pronuncia della Corte sul caso *Teckal*⁶⁸ in materia di *in house providing*⁶⁹ e la successiva giurisprudenza sul medesimo argomento.

Nel caso conclusosi con la sentenza *de qua*, il giudice della causa principale aveva chiesto a quello comunitario di voler precisare quale direttiva – la 92/50/CEE oppure la 93/36/CEE – dovesse applicarsi, qualora in un appalto misto di fornitura e di servizi non fosse possibile determinare la prestazione principale e quella accessoria⁷⁰. Muovendo da tale premessa e non potendo escludere che la fattispecie concreta fosse regolata dalla 92/50/CEE, il giudice del rinvio chiedeva di fornire una “esatta interpretazione”⁷¹ dell’art. 6 della citata direttiva. Interpretazione che – sempre per il giudice del rinvio – sarebbe stata utile per accertare la compatibilità o meno con le disposizioni del Trattato delle norme della legge italiana in base alla quale a suo tempo era stato istituito l’aggiudicatario dell’appalto oggetto della causa principale⁷².

Per parte sua, preliminarmente la Corte – dopo aver ricordato che è di competenza del giudice del rinvio l’accertamento dell’esistenza dei fatti rilevanti nella causa principale – invitava quest’ultimo a provvedervi⁷³. La stessa Corte,

⁶⁶ A titolo meramente esemplificativo, si ricorda qui la sentenza del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, *Raccolta*, p. 263 ss., punti 12-15, grazie alla quale si affermò il principio secondo il quale la Comunità ha una competenza a stabilire “rapporti contrattuali con gli Stati terzi per l’intera gamma degli scopi enunciati nella prima parte del Trattato”.

⁶⁷ Sempre a mero titolo esemplificativo si ricordano solo alcune delle tantissime sentenze rese dalla Corte: 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*, *Raccolta*, p. 1 ss. (effetto diretto del diritto comunitario); dell’11 luglio 1974, causa 8/74, *Dassonville*, *ivi*, p. 837 ss. (nozione di misure d’effetto equivalente a restrizioni quantitative); *Cassis de Dijon*, *cit.* (principio del mutuo riconoscimento).

⁶⁸ Sentenza del 18 novembre 1999, causa C-107/98, *Raccolta*, p. I-8121 ss.

⁶⁹ La soluzione alla quale perviene il giudice comunitario nel caso *Teckal*, in buona sostanza, era stata già prospettata dagli Avvocati generali La Pergola e Alber, rispettivamente, nella causa *Gemeente Arnhem*, *cit.* (conclusioni, punto 35 ss.) e *RI.SAN.* (sentenza del 9 settembre 1999, causa C-108/98, *Raccolta*, p. I-5219 ss., conclusioni, punto 54 ss.), i quali avevano sostenuto che nelle fattispecie concrete si dovesse parlare di rapporto interorganico tra amministrazione pubblica ed aggiudicatario piuttosto che di contratto concluso tra due entità sostanzialmente distinte. In entrambi i casi, tuttavia, la Corte si pronunciò prescindendo del tutto da tale argomento.

⁷⁰ Tanto nella sentenza (cfr. punto 23) quanto nelle conclusioni dell’Avvocato generale Cosmas (cfr. punti 27-30) non è riprodotto il testo delle questioni poste dal giudice del rinvio; esse vi sono solo riferite.

⁷¹ In questi termini il quesito del giudice *a quo* viene riassunto nelle conclusioni dell’Avvocato generale Cosmas (punto 28).

⁷² Anche questo quesito – indicato unicamente in modo implicito nella sentenza (punto 34) – è solo riassunto nelle conclusioni (punto 30). Le disposizioni nazionali di cui il giudice *a quo* chiedeva di accertare la compatibilità con il Trattato erano – nel testo allora vigente – quelle degli articoli 22, 23 e 25 della Legge italiana dell’8 giugno 1990, n. 142, sull’ordinamento delle autonomie locali.

⁷³ Cfr. i punti 29 e 30 della sentenza così come pure il successivo punto 33 in cui la Corte afferma che non è di competenza sua – ma del giudice *a quo* – pronunciarsi sulla conformità delle di-

poi, – ritenendo che i quesiti postile non sarebbero stati formulati in modo sufficientemente chiaro per potersi esprimere – richiamava i numerosi precedenti giurisprudenziali secondo i quali, in simili condizioni, compete ad essa individuare la norma comunitaria rilevante nella fattispecie concreta, beninteso avvalendosi all’uopo dei dati fornitile dal giudice nazionale⁷⁴. Pertanto, dopo aver così riformulato il quesito pregiudiziale, individuava ed interpretava la disposizione adottata dalla Comunità in materia di appalti pubblici da applicarsi nel caso di specie⁷⁵: l’art. 1, par. 1, lett. a), della direttiva 93/36/CEE.

Come è noto, ai sensi di tale disposizione sono “‘appalti pubblici di forniture’ i contratti a titolo oneroso”, aventi per oggetto una o più delle prestazioni indicate nella medesima norma, “conclusi per iscritto fra un fornitore (persona fisica o giuridica) e una delle amministrazioni aggiudicatrici definite alla (successiva) lettera b)”⁷⁶.

In seguito, la Corte affermava che per l’accertamento dell’effettiva esistenza di un simile contratto è competente il giudice nazionale, il quale, al fine anzidetto, deve tener conto che non può esserci “un incontro di volontà tra due persone distinte” – cioè un contratto, appunto – qualora una di esse, l’ente locale, pratici sull’altra “un controllo analogo (...) a quello esercitato sui propri servizi (...) e [l’altra] persona realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o con gli enti locali che la controllano”⁷⁷. Nel ragionamento seguito dalla Corte la terzietà sostanziale – non solo quella formale, quindi – del fornitore rispetto all’amministrazione aggiudicatrice è un elemento fondamentale dell’istituto: qualora essa non sussista nella fattispecie concreta, non c’è un contratto di appalto pubblico e, pertanto, non è applicabile la normativa comunitaria che altrimenti ne disciplinerebbe l’aggiudicazione⁷⁸.

Ad avviso della Corte, ciò che determina la sussistenza o meno della suddetta terzietà è il verificarsi di due “condizioni”: l’esercizio – da parte dell’aggiudicante – sull’aggiudicatario di un “controllo analogo a quello esercitato sui

sposizioni nazionali con il diritto comunitario.

⁷⁴ Cfr. il punto 34 della sentenza ed i punti 36 e 37 delle conclusioni dell’Avvocato generale.

⁷⁵ Cfr. i punti 35 e 39 della sentenza.

⁷⁶ Va ricordato che – come è stato già rimarcato in precedenza alla nota 6 – la natura contrattuale dell’appalto, la sua onerosità e l’indicazione di chi ne sono la parti contraenti costituiscono elementi che compaiono anche nelle nozioni comunitarie di appalti di servizi e di lavori pubblici. In tal senso cfr. articoli: 1, par. 1, lett. a), della 92/50/CEE; 1, par. 1, lett. a), della 93/37/CEE; 1, punto 4, della 93/38/CEE; 1, par. 1, punto 2a), della 2004/17/CE; 1, par. 1, punto 2a), della 2004/18/CE.

⁷⁷ Cfr. punti 49 e, soprattutto, 50 della sentenza.

⁷⁸ Anche l’Avvocato generale Cosmas, nella medesima causa, sosteneva che si può parlare di contratto di appalto solo se il rapporto intercorre tra due entità distinte (vedi conclusioni, punto 52 ss.). A suo avviso, tuttavia, nel caso di specie più elementi dovevano indurre ad escludere che il Comune di Viano fosse in grado di esercitare un “controllo gerarchico” sul Consorzio affidatario (vedi conclusioni, punto 61 ss.), con la conseguenza che al rapporto in questione si doveva applicare la direttiva 93/36/CEE.

propri servizi” da parte del primo; la circostanza che la “parte più importante” della propria attività sia svolta dall’aggiudicatario per conto di chi lo controlla.

La Corte è tornata più volte su quanto ha affermato nella sentenza succitata, talora limitandosi a ribadirlo⁷⁹; in altre occasioni, invece, ha significativamente precisato gli elementi che rilevano per determinare, nella fattispecie concreta, se c’è o meno terzietà tra aggiudicatario ed amministrazione aggiudicatrice.

5. Il novero delle sentenze a cui si è fatto cenno da ultimo si apre con quella relativa al caso *Stadt Halle*⁸⁰. Nel caso di specie, innanzitutto, la Corte rileva che, ai sensi della direttiva 92/50/CEE, sono “prestatori di servizi” anche “gli enti pubblici che [li] forniscono”⁸¹.

Dopo, inoltre, il giudice comunitario evidenzia che un’ autorità pubblica, può adempiere i suoi compiti di interesse pubblico, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne, “mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo (...)”⁸². Quando ciò accade, prosegue la Corte, non si può parlare di “contratto a titolo oneroso con un’ entità giuridicamente distinta dall’ amministrazione aggiudicatrice” e, quindi, non sussistono assolutamente i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici⁸³. La stessa situazione – essa dice ancora nella circostanza – può intervenire anche quando l’ aggiudicatario sia un’ entità giuridica distinta dall’ amministrazione aggiudicatrice, se quest’ ultima pratica sul primo un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi⁸⁴. Perché tale condizione si verifichi – si legge sempre nella sentenza *de qua* – occorre che pure l’ aggiudicatario, come la pubblica amministrazione, operi in base a “considerazioni ed esigenze proprie dell’ interesse

⁷⁹ Questo, in particolare, è quanto si riscontra, ad es., nelle sentenze: del 22 dicembre 2000, causa C-94/99, *Arge, Raccolta*, p. I-11037 ss., punto 40 (in cui non v’ è traccia alcuna delle ampie ed argomentate considerazioni svolte al riguardo dall’ Avvocato generale Léger, punto 54 ss.); dell’ 8 maggio 2003, causa C-349/97, *Spagna c. Commissione (TRAGSA I)*, *ivi*, p. I-3851 ss., punto 204. Anche in quest’ ultima occasione la Corte ignorò le interessanti e pertinenti argomentazioni svolte sempre dall’ Avvocato generale Léger (conclusioni, punto 240 ss.), in base alle quali, peraltro, egli era pervenuto al risultato che, invece, nella fattispecie concreta si sarebbe dovuto procedere all’ aggiudicazione secondo la direttiva 77/62/CEE.

⁸⁰ Sentenza dell’ 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Raccolta*, p. I-1 ss.

⁸¹ La norma in questione è quella di cui all’ art. 1, lett. c), della direttiva *de qua*, cui si fa riferimento nel punto 45 della sentenza.

Con l’ occasione è utile ricordare che, in buona sostanza, tale scelta di politica legislativa è stata confermata all’ atto dell’ adozione della direttiva 2004/18/CE. Infatti, nel suo art. 1, par. 8, 1° comma, si legge che i “termini” imprenditore”, “fornitore” e “prestatore di servizi” designano una persona fisica o giuridica o un ente pubblico (...) che offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi”.

⁸² *Ibidem*, punto 48.

⁸³ *Ibidem, loc. ult. cit.* Nella sentenza del 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione c. Spagna, Raccolta*, p. I-139 ss., punto 38 ss., la Corte ha affermato che – sussistendone le “condizioni” – la “dottrina *Teckal*” valeva anche per gli “accordi interamministrativi”, concernenti lavori pubblici, che fossero conclusi in Spagna fra Stato, Previdenza sociale, Comunità autonome, enti locali e loro organismi autonomi.

⁸⁴ *Ibidem*, punto 49.

pubblico”⁸⁵. E questo è possibile solo quando l’entità giuridicamente distinta dall’aggiudicatore sia interamente detenuta da quest’ultimo. Infatti, spiega la Corte, “qualunque investimento di capitale privato in un’impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente” da quelle che ispirano l’azione di un’amministrazione pubblica⁸⁶. Ne consegue, quindi, che la partecipazione di privati al capitale sociale del fornitore – qualunque ne sia l’entità in termini percentuali – esclude che si sia verificata la predetta “condizione” e, pertanto, si deve applicare la direttiva comunitaria rilevante nel caso di specie⁸⁷.

Dopo qualche mese la Corte di giustizia è ritornata ancora sulla sua “dottrina *Teckal*”, precisando ulteriormente quando si devono ritenere soddisfatte le “condizioni” che a suo avviso escludono la terzietà dell’aggiudicatario rispetto all’aggiudicatore. Nel caso *Parking Brixen* il giudice comunitario – muovendo dall’assunto che la predetta “dottrina” rileva pure per le concessioni di servizi⁸⁸ – ha specificato che, per essere analogo a quello praticato sulla sua amministrazione, il controllo esercitato dall’autorità pubblica sul fornitore deve consistere in una “influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti”⁸⁹. Nel caso di specie, per la Corte tale influenza non poteva sussistere dal momento che: la società, partecipata in maniera totalitaria dal concedente all’epoca dell’affidamento, *ex lege* di lì a breve avrebbe avuto tra i propri soci anche soggetti privati; la medesima società aveva un oggetto sociale ampio e prevedeva di espandere le proprie attività in tutt’Italia e all’estero; il Consiglio di amministrazione della società in questione, a termini di statuto, disponeva di considerevoli poteri decisionali sul cui esercizio non era prevista nessuna vigilanza da parte dell’ente aggiudicatore. Tutti elementi, quelli or ora indicati, che inducevano la Corte ad affermare che – quando un concessionario fruisce di una autonomia così ampia quale quella goduta nel caso di specie – “è escluso che l’autorità pubblica concedente eserciti nei suoi confronti un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi”⁹⁰.

A breve distanza di tempo la Corte è tornata di nuovo sulla prima “condizione *Teckal*”, quella consistente in un controllo dell’aggiudicante sull’aggiudicatario, analogo a quello che il primo esercita sui propri servizi⁹¹. Nel caso di specie, essa ha affermato che mancavano i presupposti necessari per ritenere che la “condizione” anzidetta si fosse verificata⁹². Nella fattispecie concreta, infatti, l’aggiudicatario: era partecipato in forma totalitaria dell’aggiudicatore, ma

⁸⁵ *Ibidem*, punto 50.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*, punto 52.

⁸⁸ Cfr. la sentenza del 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Raccolta*, p. I-8585 ss., punti 61 e 62.

⁸⁹ *Ibidem*, punto 65.

⁹⁰ *Ibidem*, punti 67-70.

⁹¹ Sentenza del 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione c. Austria (Mödling)*, *Raccolta*, p. I-9705 ss., punto 34.

⁹² *Ibidem*, punto 37 ss.

subito dopo la predetta aggiudicazione, un privato ne aveva acquisito il 49% del capitale sociale; lo stesso aggiudicatario, inattivo all'atto dell'aggiudicazione, era divenuto operativo solo dopo che il privato ne aveva acquisito l'importante quota del capitale sociale. Elementi, tutti quelli testé menzionati, che debitamente valutati inducevano la Corte a concludere nel senso prima indicato.

Nelle sentenze cui fin qui si è fatto riferimento la Corte si è soffermata, in effetti, solo sulla nozione di “controllo analogo” a quello esercitato dall'aggiudicatario sui propri servizi che deve sussistere anche nei confronti dell'affidatario perchè possa trovare applicazione la “dottrina *Teckal*”. Nelle medesime sentenze, invece, essa ha taciuto del tutto sulla seconda “condizione” – che consiste nella circostanza che la parte più importante dell'attività dell'affidatario sia svolta in favore dell'aggiudicante –, limitandosi ogni volta a menzionarla soltanto. Questa lacuna viene colmata in parte, circa sette anni dopo, con un'altra sentenza pregiudiziale in cui la Corte si sofferma finalmente anche su di essa⁹³.

Al riguardo, in quest'ultima sentenza si precisa qual è il ruolo della predetta “condizione”: garantire che l'affidamento diretto all'impresa controllata da parte dell'amministrazione pubblica controllante non ostacoli la libera circolazione di merci e servizi nella Comunità e, a questo fine, non alteri la concorrenza tra l'impresa in questione e tutte le altre operanti nello stesso mercato di riferimento⁹⁴.

Secondo la Corte, perché tale funzione sia adempiuta in pieno, è indispensabile che l'attività dell'impresa controllata sia “principalmente” destinata a chi la controlla sicché “ogni altra attività risult[i] avere solo un carattere marginale”⁹⁵. In altri termini, occorre che l'impresa controllata – ove fornisca i propri servizi anche a soggetti terzi rispetto a chi la controlla – lo faccia operando soltanto in modo occasionale ed in misura marginale nello specifico mercato. E, per accertare se in concreto la “condizione” *de qua* si è davvero verificata, bisogna considerare tutte le circostanze che caratterizzano il caso di specie, “sia qualitative sia quantitative”⁹⁶. Naturalmente – sempre secondo quanto si legge nella medesima sentenza – tra i dati da tenere prioritariamente in conto vi sono quelli relativi al fatturato dell'impresa di cui al caso di specie. In particolare bisogna prestare un'attenzione elevata all'incidenza, sui suoi introiti, di quanto essa ricava in conseguenza delle decisioni adottate in suo favore da parte di chi la controlla⁹⁷. Nel condurre questa analisi – è precisato nella medesima sede – è del tutto irrilevante che i suoi incassi, in fatto, consistano in versamenti corrisposti direttamente dall'amministrazione aggiudicatrice che la controlla oppure da quanto paghino gli utenti del servizio all'impresa controllata dalla stessa amministrazione⁹⁸.

⁹³ Sentenza dell'11 maggio 2006, causa C-340/04, *Carbotermo*, *Raccolta*, p. I-4137, punto 48 ss.

⁹⁴ *Ibidem*, punti 58 e 60.

⁹⁵ *Ibidem*, punto 63.

⁹⁶ *Ibidem*, punto 64.

⁹⁷ *Ibidem*, punto 65.

⁹⁸ *Ibidem*, punti 66 e 67, dove si esplicita quanto già compreso nell'affermazione di cui al punto 65 della medesima sentenza.

Nella sentenza *de qua*, infine, la Corte ha profittato dell'occasione offertale dal giudice del rinvio per esprimersi su uno specifico quanto importante profilo della seconda "condizione *Teckal*". Essa, difatti, ha puntualizzato che – qualora più enti detengano un'impresa – la parte più importante della sua attività è quella che essa svolge per tali "enti complessivamente considerati" e, quindi, l'attività da tenere in conto è quella "realizzata da detta impresa con tutti questi enti"⁹⁹.

6. Nelle pagine precedenti si è sottolineato il determinante contributo della Corte di giustizia nella messa a fuoco del diritto comunitario sulla aggiudicazione degli appalti pubblici. Come è avvenuto in altri campi¹⁰⁰, anche nel nostro talora le sue pronunce hanno addirittura anticipato quanto poi sarebbe stato codificato in successive norme della Comunità¹⁰¹. La Corte ha operato in questo modo ricorrendo, pure in tale materia¹⁰², ad una interpretazione teleologica della disposizione comunitaria da applicare nel caso di specie¹⁰³. Nel nostro campo, peraltro, così essa ribadiva quanto aveva affermato e, sostanzialmente, continuava a sostenere in generale su temi quali il mercato unico, la circolazione delle persone e dei servizi, l'efficacia del TCE e degli atti di diritto derivato.

Negli ultimi anni, tuttavia, il predetto orientamento giurisprudenziale – sempre con riferimento all'aggiudicazione degli appalti pubblici – talvolta non è stato del tutto ribadito. Certo, anche ultimamente in più di una sentenza la Corte di giustizia ha sostenuto, ad esempio, la fondamentale rilevanza che, in questo settore, hanno gli articoli 28, 43 e 49 TCE¹⁰⁴ ed il forte nesso funzionale che lega ad essi le diret-

⁹⁹ *Ibidem*, punti 70 e 71.

¹⁰⁰ Solo a titolo esemplificativo, si ricorda qui la sentenza *Cassis de Dijon*, cit., punto 8, nella quale la Corte enunciò il principio del mutuo riconoscimento in materia di circolazione delle merci, che poi sarebbe stato normativamente esplicitato e codificato con l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo.

¹⁰¹ Per quanto concerne la materia di cui ci si occupa qui, questo ruolo della Corte è stato riconosciuto nei due "considerando" n. 1 delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, dove si legge che ognuno di tali atti "si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia". Un riconoscimento importante e, senz'altro, non usuale, ma rispondente alla realtà dei fatti.

¹⁰² Nel senso indicato nel testo cfr., ad es., le sentenze: del 17 dicembre 1998, causa C-353/96, *Commissione c. Irlanda, Raccolta*, p. I-8565 ss., punto 36; del 17 dicembre 1998, causa C-306/97, *Connemara, ivi*, p. I-8761 ss., punto 31.

¹⁰³ Già nella giurisprudenza più lontana, con riferimento ad altri settori, la Corte sostanzialmente ha affermato che l'interpretazione delle norme comunitarie deve aver luogo nella maniera più utile per il perseguimento del loro obiettivo. Nel senso indicato, tra le altre, cfr. le sentenze: del 5 ottobre 1970, causa 9/70, *Grad, Raccolta*, p. 825 ss., punto 13; del 5 maggio 1981, causa 804/79, *Commissione c. Regno Unito, ivi*, p. 1045 ss., punto 28; del 17 novembre 1983, causa 292/82, *Marck, ivi*, p. 3781 ss., punto 12; del 22 settembre 1988, causa 187/87, *Land de Sarre, ivi*, p. 5013 ss., punto 19.

¹⁰⁴ *Inter alia*, cfr. le sentenze: del 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria, Raccolta*, p. I-10745 ss., punto 60; *Hospitale Ingenieure*, cit., punto 47; *Coname*, cit., punto 16; *Parking Brixen*, cit., punto 46; del 6 aprile 2006, C-410/04, *ANAV, ivi*, p. I-3303 ss., punto 18; del 15 maggio 2008, cause riunite C-147 e 148/06, *SECAP, ivi*, p. I-3565 ss., punto 35. Va segnalato, peraltro, che nel 2° "considerando" della direttiva 2004/18/CE si ribadisce che l'aggiudicazione di tutti gli appalti pubblici "è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della

tive di coordinamento delle legislazioni nazionali nella nostra materia. Sempre a titolo esemplificativo, del pari anche nella giurisprudenza più recente la Corte ha proseguito nella direzione imboccata precedentemente sulla nozione comunitaria, ampia, di organismo di diritto pubblico¹⁰⁵; così come anche nel nostro campo essa ha continuato a sostenere che le norme nelle quali sono previste deroghe ad una disciplina generale devono essere interpretate restrittivamente¹⁰⁶. Nondimeno per quanto concerne taluni aspetti di fondamentale rilievo della materia di cui ci si occupa in questa sede, da qualche anno in qua la stessa Corte ha reso delle sentenze che lasciano perplessi. Si allude, in particolare, alle sue pronunce nelle quali, dapprima, è stata enunciata quella che abbiamo denominato “dottrina *Teckal*” e, poi, sono state riesaminate ed approfondite le due “condizioni” che devono verificarsi perché la stessa “dottrina” possa trovare applicazione.

Al riguardo occorre subito sgombrare il campo da un possibile equivoco. Nelle sentenze alle quali si allude non suscita alcuna perplessità, di per sé, la sottolineatura della natura contrattuale ed onerosa di qualunque appalto pubblico¹⁰⁷, desuandone – quando nel caso di specie non sussiste un simile rapporto giuridico – la inapplicabilità tanto delle direttive di coordinamento delle legislazioni nazionali quanto delle disposizioni del Trattato che le stesse direttive attuano. È di tutta evidenza che la Corte senz’altro dovesse avere ben presente un presupposto indispensabile per l’applicazione delle norme comunitarie sull’aggiudicazione degli appalti pubblici. L’assenza di un rapporto contrattuale oneroso da un canto esclude che nella circostanza si sia in presenza di un appalto pubblico, dall’altro induce ad una differente qualificazione giuridica della fattispecie concreta, alla quale, comunque, non devono essere applicate le norme menzionate in precedenza.

Proprio per l’importanza che riveste la distinzione tra le due fattispecie, avendo riguardo ai relativi effetti giuridici, la Corte bene ha fatto ad indicare ciò che le

libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché dei principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza”. Anche nel preambolo della direttiva 2004/17/CE, per l’esattezza nel 9° “considerando”, si esprimono gli stessi concetti.

¹⁰⁵ Tra le tante, cfr. le sentenze: del 13 gennaio 2005, causa C-84/03, *Commissione c. Spagna*, *Raccolta*, p. I-139 ss., punto 28 ss.; *Bayerischer Rundfunk*, causa C-337/06, cit., punto 33.

¹⁰⁶ Nel senso anzidetto, ad es., cfr. le sentenze: del 10 aprile 2003, cause riunite C-20/01 e C-28/01, *Commissione c. Germania*, *Raccolta*, p. I-3609, punto 58; del 14 settembre 2004, causa C-385/02, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-8121 ss., punto 19; *Commissione c. Spagna*, causa C-84/03, cit., punti 47 ss. e 58; del 21 febbraio 2008, causa C-412/04, *Commissione c. Italia*, *ivi*, p. I-619 ss., punto 89.

¹⁰⁷ Come si è rilevato in precedenza (nota 4), anche nei Programmi generali per l’attuazione del diritto di stabilimento e della libera prestazione dei servizi si parla degli appalti pubblici come contratti onerosi.

Tale qualificazione, peraltro, è stata ripresa dal Consiglio nell’art. 88, par. 1, 1° comma, del regolamento (CE, EURATOM) n. 1605, del 25 giugno 2002, che detta le regole finanziarie applicabili al bilancio generale delle Comunità (*GUCE* L 248, 16 settembre 2002, p. 1 ss.) a proposito degli appalti aggiudicati dalle istituzioni comunitarie. Ad essi, come è noto, non si applicano le direttive di cui si discorre, ma norme *ad hoc* che, solo per taluni aspetti particolari, riprendono il contenuto di singole disposizioni delle predette direttive.

differenza: l'esistenza o meno di un rapporto sinallagmatico in cui le parti contraenti sono entità tra loro distinte, anche dal punto di vista sostanziale¹⁰⁸. È ovvio, però, che non poteva essere sufficiente indicare in modo generico quanto diversifica le due fattispecie; bisognava altresì precisarne le caratteristiche. In assenza di indicazioni normative al riguardo, la Corte s'è fatta carico di individuare quanto determina l'assenza di terzietà tra le parti. Di questo problema essa si è occupata nella sentenza relativa al caso *Teckal* ed in quelle successive nelle quali è ritornata su taluni aspetti di ciò che aveva enunciato nella prima.

In tale giurisprudenza suscitano forti perplessità il modo non particolarmente preciso con cui già nella sentenza *Teckal* sono state individuate le due "condizioni" dal cui verificarsi dipenderebbe la terzietà o meno dell'aggiudicatario rispetto all'amministrazione pubblica aggiudicante. Queste perplessità sono acuite dall'ambiguità – che, talora sfocia in una vera e propria contraddittorietà – con cui nelle sentenze successive è stata ripresa la "dottrina" *de qua* e ne sono considerati i suoi aspetti fondamentali. Si tratta di dubbi di non poco conto che non si conciliano affatto con la precisione, la chiarezza e la linearità che sarebbero state indispensabili per determinare l'importante effetto che deriva dalla "dottrina *Teckal*": la non applicazione della "normativa comunitaria" sull'aggiudicazione degli "appalti pubblici" nella fattispecie concreta¹⁰⁹.

Dell'importanza di tale effetto – come già si è osservato prima – la Corte in qualche misura si dimostra consapevole dal momento che, in più d'una di tali

¹⁰⁸ Prima del caso *Teckal*, la Corte non si era mai soffermata sulla enorme importanza che riveste, in una fattispecie concreta, la natura contrattuale o meno del rapporto giuridico *sub iudice*. Difatti, – anche quando ha menzionato la nozione di appalto pubblico prevista nella direttiva rilevante nel caso di specie – essa ha concentrato la propria attenzione su altri aspetti del caso di cui al procedimento che la occupava. Così, ad es., nella sentenza del 19 aprile 1994, causa C-331/92, *Gestión Hotelera Internacional*, *Raccolta*, p. I-1329, la Corte – dopo avere menzionato la nozione contrattuale di appalto (punto 15) – si è soffermata sull'oggetto del contratto in questione (punto 26 s.) e, alla luce di tale aspetto, ha escluso l'applicabilità della direttiva 71/305/CEE al caso di specie. Di recente, anche il Tribunale di primo grado ha affermato che non si può parlare di contratto – e, quindi, di appalto –, ma di "accordo interamministrativo concluso tra i servizi delle Istituzioni comunitarie", se il Consiglio affida la gestione di un asilo nido all'Ufficio "Infrastrutture e Logistica" delle Comunità (sentenza del 28 gennaio 2009, causa T-125/06, *Centro studi Manieri*, inedita, punto 44 ss., part. punto 46).

¹⁰⁹ Per intuibili esigenze di sintesi, nel testo si è fatto ricorso alla sineddoche. Di conseguenza, ora, è opportuno effettuare qualche precisazione. Innanzitutto, la "normativa comunitaria" di cui si parla nel testo comprende tanto le direttive di coordinamento delle legislazioni nazionali sull'aggiudicazione degli appalti pubblici ai quali esse si riferiscono quanto le disposizioni del TCE da rispettare comunque anche se ai contratti onerosi *sub iudice* non fossero applicabili le predette direttive. Inoltre, nel medesimo testo, con l'espressione "appalti pubblici" si è alluso anche a quei contratti onerosi in cui il corrispettivo consiste, *in toto* o parzialmente, nella gestione dell'opera realizzata o del servizio reso dall'aggiudicatario ("concessione" ai sensi dell'art. 1, paragrafi 3 e 4, della direttiva 2004/18/CE). E ciò pur nella consapevolezza che v'è una differenza di regime giuridico tra le concessioni dei due tipi: in caso di lavori pubblici, fin dalla direttiva 89/440/CEE esse rientrano nella relativa nozione di appalto; per quelle di servizi, invece, non è così neanche dopo l'entrata in vigore della direttiva 2004/18/CE e, pertanto, ad esse si applicano ancora solo gli articoli 43 e 49 TCE.

sentenze, afferma senza esitazione che la predetta “dottrina” – costituendo una “deroga” alla disciplina generale sull’aggiudicazione degli appalti pubblici – sarebbe da interpretare restrittivamente¹¹⁰. Questa affermazione – quantunque più volte reiterata – enuncia soltanto un obiettivo lodevole, senz’altro da condividere. Infatti, ad una lettura attenta di tali sentenze non può affatto sfuggire che pure in quei contesti non c’è riscontro tra l’obiettivo enunciato ed il modo, non sempre chiaro e preciso, con cui in esse sono indicate le “condizioni” dal cui verificarsi deriva l’estraneità sostanziale tra le parti del rapporto giuridico di cui al caso concreto secondo la “dottrina *Teckal*”.

Conferma quanto detto or ora l’analisi di ciò che nelle suddette sentenze si dice a proposito delle circostanze dal cui verificarsi dipende l’applicabilità della “dottrina” in questione. Cominciamo dalla prima “condizione”, quella concernente il tipo di “controllo” che l’amministrazione pubblica “aggiudicatrice” deve esercitare sull’“aggiudicatario” perché quest’ultimo non sia qualificabile come soggetto terzo rispetto alla prima. A tal riguardo, nella sentenza *Teckal* si afferma che esso deve essere “analogo a quello da[lla stessa amministrazione aggiudicatrice] esercitato sui propri servizi”. La formula adoperata nella circostanza potrebbe far supporre che il controllo *de quo* debba essere praticato dalla sola amministrazione “aggiudicatrice”. Tale supposizione, peraltro, trarrebbe fondamento anche da quanto la Corte ha sostenuto sull’argomento in alcune delle sentenze di cui si discorre: il predetto controllo sussiste solo quando l’amministrazione “aggiudicatrice” esercita un’influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle singole decisioni importanti dell’“aggiudicatario”¹¹¹. La predetta conclusione a ben vedere, tuttavia, incontra una prima smentita già nella stessa sentenza *Teckal* dove – nell’indicare la seconda “condizione”, quella concernente la “parte più importante della (...) attività” dell’“aggiudicatario” – si accenna, in modo implicito ma chiaro, all’eventualità che il suddetto controllo possa essere esercitato anche collegialmente da più enti pubblici. Orientamento ripreso, poi, in alcune sentenze successive nelle quali la Corte – contraddicendo così quanto essa aveva affermato

¹¹⁰ In questo senso cfr., ad es., le sentenze: *Stadt Halle*, cit., punti 46 e 47; *Parking Brixen*, cit., punto 63; *ANAV*, cit., punto 26. Nella sentenza del 13 novembre 2008, causa C-324/07, *Coditel Brabant*, inedita, punto 26, la Corte afferma che la “dottrina *Teckal*” comporta l’“esclusione” anche dell’applicazione degli articoli 12, 43 e 49 nel caso di specie. Tuttavia, l’impressione che si ricava dalla lettura attenta della sentenza citata ora è che, ricorrendo al termine “esclusione”, essa non abbia inteso enunciare un concetto diverso da quello espresso, in altre occasioni, con la parola “deroga”. Come si è già osservato, però, *stricto iure* la “dottrina *Teckal*”: non costituisce una deroga alla disciplina comunitaria sull’aggiudicazione di appalti pubblici e di concessioni; ma concerne la qualificazione preliminare del caso concreto che – se non consiste in un contratto oneroso concluso tra due entità tra loro distinte anche dal punto di vista sostanziale – non è un appalto. Invece, di deroga in senso proprio si può parlare solo quando nel caso di specie si è in presenza di un appalto pubblico – ad es., ai sensi dell’art. 1, par. 2, lett. a), della direttiva 2004/18/CE – che *ex lege speciali* (cfr., sempre ad es., l’art. 14 della direttiva ora citata) legittimamente viene aggiudicato senza osservare le regole prescritte per tutti gli altri appalti pubblici.

¹¹¹ Cfr. le sentenze: *Parking Brixen*, cit., punto 65; *Carbotermo*, cit., punto 36; del 17 luglio 2008, causa C-371/05, *Commissione c. Italia*, inedita, punto 24.

sul carattere penetrante del controllo richiesto – è pervenuta a sostenere che tale controllo sussisterebbe anche se l'amministrazione "aggiudicatrice" detenesse meno dell'1%¹¹² del capitale sociale dell'"aggiudicatario", qualora il restante 99% appartenesse ad altre amministrazioni pubbliche¹¹³.

Valutando nel suo complesso la giurisprudenza di cui si discorre, si potrebbe essere indotti a ritenere che la Corte in essa abbia voluto affermare in modo netto e fermo che non vi può essere un "controllo analogo" di un'amministrazione "aggiudicatrice" sull'"aggiudicatario" solo quando al capitale sociale di quest'ultimo partecipi, anche minoritariamente, un privato. Si può ben dire che tale indirizzo caratterizza, in effetti, tutta la giurisprudenza di cui si è parlato in questa sede. Tuttavia, si sbaglierebbe – e non di poco – se si ritenesse lo stesso indirizzo monolitico. Difatti, vi sono delle sentenze nelle quali si afferma in termini categorici che, – se, all'atto dell'affidamento, fosse soltanto previsto nello statuto dell'"affidatario" che v'è una mera possibilità di una futura partecipazione di privati al suo capitale sociale, eventualità però non ancora verificata – si deve escludere del tutto che l'"aggiudicante" possa esercitare sul predetto "affidatario" un "controllo analogo" a quello praticato sui propri servizi¹¹⁴. Nondimeno, successivamente, la Corte ha assunto al riguardo una posizione meno perentoria: la previsione statutaria di una futura partecipazione di privati al capitale dell'"aggiudicatario", di per sé, non esclude che l'amministrazione "aggiudicatrice" eserciti sul primo un suo controllo pieno; ad opposta conclu-

¹¹² Per quanto risulta a chi scrive, la Corte ha valutato l'entità della partecipazione di un'amministrazione pubblica al capitale di un'impresa, traendo determinanti conclusioni negative dalla sua esiguità, in una sola circostanza, quella relativa al caso *Coname* (punto 23 ss.). In tale occasione, difatti, essa ha affermato che la partecipazione del Comune di Cingia de' Botti al capitale della Padania Acque SpA, in misura pari al suo 0,97%, era "talmente esigua da non consentire [alcun] controllo", di tale Comune sulla predetta società. Tuttavia, la stessa Corte – nella sentenza *Asemfo (TRAGSA II)*, cit., punto 58 ss. – ha ritenuto che anche una partecipazione dello 0,25% fosse sufficiente per ritenere che l'amministrazione pubblica partecipante esercitasse sull'impresa partecipata il "controllo analogo" di cui alla prima "condizione". Più recentemente (sentenza *Coditel Brabant*, cit., punto 52) – *excusatio non petita!* – la Corte ha dichiarato che quanto essa aveva affermato al riguardo nella sentenza *Coname*, però, "non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta".

¹¹³ Cfr. le sentenze: *Carbotermo*, cit., punto 69; *Coditel Brabant*, cit., punto 50. È da rilevare che in quest'ultima sentenza: al punto 28 si legge che il controllo richiesto è quello che "consente all'autorità pubblica (...) di influenzarne le decisioni"; al punto 46, poi, si rinviene l'affermazione secondo la quale la "giurisprudenza impone che il controllo esercitato sull'ente concessionario da un'autorità pubblica concedente sia analogo a quello che la medesima autorità esercita sui propri servizi, ma non identico ad esso in ogni elemento. L'importante è che il controllo esercitato sull'ente concessionario sia effettivo, pur non risultando indispensabile che sia individuale".

¹¹⁴ Per tale posizione cfr., in particolare, le sentenze: *Parking Brixen*, cit., punto 67; *Commissione c. Austria (Mödling)*, cit., punto 47. In particolare, nella sentenza citata per ultima la Corte ha affermato (punto 38) che la cessione del 49% – pur intervenuta successivamente all'aggiudicazione, ma solo due settimane dopo – escludeva che l'amministrazione "aggiudicatrice" esercitasse il "controllo" previsto dalla "dottrina *Teckal*" sull'"aggiudicatario".

sione, invece, si deve pervenire se tale partecipazione sussiste già all'atto dell'“aggiudicazione”¹¹⁵.

Dopo aver rilevato la mancanza di linearità che contraddistingue la giurisprudenza sulla “dottrina *Teckal*”¹¹⁶, sembra più che plausibile concludere queste pagine con un auspicio. Infatti, sembra più che fondato formulare l'augurio che, quanto prima, la Corte si pronunci in modo tale da superare i forti dubbi derivanti dalla predetta giurisprudenza e da qualche altra recente sentenza che ha riguardato ulteriori importanti aspetti¹¹⁷ della “normativa comunitaria” sull'aggiudicazione degli “appalti pubblici”. Solo così la Corte tornerà a fornire alla

¹¹⁵ In questi termini, cfr. la sentenza *Commissione c. Italia*, causa C-371/05, cit., punto 29.

¹¹⁶ Oltre agli aspetti di cui si è discusso nelle pagine precedenti, la giurisprudenza sulla “dottrina *Teckal*” ne ha evidenziato anche altri di cui in questa sede deve essere ricordato almeno qualcuno tra i più significativi. Nella sentenza *Carbotermo*, cit., punto 56, la Corte rileva che Parlamento europeo e Consiglio – nell'approvare contestualmente le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – in materia di “appalti *in house*” hanno proceduto in maniera ben diversa: essi sono stati previsti e consentiti nella prima di tali direttive (art. 23); gli stessi, invece, non sono stati per nulla menzionati nella seconda. Effettuata tale rilevazione, però, la Corte ha evitato di trarne qualche conseguenza; in particolare non si è per nulla interrogata sulle plausibili ragioni che hanno determinato una simile differenza normativa. L'unica deduzione che ha voluto e saputo trarne è consistita nell'affermare l'inapplicabilità al caso di cui si occupava dell'art. 13 della direttiva 93/38/CEE – che, sostanzialmente, anticipava il contenuto dell'art. 23 della 2004/17/CE – nel quale, con riferimento agli “appalti *in house*”, si stabilisce quando il committente esercita un controllo pieno sull'“affidatario”. La Corte – che pure con la sentenza *Teckal* aveva introdotto negli appalti dei settori tradizionali una “disciplina” degli appalti *in house* esclusa da Parlamento e Consiglio – motiva la sua decisione sull'inapplicabilità della norma in questione al caso di specie sostenendo che essa, essendo eccezionale, non era suscettibile di applicazione analogica!

Per concludere sulla “dottrina *Teckal*”, non si può passare sotto silenzio il fatto che la Corte – nelle sentenze *TRAGSA I*, cit., punto 204 s. e *TRAGSA II*, cit., punto 57 ss. – ha sostenuto che la *TRAGSA* sarebbe stata sottoposta al “controllo analogo” del Regno di Spagna e delle Comunità autonome di quel Paese anche quando queste ultime non partecipavano al suo capitale sociale! È di tutta evidenza invece che, nel caso di Comunità autonome estranee al capitale sociale della *TRAGSA*, la Corte avrebbe dovuto stabilire se le stesse Comunità potessero affidarle direttamente dei servizi ai sensi dell'art. 6 della direttiva 92/50/CEE.

¹¹⁷ Tra le tante questioni alle quali, ultimamente, la Corte ha dato soluzioni non del tutto convincenti ed, almeno in parte, non in linea con la sua precedente giurisprudenza v'è quella relativa all'“interesse transfrontaliero” di un “appalto pubblico” cui non è applicabile nessuna delle direttive comunitarie regolatrici della materia. Al riguardo, in passato, la Corte aveva assunto una posizione ferma e chiara: la relativa procedura di aggiudicazione doveva, comunque, essere la più trasparente possibile perché solo così si sarebbero evitate eventuali discriminazioni indirette (cfr., *ex multis*, le sentenze: *Teleaustria*, cit., punto 62; *Parking Brixen*, cit., punto 49). Se così non fosse stato, nel caso di specie si sarebbe verificata una violazione, quanto meno, degli articoli 43 e 49 TCE. Di recente, invece, la Corte ha sostenuto che l'obbligo di trasparenza sussiste quando la “concessione” o l'“appalto pubblico” da aggiudicare si caratterizzano per la presenza di un “interesse transfrontaliero certo” (cfr. da ultima la sentenza del 17 luglio 2008, causa C-347/06, *ASM Brescia*, inedita, punto 59). Va rilevato che, peraltro, per la Corte la mera menzione dell'esistenza di un ricorso inoltrato alla Commissione non proverebbe la certezza di un interesse transfrontaliero sull'“appalto” non adeguatamente pubblicizzato (sentenza del 13 novembre 2007, causa C-507/03, *Commissione c. Irlanda, Raccolta*, p. I-9777 ss., punto 34).

Commissione¹¹⁸, agli Stati membri¹¹⁹ ed alle imprese operanti nel settore una lettura chiara, precisa e prevedibile delle norme che regolano la nostra materia: lo esige il principio della sicurezza del diritto, principio fondamentale anche per l'ordinamento comunitario. D'altronde, è questo un compito che il TCE ha assegnato alla Corte e che la Corte tradizionalmente ha assolto al meglio.

Abstract

The European Court of Justice and the Public Procurement Discipline

The European Court of Justice has given an important contribution to the development of European Community law even with respect to the public procurement discipline. In many judgments the Court has teleologically interpreted the different EC directives adopted in this field in order to make the approximation of national laws as clear and exhaustive as possible.

If compared to this jurisprudential overview, some of its judgments represent an important change of tendency especially, but not only, in the field of in house procurements.

With regard to this aspect, starting from a "flexible" interpretation of the notion of procurement, the Court has progressively reduced the sphere of effectiveness of the specific material community law, thus jeopardising the application of the principle of legal certainty which is essential for the Commission Services, for Member States and economic operators.

¹¹⁸ Una giurisprudenza più chiara e coerente nella materia considerata in questa sede sarebbe quanto mai utile alla Commissione tanto nell'esercizio della sua funzione di controllo sul rispetto del diritto comunitario quanto nel fornire ai soggetti interessati indicazioni del tipo di quelle contenute nella sua *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, GUUE C 91, 12 aprile 2008, p. 4 ss.

¹¹⁹ Dai fascicoli di causa relativi ai tanti casi sottoposti alla sua attenzione, la stessa Corte avrebbe potuto agevolmente desumere come la sua giurisprudenza contraddittoria sulla "dottrina *Teckal*" ha dato la stura, in molti Stati membri – tra cui l'Italia –, ad un turbinio legislativo per inseguire quanto essa aveva di volta in volta affermato. Ancora – sempre relativamente alla "dottrina *Teckal*" –, per quanto concerne l'Italia, non si può non rilevare come l'orientamento non lineare della Corte ha influito non poco nell'alimentare una giurisprudenza amministrativa particolarmente confusa sulla medesima materia (cfr., ad es., le sentenze: del TAR Sicilia, Catania, Sez. II, n. 198, del 13 febbraio 2006; del TAR Lombardia, Brescia, n. 433, del 2 maggio 2006; del TAR Piemonte, Sez. II, n. 4164, del 13 luglio 2006; del TAR Campania, Sez. I, n. 8055, del 13 settembre 2006; del TAR Abruzzo, Pescara, n. 687, del 7 novembre 2006; del TAR Toscana, Sez. II, n. 762, dell'11 gennaio 2007; del TAR Lazio, Sez. II-ter, n. 6698, del 18 luglio 2007; del Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Siciliana, n. 719, del 4 settembre 2007).



The International Framework of GIs and DOs Protection and the European Approach*

SUMMARY: 1. The main existing international conventions on IPRs before TRIPs. – 2. The TRIPs Agreement and the general framework of GIs and DOs protection at international level. – 3. The European approach to the protection of GIs and DOs. – 4. The conflicts between GIs and trademarks in Europe.

1. In the field of Intellectual Property Rights (IPRs) one of the basic rules is the principle of territoriality. Every industrial property right is established and protected on the basis of the laws of the country where protection is sought, all with limited geographical scope. The weaknesses of this protection based on local laws are clear as the products could be imitated outside the country of origin without any sanction. Therefore it was soon apparent that the protection of IPRs could be improved only at international level.

Before considering the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) at least two other multilateral conventions must be briefly analysed in order to draw a more comprehensive outline of the international framework of GIs and DOs protection and of the differences of tools adopted therein: the Paris Convention for the Protection of Industrial Property and the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and their International Registration¹.

The Paris Convention, which was agreed in 1883, is the first effort to adopt a common approach to the different IPRs including “indications of source or appellations of origin”. First of all, it calls the different local laws to work together setting out a fundamental obligation upon them not to discriminate

* Paper later essentially annotated presented in a workshop held in Chisinau on 25-26 March 2009 organized in the light of the adoption of the law n. 66/2008 of the Republic of Moldova on the protection of geographical indications, denominations of origin and traditional specialities guaranteed.

¹ Available on line at www.wipo.org. Even if they would be worth considering, I will not examine the 1891 Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods and the 1891 Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks available on line at www.wipo.org as well and the 1951 International Convention of Stresa on the Use of Appellations of Origin and Denominations of Cheeses.

between their own nationals and those of the other Parties to the Convention as regards the protection of IPRs. Requiring every State to ensure national treatment to the citizens of the other parties, i.e. to let them enjoy the advantages its internal laws accord to its own subjects in the field of IPRs “provided that the conditions and formalities imposed upon nationals are complied with”², is only a first step towards a *minimum* standard of protection. National treatment does not require that the parties adopt particular standards or procedures for protecting their nationals’ intellectual property. In fact GIs are not protected in any local system of laws, at least as such. A few do not organise a local system to register them; others know only the trademark system of protection and so permit local enterprises to acquire monopolistic rights also on geographical names of other countries, as it happened in Canada with “Parma ham”; someone else protects them only on the basis of unfair competition laws and so on.

Besides, the Convention provides a *minimum* substantial protection against direct or indirect use of false indications of source and obliges the Parties to seize the goods on importation when so labelled; but “if the legislation of a country does not permit seizure on importation, seizure shall be replaced by prohibition of importation or by seizure inside the country”. In any case, the Parties are bound by the Convention to assure to the other Parties’ nationals “appropriate legal remedies effectively to repress all the acts referred to in its articles 9, 10 and 10bis”³.

The last article, regarding unfair competition, prohibits indications that are “liable to mislead the public as to the nature, the manufacturing process, the characteristics, the suitability for their purpose or the quantity of the goods”, but not as to their origin. It seems therefore that the Convention protects against false indications of geographical origin, but not against misleading indications, for example those used together with expressions such as “kind”, “type”, “style”, “imitation” or the like⁴. It rests on the internal courts to decide if an indication is liable to mislead. Therefore, the Paris Convention affords a first but limited protection to GIs, inadequate to the real needs of international commerce and in any case weaker if compared with that provided for trademarks therein.

The Lisbon Agreement must be considered because it offers a model of international, stronger protection of GIs achieved through the establishment of an international register of geographical indication. In fact, the Agreement obliges the parties to protect on their territories the appellations of origin of the other parties products, “recognized and protected as such in the country of origin and registered at the International Bureau of Intellectual Property”. It seems that the

² See art. 2 of the Paris Convention, cit.

³ See art. 10 *ter* of the Paris Convention, cit.

⁴ A clarification can be found in art. 1.1 of the Madrid Agreement for the Repression of False or Deceptive Indications of Source on Goods, which provides as follows: “All goods bearing a false or deceptive indication by which one of the countries to which this Agreement applies, or a place situated therein, is directly or indirectly indicated as being the country or place of origin shall be seized on importation into any of the said countries.”

protection in the country of origin cannot stem from a general law of a State, but through a concrete act determining the specific area of origin of the products designated with a geographical name and the qualities or characteristics needed to deserve it.

It's worth noting that the terminologies used in the conventions providing a protection for GIs are not the same and that there is a need to avoid misunderstanding. The Paris Convention uses the notions "indications of source or appellation of origin" but does not define the two concepts; the Lisbon Agreement only provides for "appellations of origin", a notion strictly defined as "the geographical name of a country, region, or locality, which serves to designate a product originating therein, the quality and characteristics of which are due exclusively or essentially to the geographical environment, including natural and human factors". As we will see below, the TRIPs Agreement uses "geographical indications" and defines them with a wording drawn from the Lisbon Agreement, but with relevant modifications, as for example the introduction of reputation as a new relevant factor capable of linking a product to a place, which gives a wider sense to the notion. With the exception of "indication of source", all other terms link the quality or reputation of the considered goods to their geographical origin.

The substantive provisions of the Paris Convention are part of the general framework of international IPRs protection because they have been incorporated in the TRIPs Agreement by reference to them made by its art. 2.1. The Lisbon Agreement is relevant especially in Europe.

2. The TRIPs Agreement is the core of the international framework of protection of IPRs and of the recognition of geographical indications.

For the purposes of TRIPs, GIs are "indications which identify a good as originating in the territory of a Member, or a region or locality in that territory, where a given quality, reputation or other characteristic of the good is essentially attributable to its geographical origin".

The definition covers a wide range of goods, but it is disputed if it includes services. Its wording recalls art. 2 of the Lisbon Agreement, but adds "reputation" to the list of alternative conditions goods need to meet with their place of origin in order to qualify for protection. The protected indication is not necessarily a true geographical name; it can be a name associated with a place, for example "Feta", or any other sign capable to evoke the geographical origin.

The function of GIs is to represent the geographical places where they are mined, grown or manufactured at least in part and from where they essentially draw a given quality, reputation or other not better-defined characteristics⁵.

⁵ For a more exhaustive analysis of the TRIPs Agreement and of the European law on geographical quality denominations see C. M. CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford, 2007; B. O'CONNOR, *The Law of Geographical Indications*, London, 2004; J. M. CORTÉS MARTÍN, *La protección de las indicaciones Geográficas en el Comercio Internacional e Intracomunitario*, Madrid, 2003, Id., *TRIPS Agreement: Towards a Better Protection for Geographical Indications?*, in *Brooklyn JIL*, 2004, p.

Hence different enterprises of such a territory are entitled to use the same geographical name.

As stated before, art. 22.1 provides the requirements a GI needs to meet to qualify for protection, but to decide whether the requested conditions are met is up to the State where such protection is sought. All this marks a relevant difference as regards the Lisbon Agreement, which binds the Parties to protect on their territories the appellations of origin of products “recognised and protected as such in the country of origin and registered at the International Bureau of Intellectual Property (...)”⁶.

Under the TRIPs Agreement a sign can be protected as a GI in a given State, while in others it may not be perceived as a geographical name. Moreover, outside its place of origin a GI may be considered as a generic name designating a type of product, for example a recipe, and not as a means to identify both the place of origin of a good and qualities or reputation derived from it. The WTO Members have significant room to evaluate, both autonomously and with regard to the linguistic awareness of their relevant public, if a name meets the conditions to qualify for protection.

The TRIPs Agreement doesn't even oblige WTO Members to adopt particular standards or procedural rules to protect their nationals' intellectual property rights. The WTO Members employ different legal means to protect geographical indications inside their territory. Such means range from specific laws on the subject matter to trademark laws, consumers' protection, unfair competition laws and so on.

Anyhow, besides the fundamental non-discrimination rules such as those on national treatment and most-favoured-nation treatment and the others on the

117 ss.; C. DORDI, *La protezione delle indicazioni geografiche nell'accordo TRIPs*, in G. VENTURINI, G. COSCIA, M. VELLANO (a cura di), *Le nuove sfide per l'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, Milano, 2005, p. 229 ss.; V. RUBINO, *Le denominazioni d'origine dei prodotti alimentari*, Alessandria, 2007.

⁶ The regulations under the Lisbon Agreement for the Protection of Appellations of Origin and Their International Registration, Rule 16, provides that: “Where the effects of an international registration are invalidated in a contracting country and the invalidation is no longer subject to appeal, the invalidation shall be notified to the International Bureau by the competent authority of that contracting country.” The effects of the registration under the Lisbon Convention of the signs Budweiser and Bud have been invalidated by some jurisdictions. See Decision of the Second Board of Appeal of 14 June 2006, *Budějovický Budvar, národní podnik v. Anheuser-Busch, Incorporated*, n. 19 and 20, available on line at www.oami.europa.eu. The decision stated that the sign “Bud”, registered under the Lisbon Agreement, is not an indication of origin at all. The decision has been annulled by the Court of First Instance, 16 December 2008, *Budějovický Budvar, národní podnik v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, Joined Cases T-225, 255, 257 and 309/06, available on line at curia.eu. The Court considered that only the Parties to the Lisbon Agreement can invalidate the effects of a registration. Previously the Italian Tribunals had repeatedly stated that the product beer does not meet the conditions to be registered as a denomination of origin under the Lisbon Agreement. See Corte di Cassazione, 10 September 2002, n. 13168, in *Riv. dir. ind.*, 2004, parte I, p. 81 s., annotated by C. HEATH, *Il caso Budweiser*, *ivi*, p. 77 s.

enforcement of intellectual property rights, applicable in any case, the TRIPs Agreement binds the WTO Members to assure a minimum standard of protection to every intellectual property right providing sets of separate regulations concerning its availability, scope and use.

The minimum standard protection provided for goods by art. 22 is vague and weaker than that one granted to trademarks, wines and spirits. Trademarks must be protected against the use of identical or similar signs by any non-authorized party “where such use would result in a likelihood of confusion”.

As regards wines and spirits each WTO Member “shall provide the legal means for interested parties to prevent use of a geographical indication identifying wines for wines not originating in the place indicated by the geographical indication in question or identifying spirits for spirits not originating in the place indicated by the geographical indication in question, even where the true origin of the goods is indicated or the geographical indication is used in translation or accompanied by expressions such as ‘kind’, ‘type’, ‘style’, ‘imitation’ or the like”.

On the contrary, the general rule laid down in art. 22 of the TRIPs Agreement for any other goods obliges every WTO Member to provide the legal means for interested parties, whoever they may be, to prevent: “In respect of geographical indications (...) (a) the use of any means in the designation or presentation of a good that indicates or suggests that the good in question originates in a geographical area other than the true place of origin in a manner which misleads the public as to the geographical origin of the good; (b) any use which constitutes an act of unfair competition within the meaning of art. 10*bis* of the Paris Convention (1967)”.

The differences among such rules are apparent. The likelihood of confusion is not sufficient in the light of art. 22, its determinant factor being whether the means that are used mislead the public. If all depends on consumers’ understanding, which are the means forbidden by art. 22? When the geographical link is perceived it is easy to bypass the obligation not to mislead adding to the name expressions such as “type”, “kind” or the like. Besides, are there some reliable defences against the use of signs similar to protected geographical indications by the manufacturers of imitations or about their efforts to indicate or suggest through words or images that their products have a geographical origin other than the true one?

I recall what we frequently see on the shelves of the supermarkets, for example the offer of mozzarella cheese presented in a packaging showing the colours of the Italian flag and on the back the real place of production in very small characters. In this case we must consider that mozzarella is now the generic name of a cheese especially produced in Italy; accordingly, falsely suggesting its Italian origin is a behaviour not relevant for the rules on the protection of GIs⁷, but for those such as art. 2.1.a of the directive 2000/13.

⁷ The protection of GIs provided by the TRIPs Agreement is limited to qualified geographical indications. See C. M. CORREA, *op. cit.*, p. 220. This Author assumes that: “The use of a geogra-

In the case of “*Parmigiano Reggiano*” the European Court of Justice holds that the use of the sign “parmesan” evokes the registered geographical denomination and violates the Council regulation 2081/92, now 510/06⁸; with regard to TRIPs Agreement it does not seem that art. 22 vests the interested parties with the right to prevent uses of evocative terms if not liable to mislead the public.

It is relevant to add that the provided protection is not a truly international one. Any country wishing to protect its geographical indication abroad would have to comply, in the light of the existing local situation, with the laws of the place where protection is sought. It could be requested compliance with reasonable internal procedures and formalities as a condition for the acquisition or maintenance of any IPR as well.

To sum up, the TRIPs Agreement considers GIs as an autonomous type of IPRs; as such they are private rights which ought to be dealt with the same governing principles, but the fact that they share analogous functions with the neighbouring rights on trademarks, both being in different manner indicators of the origin of the so designated goods and tools to produce goodwill, creates a tension between them that TRIPs tries to balance inserting some exceptions in their regulations.

Any sign or combination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking can constitute a trademark. A GI, being a descriptive term indicating the place of origin of goods, is not distinctive, but it nevertheless can be used, or registered, as a trademark when in a given State the public does not associate that name with the place where the same or similar goods are produced.

The possibility of overlapping is thus reduced but not eliminated. To avoid the conflict TRIPs Agreement seems to have recourse to the core principle of industrial property law, namely the primacy of the prior exclusive right.

With regard to wines or spirits the registration as a trademark of GIs is to be refused or invalidated in every WTO Member, *ex officio* or, at least, at the request of an interested party if it falsely indicates their origin. There is no need to prove the misleading nature of the trademark. With regard to all other goods, on the contrary, the registration of a trademark which contains or consists of a geographical indication with respect to goods not originating in the territory indicated, must be refused or invalidated only “if use of the indication in the trademark for such goods in that Member is of such a nature as to mislead the public as to the true place of origin”.

The rights conferred by a trademark suffer the limited exceptions laid down in art. 17, as for example the fair use of descriptive terms, provided that such exceptions take into account the legitimate interests of the trademark owner and

phical indication does not create an automatic presumption that a relationship between quality, reputation, or other characteristics and the geographical origin exists. Such relationship must be proven according to the law of the jurisdiction where protection is sought”. Such latter conclusion is controversial.

⁸ See ECJ, 26 February 2008, case C-132/05, *Commission v. Federal Republic of Germany*, n. 49.

of third parties. In the words of the Panel Reports deciding the disputes between the U.S.A. and Australia on the one hand and the European Community on the other, the exception permits a qualified coexistence of a prior trademark with a later geographical indication⁹.

3. The European Union has issued a special legislative framework for protecting GIs of products, which owe their characteristic or reputation to their place of origin. The interested goods are mainly agricultural products and foodstuff (regulation 510/06 of 20 March 2006), wines (regulations 479/08 of 29 April 2008) and spirits (regulation 110/2008 of 15 January 2008), but not handicrafts. Other regulations, such as those on labelling and advertising together with the conventions concluded by the EU with third parties complete the regulatory framework of GIs.

The strong protection granted to GIs has its roots in the previous laws of many European States, France before all, well known for its wealth of regional specialities. The need to protect such quality goods has been an opportunity and a necessity at the same time.

An opportunity because by providing an exclusive right to denominate agricultural products and foodstuffs with the indication of their place of origin, the EU has offered an easy to use marketing tool for addressing the information asymmetry between sellers and buyers. Simple, descriptive names have been promoted as means to disclose not only a datum, well considered by consumers, but also the fact that the so denominated products possess qualities or characteristic, guaranteed by independent authorities and capable of distinguishing them from any other similar goods. As a result, the EU has preserved and encouraged the local quality productions of the Member States together with their diversification so as to achieve a better balance between supply and demand on the market and promote economic and social growth through internal, land-based activities.

A necessity because the existing difference among the national systems dealing with GIs could produce an obstacle to the free movement of goods. As seen before, the common approach to the issue subsequently adopted has led to the enactment of some special systems of GIs protection, each covering a distinct group of products, but all based on a core principle: a GI can qualify for protection only in the whole European territory and only entering into a register kept at community level¹⁰.

⁹ With reference to the interpretation of articles 16 and 17 TRIPs see report of the Panel, 15 March 2005, WT/DS174/R, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, Complaint by the United States*, and Report of the Panel, 15 March 2005, WT/DS290/R, *European Communities – Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs, Complaint by Australia*, both available on line at www.wto.org; ECJ, 16 November 2004, case C-245/02, *Anheuser-Busch Inc. v. Budějovický Budvar, národní podnik*, and the opinion of Advocate general Tizzano of 29 June 2004 in the same case.

¹⁰ At international level ingredient-rich products managed by strong organisations or consortia cause the economic impact of GIs. Nevertheless GIs are real opportunities to promote local spe-

Such systems show relevant differences, but similar enough structures, which allow me to just focus on the more general one: regulation 510/06.

The regulation lays down the rules on the protection of designations of origin and geographical indications for agricultural products intended for human consumption listed in Annex I to the EC Treaty and for foodstuffs or agricultural products listed respectively in the Annexes to the regulation. Wine-sector products, except wine vinegars, and spirit drinks are excluded.

The designations of origin (PDOs) and the geographical indications (PGIs) are “the name of a region, a specific place or, in exceptional cases, a country, used to describe an agricultural product or a foodstuff”. Traditional non-geographical names of agricultural products or foodstuffs can also be considered as designations of origin or geographical indications. PDOs and PGIs are descriptive terms and can be used to denominate products for which a link exists between their characteristics and geographical origin. The exclusive right to use them as denomination means is vested in the undertakings whose productions fulfil the more or less stringent links with their places of origin laid down for these two different GIs in art. 2¹¹.

Such denominations do not have only the function to indicate the geographical source of the goods bearing that description; as stated by the Court of justice: “A designation of origin (appellation d’origine; denominación de origen), for its part, guarantees, not only the geographical provenance of the product, but also that the goods have been manufactured according to quality requirements or manufacturing standards prescribed by an act of public authority and thus that they have certain specific characteristics”. Consequently, while under the TRIPs Agreement GIs are subject matters of private rights, at European level they seem

cialities with benefits not only for rural sectors.

¹¹ Art. 2 provides: “1. For the purpose of this Regulation: (a) ‘designation of origin’ means the name of a region, a specific place or, in exceptional cases, a country, used to describe an agricultural product or a foodstuff: – originating in that region, specific place or country, – the quality or characteristics of which are essentially or exclusively due to a particular geographical environment with its inherent natural and human factors, and – the production, processing and preparation of which take place in the defined geographical area; (b) ‘geographical indication’ means the name of a region, a specific place or, in exceptional cases, a country, used to describe an agricultural product or a foodstuff: – originating in that region, specific place or country, and – which possesses a specific quality, reputation or other characteristics attributable to that geographical origin, and – the production and/or processing and/or preparation of which take place in the defined geographical area. 2. Traditional geographical or non-geographical names designating an agricultural product or a foodstuff, which fulfil the conditions referred to in paragraph 1 shall also be considered as designations of origin or geographical indications. 3. Notwithstanding paragraph 1(a), certain geographical designations shall be treated as designations of origin where the raw materials for the products concerned come from a geographical area larger than, or different from, the processing area, provided that: (a) the production area of the raw materials is defined; (b) special conditions for the production of the raw materials exist; and (c) there are inspection arrangements to ensure that the conditions referred to in point (b) are adhered to. The designations in question must have been recognised as designations of origin in the country of origin before 1 May 2004.”

more linked to public law because of the relevant involvement of public powers in ensuring that the Community-registered names meet the conditions laid down by the European regulations; anyhow, the national governments are not bound to take, on their own initiative, the measures necessary to deal with conducts which infringe a PDO or a PGI¹².

The legislative framework of regulation 510/06 is far-reaching and covers all relevant issues. Accordingly, it states which geographical signs cannot be registered, for example the names that have become generic, the procedure to be followed¹³ together with the requirements that must be fulfilled to apply for the registration and so on.

The scope of GIs protection is laid down by art. 13.1, of regulation 510/06, which forbids:

“(a) any direct or indirect commercial use of a registered name in respect of products not covered by the registration in so far as those products are comparable to the products registered under that name or in so far as using the name exploits the reputation of the protected name (...)”. (Such rule, for example, has prevented the producers of Feta cheese outside Greece from going on to use that name after its re-registration as PDO);

(b) any misuse, imitation or evocation, even if the true origin of the product is indicated or if the protected name is translated or accompanied by an expression such as ‘style’, ‘type’, ‘method’, ‘as produced in’, ‘imitation’ or similar; (it was decided that denominations as Combozola or Parmesan evoke respectively the DOPs Gorgonzola and Parmigiano-Reggiano and that their use is unlawful independently from the consumers’ understanding);

(c) any other false or misleading indication as to the provenance, origin, nature or essential qualities of the product, on the inner or outer packaging, advertising material or documents relating to the product concerned, and the packing of the product in a container liable to convey a false impression as to its origin;

(d) any other practice liable to mislead the consumer as to the true origin of the product”.

The Commission asserts that art. 13.1 grants, beside the negative right to prevent the use of any other similar and confusing sign, also the positive right to use GIs in accordance with the terms of their registrations, but not in its translation or alleged translation. Art. 3.1 of the Commission regulation 1898/06 states: “The name of an agricultural product or foodstuff may be registered only in the languages which are or were historically used to describe the said product in the defined geographical area”.

4. As seen before, GIs and trademarks are similar because they both are tools used to indicate the origin of goods and to create goodwill. As a rule, trademarks

¹² See ECJ, case C-132/05, *Commission v. Federal Republic of Germany*, cit.

¹³ The competence to decide has been distributed between the Member States and the Commission.

cannot consist exclusively of signs or indications which may serve, in trade, to designate the place of origin of goods, but such geographical names can all the same be appropriated as brands and monopolized by private producers in countries where, for example, they are not perceived in their proper significance by the relevant public or have acquired a secondary meaning through use. Goods marketed under trademarks consisting of or containing a geographical indication can bear conflicts with denominations or indications of origin. The principle of territoriality refers such issues to the local law where the contrast arises. In many countries they are solved according to the principle “first in time, first in right”, but at least with the exceptions of trademarks for wines and spirits.

In the European Union the situation is less linear because of the plurality of laws and competences concerning such signs. Trademarks find regulation at both national and Community level; GIs are governed only by European law and qualify for uniform protection all over the Community area only by entering in the register kept by the Commission. Anyway, some denominations of origin or indications of source of third countries are recognised as such in one or more member States through the Lisbon agreement or other international conventions. At the same time, geographical indications of source, used in trade and well known in their country, are not left without defences but enjoy the weaker ones granted by the law of the place where protection is sought.

Accordingly, the principle of territoriality finds some difficulties when applied in the European Union, which is not always a single area with reference to the protection of intellectual property rights. Trademarks are frequently registered on a national basis. It happens, anyhow, that a sign, duly recognised or registered as a trademark in one member State, cannot be transformed into a community one if it conflicts with a GIs belonging to a third country and protected as such at least in another member State¹⁴. The same can be said when the conflict takes place between a new application for a Community trademark and a prior one registered, recognised or acquired through use in a member State and pertaining to another producer.

On the contrary, the rule that GIs are protected only at Community level puts them at risk as shown by the cases *Feta* and *Bavaria/Bayerisches Bier*, or, in general, by the fact that producers sometimes register as trademarks geographical names of other countries, therein used to denominate well known traditional products, meeting or on their way to meet the conditions to qualify for protection as quality products.

The relevant interest of the European Union to the protection of its GIs justifies special regulations, which deal with the said conflicts. Such rules try to contrast the private appropriation of GIs through their registration as trademarks and the consequent proprietary monopoly over geographical names of descriptive character, which should remain available as indications of source or denomination of origin of goods.

¹⁴ See Court of First Instance, *Budějovický Budvar*, cit.

In accordance with the general rule in the field of industrial property rights, art. 14.1 provides that prior GIs prevail over later trademarks. Art. 7.1.j) of regulation 207/2009 adds that Community trademarks, which contain or consist of a geographical indication identifying wines or spirits not having such origin, shall be refused.

As regards conflicts between prior trademarks and later GIs Community law is more complex. First of all, a true conflict between a prior trademark and a latter GI can arise only when such a trademark is not liable to invalidation because it lacks distinctiveness or misleads consumers as to the origin of goods. In accordance with the Paris Convention Community regulations state that signs or indications, which serve, in trade, to designate *inter alia* the geographical origin of goods cannot be registered as trademarks. As pointed out by the European Court of Justice in its *Chiemsee* judgement concerning the trademark directive n. 89/104, it is true that its art. 3.1.c) “(...) does not in principle preclude the registration of geographical names which are unknown to the relevant class of persons – or at least unknown as the designation of a geographical location – or of names in respect of which, because of the type of place they designate (say, a mountain or lake), such persons are unlikely to believe that the category of goods concerned originates there.” But in the EU an application for a mark consisting of a geographical name is easier to refuse because it seems sufficient that the sign at stake designates a place currently associated in the mind of the relevant class of persons with the category of goods concerned, or that it is reasonable to assume that such an association may be established in the future as well¹⁵. Also trademarks of such a nature as to deceive the public, for instance as to the nature, quality or geographical origin of the goods are liable to invalidation.

Art. 3.4 of regulation 510/06 also reduces the chance of true conflicts. The Commission in its efforts to contrast the claims of the U.S.A. and Australia in the disputes decided at WTO level on 15 March 2005 asserted as a defence that, properly interpreted with due regard to Community law, Art. 14.3 of the previous regulation 2081/92, now art. 3.4 of regulation 510/06, “allows the registering authorities to refuse the registration of any later and confusing geographical indication”.

Such a statement is exaggerated. The Commission too admits that at least a PGI has been registered under a geographical name similar to a prior trademark because not liable to mislead the consumer as to the true identity of the product. The order of the Commission to add the indication “Bayerisches Bier” as a PGI to the Annex to regulation n.1107/96 was based on the reputation attached to

¹⁵ See ECJ, 4 May 1999, joined cases C-108 and 109/97, *Windsurfing Chiemsee Produktions*, n. 33 and 31. The latter number adds: “Thus, under article 3(1)(c) of the Directive, the competent authority must assess whether a geographical name in respect of which application for registration as a trade mark is made designates a place which is currently associated in the mind of the relevant class of persons with the category of goods concerned, or whether it is reasonable to assume that such an association may be established in the future”.

beer originating in Bavaria and considering that, notwithstanding the prolonged and intensive use of the trademarks Bavaria and Bavaria Italia, public still associate beers so labelled to those produced in the Land of Bavaria¹⁶.

Besides, other locally famous denominations of traditional products, known at least as indications of source and protected as such, could be misappropriated as well if a producer takes the opportunity to pre-empt a priority registering the same or a similar sign as a trademark in another country. Art. 3.4 does not cover such trademarks if they have no reputation, renown or use and it could not prejudice the actual or future applications for registration of GIs under the same or similar geographical names, which meet the requested conditions.

Such rules therefore leave some room for true conflicts between prior trademarks and later GIs. In such cases European law does not apply the “prior in time, prior in right” principle, but has recourse to the coexistence regime provided by art. 14.2 of the regulation 510/06, which permits that a prior trademark “may continue to be used notwithstanding the registration of a designation of origin or a geographical indication”. This rule, which was amended to recover in part the wording of art. 24.5 of TRIPs Agreement¹⁷, may cause a certain amount of confusion because identical or similar goods can be offered on the market under identical or similar signs. Anyhow, as upheld by the above-remembered Panels, the exception introduced by art. 14.2 to the trademark owners’ rights provided in art. 16.1 of the TRIPs Agreement is justified in the light of art. 17 of the said Agreement, but some limiting considerations have been undertaken.

In the Panels’ opinion art. 14.2 of the regulation 510/06 is a limited exception within the meaning of art. 17 TRIPs because it curtails the trademark owners’ right only against certain third parties, those producers who have title to a GI, and in respect of certain signs, but not all signs identical or similar to the one protected as a trademark. So, while art. 14.2 provides that the use of a prior trademark may continue, it could not affect the trademark owner’s right to prevent confusing uses except with respect to the use of a registered GI in accordance with its registration. It means that no European rule could confer “a positive right to use any other sign or combination of signs nor to use the name in any

¹⁶ See Council regulation (EC) No. 1347/2001 of 28 June 2001 supplementing the Annex to Commission regulation (EC) No. 1107/96 on the registration of geographical indications and designations of origin under the procedure laid down in art. 17 of Council regulation (EEC) No. 2081/92. As stated in the Opinion of Advocate general Mazák delivered on 18 December 2008 in the case still pending C-343/07, *Bavaria NV Bavaria Italia Srl v. Bayerischer Brauerbund e V*, art. 3.4 is “designed to prevent a product bearing a PGI from being confused by the consumer with a given trade mark product”.

¹⁷ The texts of articles 14.2 and 24.5 provide respectively: “(...) before either the date of protection of the designation of origin or geographical indication in the country of origin or before 1 January 1996 (...)” and “(...) (a) before the date of application of these provisions in that Member as defined in Part VI; or (b) before the geographical indication is protected in its country of origin (...)”.

linguistic version not entered in the register” without infringing the TRIPs Agreement¹⁸.

The prerequisites of such a coexistence regime are the absence of grounds of invalidity or revocation of the prior trademark, previously considered, and the fact that it has been applied for, registered or established by use in good faith.

European trademark law considers bad faith in the acquisition of brands as an additional ground of invalidity but such a notion is far from being apparent. The Court of Justice dealt with the notion in the case *Gorgonzola* stating: “The proprietor of the trade mark cannot in principle benefit from a presumption of good faith if the legislation in force at the material time clearly precluded acceptance of his application”¹⁹.

Certainly an application to register a trademark knowing or having to know that it was unlawful is surely in bad faith. But in ascertaining bad faith a relevant question concerns the significance that must be given to the fact that an applicant for a trademark perceives or should perceive that the requested trademark consists of or contains a geographical name which is well known in at least another member State, but which at the relevant time cannot be invoked to oppose the registration²⁰.

Bad faith must be ascertained by considering if the use of a registered name constitutes, per se, an attempt to deceive the consumer. But what relevance has in the single European market the weak protection enjoyed by a geographical sign, which has acquired reputation at least as an indication of source in a country, when the trademark has been applied for in another one? Is it in the public interest that well-known geographical names used in a Member State to denom-

¹⁸ See Report of the Panel WT/DS174/R, cit., n. 7.657.

¹⁹ See ECJ, 4 March 1999, case C-87/97, *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola*, n. 35 and n. 41, which adds: “The circumstances envisaged in the other two relevant provisions of that directive – refusal of registration, invalidity of the trade mark, or revocation of the proprietor’s rights, which preclude its use being continued under article 14(2) of regulation No 2081/92 – presuppose the existence of actual deceit or a sufficiently serious risk that the consumer will be deceived (...)”.

²⁰ The European Court of Justice was asked for guidance on the concept of bad faith also in case C-529/07, *Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli v. Franz Hauswirth GmbH*. In her Opinion delivered on 12 March 2009 Advocate General Sharpston discusses such issues and considers whether certain factors are sufficient to establish or rule out that an application was made in bad faith within the meaning of Regulation on European trademark. This paper could not consider the judgement 11 June 2009 of the European Court of Justice. One of the questions referred to the Court of Justice in case C-343/07 cit., still pending, is: “(...) should [Regulation No 1347/2001] be construed as meaning that recognition of the protected geographical indication ‘Bayerisches Bier’ is to have no adverse effects on the validity or usability of pre-existing marks of third parties in which the word ‘Bavaria’ appears?”. The question asks once more for guidance on the concept of bad faith, but Advocate general Mazák (Opinion, cit., n. 158) rapidly notes: “(...) that it is for the national court to determine whether the trade mark concerned has been registered in good faith and whether it is liable to be declared invalid or revoked on the basis of the Trade Marks Directive”. The Opinion adds – n. 159 –: “This implies that it is not for the Community legislature to make that determination when registering a designation of origin or geographical indication under regulation No 2081/92”.

inate goods originating therein remain available? It is unlikely that a lot of names like Parma ham or Bavaria, registered as trademarks in countries far away from the evoked locality, and even the sign Budweiser, were chosen by the applicants without knowing the existence elsewhere of a local well known production. It seems anyhow that a generic awareness is not sufficient to show bad faith and that it must be coloured by a dishonest intent. A negative answer to the above-considered questions, anyhow, would cause consumer confusion and misappropriation of GIs.

Finally, it must be remembered that art. 14.2 of the regulation 510/06, in accordance with art. 24.5 TRIPs, provides that a GI prevails on a prior trademark applied for, registered or established “before either the date of protection of the designation of origin or geographical indication in the country of origin or 1 January 1996”. It has been argued that, by introducing a time limit to trademarks, which are allowed to coexist with GIs, regulation 510/06 violates TRIPs²¹.

Abstract

The International Framework of GIs and DOs Protection and the European Approach

This paper has a twofold purpose: first, it presents in short the framework of GIs protection at international and European level. Accordingly, it takes into account the most relevant international Conventions and the European regulations on the protection of GIs. Second, it compares the different systems of protection showing their relevant differences and deals with some controversial issues such as the relationship between trademarks and geographical indications in a single market and the rules governing it.

A highly discussed issue regards the notion of bad faith with reference to the coexistence regime provided by Article 14.2 of regulation 510/06. A prior trademark may continue to be used despite the later registration of a GI if it has been applied for, registered or established by use in good faith. This paper suggests that an applicant is in bad faith not only if he or she is in the knowledge of a conflicting prior right, which can be invoked to oppose registration. Bad faith must be assessed case by case, but being a subjective state of the applicant the first relevant factor should be his or her awareness to register a geographical name at least similar to a sign used in a Member State, where it has gathered reputation as a denomination of goods originated therein, and not the consumer understanding.

²¹ See N. RESINEK, *Geographical Indications and Trade marks: Coexistence or “First in Time, First in Right” Principle?*, in *European Intellectual Property Review*, 2007, p. 446 s.

I rapporti tra il diritto dell'UE e alcune convenzioni internazionali alla luce delle disposizioni di “coordinamento” previste negli atti del titolo VI

SOMMARIO: 1. Brevi premesse. – 2. La previsione di “clausole di compatibilità” e di “subordinazione” negli atti del terzo pilastro dell'UE. – 3. L'abrogazione o sostituzione di precedenti convenzioni nei rapporti tra gli Stati membri. – 4. Diverse modalità di coordinamento con convenzioni precedentemente concluse dagli Stati membri. – 5. La compatibilità con eventuali convenzioni future nelle stesse materie. – 6. Le clausole sul rispetto dei diritti fondamentali e dei principi sanciti dall'art. 6 Trattato UE. – 7. Le conseguenze della subordinazione al rispetto dei diritti fondamentali. La derogabilità degli “obblighi di terzo pilastro” da parte degli Stati membri. – 8. L'obbligo delle istituzioni comunitarie di rispettare convenzioni internazionali “esterne” e il possibile sindacato sulla validità degli atti dell'UE.

1. A proposito dell'oggetto del presente lavoro, per disposizioni di “coordinamento” si intendono quelle peculiari disposizioni espressamente previste negli atti adottati nell'ambito del titolo VI TUE, al fine di disciplinarne i rapporti con convenzioni internazionali, preesistenti o future, riguardanti la stessa materia o altre connesse¹. Il contenuto delle diverse disposizioni può specificarsi in previsioni di salvaguardia, subordinazione, *non-affection*², compatibilità o incompatibilità, tutte sussumibili nel termine generale di coordinamento.

¹ Il presente lavoro si concentra, in particolare, sulle disposizioni di coordinamento inserite negli atti del “terzo pilastro” dell'UE, ma si darà conto altresì del fatto che simili disposizioni sono anche inserite in alcuni atti comunitari, soprattutto direttive (specialmente quelle adottate nell'ambito del titolo IV TCE). Sui peculiari rapporti tra diritto dell'UE e diritto internazionale convenzionale, si segnalano, tra gli altri, J. KLABBERS, *Re-inventing the Law of Treaties: The Contribution of the EC Court*, in *NYBIL*, 1999, p. 45 ss.; ID., *Treaty Conflict and European Union*, Cambridge, 2009; V. KRONENBERGER, *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, The Hague, 2001; T. C. HARTLEY, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, in *ICLQ*, 2005, p. 813 ss.; M. LICKOVA, *European Exceptionalism in International Law*, in *EJIL*, 2008, p. 463 ss.

² Per “*non-affection clause*” s'intende la previsione che il trattato o l'atto in questione non pregiudica precedenti obblighi internazionali, senza peraltro stabilire esattamente in che modo i

Nella forma, siffatte disposizioni ricalcano le cosiddette “clausole di compatibilità” o “di subordinazione”, generalmente utilizzate nei trattati internazionali per prevenire o risolvere *ex ante* eventuali conflitti tra le norme ivi dettate e altri obblighi internazionali di origine convenzionale³. In ambito internazionale, la preoccupazione degli Stati di evitare situazioni di incertezza circa l’adempimento dei propri obblighi convenzionali ha infatti dato origine alla consolidata prassi dell’inserimento nei trattati di clausole di coordinamento, al fine di salvaguardare la compatibilità tra norme internazionali precedenti e successive⁴. Nell’eventualità di un conflitto tra le disposizioni di due convenzioni internazionali, il contenuto di siffatte clausole ha un valore decisivo nella scelta della norma applicabile, poiché esso costituisce l’espressione della discrezionale volontà degli Stati nell’assunzione di obblighi internazionali. Per questo, ai criteri generali dettati all’art. 30 della Convenzione di Vienna del 1969⁵ è stato attribuito valore residuale⁶ rispetto alle *conflict clauses*⁷ eventualmente previste nei trattati. Resta, comunque, vero che “the conflict of lawmaking treaties (...) must be accepted as being in certain circumstances an inevitable incident of growth of international law”⁸.

due accordi dovrebbero coordinarsi.

³ Al riguardo, C. ROUSSEAU, *De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l’ordre international*, in *RGDIP*, 1932, p. 154 ss.; A. MARESCA, *Il diritto dei trattati*, Milano, 1971; P. REUTER, *Introduction to the Law of Treaties*, London, 1989; J. MUS, *Conflict between Treaties in International Law*, in *NILR*, 1998, p. 208 ss.

⁴ Secondo W. CZAPLINSKI, G. DANILENKO, *Conflicts of Norms in International Law*, in *NY-BIL*, 1990, p. 3 ss., “the best way of avoiding conflicts between treaties is to include compatibility clauses in the treaty texts” (p. 13). Saranno, in questa sede, lasciati da parte altri aspetti del complesso fenomeno dell’incompatibilità tra accordi internazionali, il quale risulta pur sempre “a particularly obscure aspect of the law of treaties” (così I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester-Dover, 1973, p. 93). Per un’ampia trattazione delle problematiche relative alla conclusione di trattati multilaterali successivi riguardanti la stessa materia, si veda A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, p. 173 ss. Cfr. anche P. VIGNI, *Concorrenza fra norme internazionali*, Milano, 2005.

⁵ La Convenzione sul diritto dei trattati, adottata a Vienna il 23 maggio 1969, all’art. 30 fornisce alcuni criteri sussidiari per la soluzione delle antinomie, ai quali ricorrere in assenza di clausole espresse che, in almeno uno dei due accordi, si occupino dei rapporti con altri strumenti giuridici. Per un commento sulla Convenzione, si veda D. KEARNEY, R. E. DALTON, *The Treaty on Treaties*, in *AJIL*, 1970, p. 495 ss.

⁶ Alla luce dell’art. 30, par. 2 della Convenzione di Vienna, le *non-affected clauses* valgono quale eccezione al principio di diritto internazionale *lex posterior derogat priori* di cui al par. 3, poiché possono determinare la subordinazione del trattato in cui sono incluse rispetto a un diverso accordo precedente. Nella prassi, la soluzione alle eventuali ipotesi di incompatibilità viene ricercata, in primo luogo, nelle clausole espressamente previste, a prescindere dal loro contenuto.

⁷ Si tratta dell’espressione usata dalla Commissione di diritto internazionale per indicare le clausole previste in un trattato internazionale al fine di disciplinare le relazioni tra esso e altri trattati, specificamente o genericamente individuati (*Yearbook of the International Law Commission*, 1966-II, p. 214).

⁸ Così W. JENKS, *Conflict of Law-Making Treaties*, in *BYBIL*, 1953, p. 401. Così anche secondo J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge, 2003, p. 12: “As far as norms of international law are concerned, there are a number of variables that make conflict

In effetti, anche le “interferenze”⁹ tra quelle che potremmo definire “fonti di terzo grado” dell'UE e le convenzioni internazionali nel settore della cooperazione penale sono aumentate nel tempo, a seguito dello sviluppo e dell'evoluzione progressiva degli strumenti adottati sulla base del titolo VI TUE (“Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale” – c.d. “terzo pilastro”). Gli atti del terzo pilastro dell'UE, in alcuni casi, pongono obblighi giuridici prima che gli stessi siano internazionalmente assunti dagli Stati membri – in rapporti unilaterali o multilaterali – con Stati terzi o con altre organizzazioni internazionali¹⁰. In altri casi – i più frequenti – gli atti dell'UE in questione vengono adottati “in occasione”, “in esecuzione” o “a completamento”¹¹ di accordi internazionali precedentemente conclusi, a livello universale o regionale, e di cui sono parti (anche) gli Stati membri¹².

an even more inevitable occurrence. Most of the reasons why conflict arises in international law are inherent in the nature of international law”. Tra le cause inerenti alla natura del diritto internazionale l'autore ne individua tre relative al processo di *law-making* e una concernente l'*enforcement* delle norme internazionali. Quattro ragioni ulteriori deriverebbero dallo sviluppo del moderno diritto internazionale. In particolare, nel recente diritto internazionale “on co-operation”, caratterizzato da un esponenziale incremento nella produzione normativa emergono nuove ipotesi di incompatibilità, soprattutto “between norms deriving from different treaty-based sub-systems” (così, *ibidem*, p. 17 ss.).

⁹ L'espressione è di F. CAPOTORTI, *Interferenze tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo ed altri accordi, e loro riflessi negli ordinamenti interni*, in *Com. St.*, 1966, p. 117 ss. In particolare, l'autore precisa che “il concetto di interferenza tra accordi (che si determina allorché gli accordi presentino almeno un punto di contatto soggettivo e uno oggettivo) è più ampio della nozione di conflitto di clausole obbligatorie” poiché comprende nel suo ambito “non soltanto l'ipotesi di due accordi assolutamente incompatibili, i quali impongono contegni (...) necessariamente alternativi”. Danno luogo a interferenze anche “i casi in cui gli accordi successivi, nella stessa materia, dispongano in modo non radicalmente contrastante, bensì diverso, e questa diversità può essere totale – fino a confondersi con l'incompatibilità – o parziale con un margine più o meno largo di compatibilità”. Secondo E. SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Bari, 1986 (spec. pp. 13 e 93), nell'ambito del fenomeno dell'interferenza tra accordi va ricondotta la specifica questione dell'incompatibilità, oltre alle modifiche *inter se* e gli accordi sospensivi *inter partes* di accordi multilaterali.

¹⁰ Un esempio – tra gli altri – è costituito dalla decisione quadro sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 19 luglio 2002 e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani del 16 maggio 2005, la quale è aperta alla ratifica non solo degli Stati membri, ma anche della Comunità europea. Appare peraltro degno di nota il fatto che la Convenzione del Consiglio d'Europa è firmata dalla CE, pur intervenendo su materie rientranti nell'ambito del “terzo pilastro” dell'UE. Siffatta circostanza solleva seri dubbi sulla titolarità della Comunità e non dell'Unione europea a vincolarsi in questo senso a livello internazionale.

¹¹ Espressione frequentemente utilizzata da D. RINOLDI in commento all'*art. 31 TUE* e all'*art. 33 TUE*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati delle Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, spec. pp. 55 e 59.

¹² Tra i recenti esempi di adozione di atti di terzo pilastro su materie precedentemente regolate da atti di diritto internazionale convenzionale si potrebbe richiamare la coesistenza della Convenzione europea sull'estradizione del 13 dicembre 1957 e della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo del 13 giugno 2002 (vedi, *infra*). Le disposizioni ivi contenute, nel regolare la medesima situazione giuridica, impongono obblighi e procedure di diverso genere a carico degli Stati membri dell'UE.

In quanto atti adottati in periodi e contesti differenti, le convenzioni internazionali e le fonti di diritto dell'UE nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale possono determinare reciproche interferenze o antinomie. Sembra dunque utile delineare i possibili profili problematici delle interazioni tra le rispettive disposizioni normative¹³. È poi evidente l'esigenza di individuare modi di soluzione delle eventuali incompatibilità e stabilire, se del caso, criteri di prevalenza dell'atto dell'UE rispetto alla disposizione internazionale incompatibile o viceversa, qualora sia impossibile risolvere l'apparente contrasto in via interpretativa¹⁴.

Esula dall'ambito del presente lavoro lo studio, in generale, dei rapporti tra il diritto derivato dell'UE e le convenzioni internazionali con esso "interferenti"¹⁵. Più in particolare, qui interessa esaminare la portata delle diverse "clausole di compatibilità" previste in atti dell'UE e sulle possibili conseguenze da esse determinate, sotto il profilo dell'adempimento da parte dell'UE e degli Stati membri di obblighi giuridici di origine diversa.

Per quanto riguarda il diritto internazionale, in caso di norme/obblighi incompatibili il quesito cui occorre rispondere attiene a quale delle due norme applicare o, in altri termini, a quale dei due obblighi adempiere in una determinata circostanza. Si tratta dunque di "conflicts in the applicable law"¹⁶, nei quali non è in discussione la validità o la legittimità di una delle due norme, ma solo la rilevanza di una norma nell'applicazione rispetto a una particolare situazione. La norma considerata non preminente può, dunque, continuare a essere applicata in circostanze diverse. Nell'ambito dell'Unione europea, invece, occorre verifi-

¹³ Le possibili incompatibilità tra atti comunitari e obblighi internazionali degli Stati membri sono disciplinate ai sensi della previsione generale dell'art. 307 TCE, che costituisce una clausola di compatibilità o, meglio, di salvaguardia in favore degli accordi conclusi da uno o più Stati membri con uno o più Stati terzi, anteriormente all'entrata in vigore del TCE o della adesione a esso. In proposito, si veda R. R. CHURCHILL, N. G. FOSTER, *European Community Law and Prior Treaty Obligations of the Member States: The Spanish Fishermen's Cases*, in *ICLQ*, 1987, p. 504 ss.; A. GIARDINA, *International Agreements of the Member States and Their Construction by the Court of Justice*, in *Du droit international au droit de l'integration, Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, p. 264; R. SCHUTZE, *EC Law and International Agreements of the Member States – An Ambivalent Relationship*, in *CYELS*, 2006-07, p. 387 ss.

¹⁴ Mediante l'interpretazione delle norme in questione è possibile rimediare alle eventuali divergenze tra le stesse, ossia alle ipotesi di incompatibilità più apparente che reale. Anzi, secondo J. PAUWELYN, *op. cit.*, p. 6, per comprendere quando esattamente due norme internazionali sono *in conflict* è necessario tentare di armonizzare i loro dispositivi in via interpretativa. In questo senso l'autore considera la *treaty interpretation* come "a conflict-avoidance tool". Solo nelle ipotesi in cui questo tentativo fallisca, ci si trova di fronte a un vero e proprio *conflict of norms* (cfr. p. 244 ss.).

¹⁵ A proposito dei rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale, si veda P. FOIS, *Sulla questione dei rapporti tra il diritto comunitario e il diritto internazionale*, in *RDIPP*, 1984, p. 5 ss.; I. CHEYNE, *International Agreements and the European Community Legal System*, in *ELR*, 1994, p. 581 ss.; G. ARANGIO-RUIZ, *Dualism Revisited. International Law and Interindividual Law*, in *RDI*, 2003, p. 992 ss.; A. GIANELLI, *L'"autonomia" del sistema giuridico comunitario rispetto al diritto delle Nazioni Unite*, *ivi*, 2008, p. 1078 ss.

¹⁶ Espressione di J. PAUWELYN, *op. cit.*, p. 327.

care se le clausole di subordinazione inserite in un atto dell'UE, riconoscendo la priorità a una convenzione internazionale "esterna", possano determinare la rilevanza di quest'ultima quale parametro di legittimità o di interpretazione dell'atto in questione¹⁷. In altri termini, ci si chiede se, in presenza di una gerarchia delle fonti¹⁸ e di un giudice sovraordinato che ne controlli il rispetto, l'incompatibilità di una norma dell'UE con una norma internazionale, cui l'atto dell'UE si dichiara subordinato, può determinare l'obbligo di interpretazione della norma UE in senso conforme alla norma internazionale "sovraordinata" o, addirittura, una pronuncia di invalidità della disposizione UE incompatibile con la norma internazionale di riferimento. Ammettere che siffatte conseguenze possano essere determinate dalla previsione delle clausole di subordinazione in atti dell'UE significherebbe ammettere che, nell'attribuire prevalenza a una convenzione internazionale conclusa dagli Stati membri – tra loro o con Stati terzi – e di per sé non vincolante per l'UE, che non ne è parte, questa entri nella gerarchia delle fonti dell'UE e, peraltro, con un rango superiore agli atti di diritto derivato¹⁹.

Occorre dunque procedere alla lettura delle apposite disposizioni normative previste in quegli atti, per verificare anzitutto *se e in che modo* gli atti di diritto derivato dell'UE nel settore della cooperazione penale siano coordinati e compatibili con le preesistenti norme internazionali disciplinanti le stesse materie²⁰.

¹⁷ Ovviamente non ci sono dubbi sulla legittimità dell'UE di adottare atti di diritto derivato, anche qualora essi prevedano disposizioni contrastanti con convenzioni internazionali non vincolanti per l'UE.

¹⁸ Non si ha modo in questa sede di affrontare le complesse tematiche relative alla gerarchia delle fonti dell'UE. In proposito, si segnalano, tra gli altri, A. TIZZANO, *La gerarchia delle norme comunitarie*, in *DUE*, 1996, p. 71 ss.; R. BIEBER, I. SALOMÉ, *Hierarchy of Norms in European Law*, in *CML Rev.*, 1996, p. 423 ss. Cfr. inoltre A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in *DUE*, 2001, p. 591 ss. In commento alle disposizioni del Trattato costituzionale, K. LENAERTS, M. DESOMER, *Simplification of the Union's Instruments*, in B. DE WITTE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, Firenze, 2003, p. 107 ss.; P. ACCONCI, *Quale gerarchia delle fonti nel nuovo diritto dell'Unione?*, in *DUE*, 2005, p. 253 ss.; F. DONATI, *Le fonti del diritto dell'Unione*, *ivi*, p. 611 ss.; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell'Unione europea*, *ivi*, p. 651 ss.

¹⁹ Gli accordi conclusi dalla CE sono vincolanti per le istituzioni comunitarie e per gli Stati membri *ex art.* 300, par. 7 TCE. Secondo la CGCE, tali accordi costituiscono parte integrante del diritto comunitario e godono del primato sul diritto comunitario derivato. Per quanto riguarda gli accordi internazionali conclusi tra l'UE e Stati terzi oppure organizzazioni internazionali nelle materie del secondo e terzo pilastro (art. 38 TUE), essi "sono vincolanti per le istituzioni dell'Unione", ai sensi dell'art. 24, par. 6 TUE. Accordi o convenzioni internazionali conclusi dagli Stati membri senza la partecipazione della CE o dell'UE, in via di principio, non fanno invece parte del diritto comunitario e non sono dunque vincolanti per le istituzioni di CE/UE, salve le ipotesi di "sostituzione" della CE agli Stati membri (come per es. nel GATT).

²⁰ La contemporanea esistenza di vincoli a livello internazionale e di Unione europea potrebbe peraltro porre inevitabili incertezze anche quando le disposizioni di uno strumento dichiarino, in via di principio, il rispetto dell'altro, laddove vengano in rilievo, nell'applicazione pratica, ipotesi di incompatibilità non prese in considerazione *ex ante*. D'altra parte, non tutte le possibili ipotesi di antinomie o conflitti nell'applicazione di atti dell'UE e convenzioni internazionali su materie

2. Nel settore della giustizia e degli affari interni pre-Amsterdam, gli atti dell'UE inizialmente più utilizzati erano le convenzioni tra gli Stati membri dell'UE²¹. Queste, in quanto accordi internazionali, prevedevano alcune clausole di compatibilità che, per contenuto, costituiscono – si potrebbe dire – l'antecedente storico delle disposizioni in seguito riproposte nelle decisioni quadro e decisioni “terzo pilastro”. Ancor prima delle convenzioni di terzo pilastro, nel settore della cooperazione penale disposizioni simili erano state utilizzate nella Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1985. Nonostante il regime di cooperazione intergovernativa instaurato con la conclusione degli Accordi di Schengen si collocasse, inizialmente, al di fuori dell'ambito comunitario²², non era del tutto esclusa la possibilità di trovare un accordo unanime tra gli Stati membri in materia di libertà, sicurezza e giustizia. Per questa ragione, era stato previsto che alle convenzioni eventualmente concluse fra Stati membri della CE sarebbe stata garantita la prevalenza in caso di incompatibilità con le disposizioni della Convenzione di Schengen²³. Non mancava poi una generale clausola di subordinazione rispetto all'ordinamento comunitario²⁴. Peraltro, era stato opportunamente predisposto anche uno specifico regime di coordinamento con preesistenti fonti di obblighi internazionali per le Parti contraenti. Numerose convenzioni internazionali erano ivi esplicitamente menzionate, a volte, per sancirne l'osservanza – *in toto* o di singole disposizioni – e, altre volte, per dichiarare che la Convenzione mirava a completarne il contenuto²⁵.

connesse sono state prese in considerazione e disciplinate in apposite disposizioni di coordinamento. In questi casi la soluzione circa la norma cui dare applicazione in via prioritaria rispetto a quella contrastante va ricercata mediante il ricorso a criteri o principi generali.

²¹ In proposito, si veda L. S. Rossi, *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000.

²² Gli accordi di Schengen hanno costituito la prima forma di cooperazione rafforzata, ossia un regime di integrazione differenziata, al fine di consentire una maggiore integrazione tra alcuni Stati membri rispetto agli altri Stati, che invece preferivano non aderire a quel regime. Si trattava di una forma di cooperazione, nata al di fuori dell'ordinamento comunitario, che poi è stata ricondotta al suo interno. Attualmente, quelle disposizioni sono in parte “comunitarizzate” (titolo IV del TCE) e in parte incluse nel titolo VI, TUE.

²³ Convenzione di applicazione entrata in vigore il 26 marzo 1995. Anche qualora il regime di Schengen avesse instaurato una “cooperazione maggiore”, esso sarebbe stato “in ogni caso oggetto di adattamento” rispetto alle future convenzioni tra Stati membri. L'art. 142 disponeva infatti che, qualora fra gli Stati membri della CE fossero concluse convenzioni per la realizzazione di uno spazio senza frontiere interne, le Parti contraenti si sarebbero accordate sulla modifica o la sostituzione delle corrispondenti disposizioni della Convenzione.

²⁴ Ai sensi dell'art. 134, in effetti, le disposizioni della Convenzione erano applicabili solo nella misura in cui fossero compatibili con il diritto comunitario. La ragione di una siffatta previsione va rintracciata nella circostanza che tutti gli Stati contraenti erano membri della CE.

²⁵ L'art. 135 disponeva che le disposizioni della Convenzione facevano “salve quelle della Convenzione di Ginevra e del Protocollo di New York” (Convenzione del 28 luglio 1951 sullo *status* di rifugiato, emendata dal Protocollo del 31 gennaio 1967). Diversi articoli (41, 48, 53, 59, 63) si riferivano poi al Trattato Benelux per salvaguardare le forme di collaborazione, ivi predisposte, relative all'assistenza giudiziaria in materia penale e all'estradizione.

Il frequente inserimento nelle decisioni e decisioni quadro dell'UE di disposizioni che ne disciplinano il coordinamento con convenzioni internazionali, precedenti o successive, concluse da alcuni o tutti gli Stati membri con Stati terzi, rappresenta già di per sé un dato significativo²⁶. La previsione di siffatte clausole è sintomatico di una sorta di “contaminazione” internazionalistica degli atti dell'UE, che pure costituiscono diritto derivato di un'Organizzazione orientata a un elevato livello di integrazione sovranazionale. Da queste clausole emergono la *ratio* e, al contempo, la finalità perseguita attraverso l'emanazione di un atto nell'ambito dell'UE per disciplinare una certa materia, già regolata nei rapporti tra Stati membri e Stati terzi da convenzioni o accordi internazionali. Le finalità degli atti di diritto derivato dell'UE variano da caso a caso: nel settore qui considerato, le più comuni sono l'integrazione, la sostituzione o la migliore realizzazione degli obblighi convenzionali preesistenti.

Nell'analisi delle clausole previste negli atti del terzo pilastro dell'UE è peraltro necessario distinguere le disposizioni che sanciscono il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi di cui all'art. 6 TUE²⁷, da quelle che disciplinano il rapporto tra l'atto che le include e strumenti di diritto internazionale pattizio – preesistenti o successivi – relativi alla stessa materia o a materie collegate²⁸. A quest'ultimo proposito, è possibile innanzitutto rilevare che decisioni e decisioni quadro prendono in considerazione le convenzioni internazionali preesistenti – a volte in maniera puntuale, a volte in maniera generica – e ne dispongono l'abrogazione o la sostituzione nei rapporti tra gli Stati membri.

²⁶ Decisioni e decisioni quadro hanno caratteristiche peculiari che le distinguono tanto dai “classici” atti internazionali e, per certi versi, le avvicinano al diritto comunitario: *a*) esse sono vincolanti per gli Stati membri dal momento della loro entrata in vigore, pur richiedendo atti di recepimento a livello nazionale; *b*) quale rimedio in caso di mancato o inadeguato recepimento, la Corte di giustizia CE ha affermato l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in conformità con le decisioni quadro.

²⁷ Considerata l'incidenza che gli strumenti giuridici della cooperazione in materia penale possono avere sulla tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, gli atti dell'UE prevedono spesso una generale “clausola di subordinazione” al rispetto di quei diritti. Le formule più frequentemente usate sono infatti: “La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario” (corsivo aggiunto); “La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, segnatamente il capo VI”; “L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro”. Questo genere di clausole sono particolarmente degne di nota perché, direttamente o per il tramite del richiamo all'art. 6 TUE, l'applicazione dell'atto in questione è subordinata alla compatibilità con un sistema di garanzia dei diritti umani “estraneo” a quello dell'UE: la CEDU. Le implicazioni derivanti da siffatta subordinazione saranno approfondite nei due paragrafi conclusivi.

²⁸ Gli atti dell'UE, alla luce della Convenzione di Vienna, potrebbero costituire emendamento, modifica *inter se* o abrogazione del precedente trattato per quanto attiene ai rapporti tra gli Stati membri. I rapporti con gli Stati terzi restano invece regolati dalla precedente disciplina, secondo il principio della relatività dei trattati espresso dall'art. 30 della Convenzione di Vienna del 1969.

Altre clausole prevedono invece la salvaguardia di obblighi internazionali precedentemente assunti dagli Stati membri oppure la compatibilità *pro futuro* rispetto ad accordi o intese successivi, ma generalmente in subordine a determinate condizioni.

La lettura delle disposizioni di coordinamento risulta particolarmente utile per prevenire o risolvere eventuali dubbi relativi alla norma applicabile. Nella maggioranza dei casi, infatti, esse non si limitano a un generico richiamo ai trattati internazionali preesistenti, bensì mirano a regolare, secondo precise modalità, i rapporti con strumenti di diritto internazionale convenzionale rilevanti nella materia disciplinata.

Dopo aver individuato le diverse clausole di compatibilità inserite in atti dell'UE nel settore della cooperazione penale, giova distinguere le specifiche disposizioni in base al loro contenuto e alle finalità di cui esse sono espressione.

3. In proposito, rilevano innanzitutto quelle disposizioni che stabiliscono espressamente "l'abrogazione o sostituzione" di precedenti convenzioni internazionali nei rapporti tra gli Stati membri, in generale oppure mediante indicazione tassativa delle stesse.

Per esempio, la decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri²⁹, disciplina espressamente le relazioni con gli altri strumenti giuridici, stabilendo che "fatta salva la loro applicazione nelle relazioni tra Stati membri e paesi terzi", le disposizioni contenute nella decisione quadro "sostituiscono", a partire dal 10 gennaio 2004, le corrispondenti disposizioni di alcune convenzioni applicabili in materia di estradizione "nelle relazioni tra gli Stati membri"³⁰. La decisione quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge³¹ prevede la sostituzione e l'abrogazione di alcune disposizioni della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, nonché di alcune decisioni del Comitato esecutivo istituito con la stessa Convenzione³². Così pure, la decisione

²⁹ Decisione quadro 2002/584/GAI, del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.

³⁰ Così all'art. 31. Le convenzioni internazionali "sostituite" sono precisamente richiamate: la Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, il relativo Protocollo addizionale del 15 ottobre 1975, il relativo secondo Protocollo aggiuntivo del 17 marzo 1978 e la Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977 per la parte concernente l'estradizione; l'Accordo tra gli Stati membri delle Comunità europee sulla semplificazione e la modernizzazione delle modalità di trasmissione delle domande di estradizione del 26 maggio 1989; la Convenzione relativa alla procedura semplificata di estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea del 10 marzo 1995; la Convenzione relativa all'estradizione tra gli Stati membri dell'Unione europea del 27 settembre 1996; il titolo III, capitolo 4, della Convenzione del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo di Schengen del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni.

³¹ Decisione quadro 2006/960/GAI del 18 dicembre 2006, *GUUE* L 386, 29 dicembre 2006, p. 89.

³² Precisamente, ai sensi dell'art. 12, par. 1, le disposizioni dell'art. 39, paragrafi 1, 2 e 3, e dell'art. 46 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen sono "sostituite" dalle

quadro relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali³³ dispone l'abrogazione di alcune disposizioni della stessa Convenzione di Schengen del 1990 a decorrere dalla data entro cui gli Stati membri sono chiamati ad adottare le misure necessarie per conformarsi alla decisione quadro³⁴. Una simile clausola è contenuta nella decisione quadro relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale³⁵. La decisione quadro dichiara, infatti di sostituire “nell'ambito degli Stati membri parti della convenzione” una disposizione della Convenzione europea del 28 maggio 1970 sulla validità internazionale delle sentenze penali riguardante la stessa materia, “fatta salva la sua applicazione tra gli Stati membri e i paesi terzi” (art. 4)³⁶.

4. Nella maggioranza dei casi “il coordinamento” tra gli atti del terzo pilastro dell'UE e le convenzioni internazionali precedentemente concluse dagli Stati membri è disciplinato secondo previsioni differenti. Queste convenzioni a volte sono richiamate in maniera precisa, altre volte rientrano in formule generiche³⁷. Le differenze nei criteri di coordinamento utilizzati dipendono dal variare di determinate circostanze: sotto il profilo soggettivo, a seconda che si tratti di

disposizioni della decisione quadro richiamata, nella misura in cui riguardano lo scambio di informazioni e di *intelligence* ai fini dello svolgimento di indagini penali o di operazioni di *intelligence* criminale da essa previsto. Sono invece abrogate la decisione del Comitato esecutivo di Schengen del 16 dicembre 1998, riguardante la cooperazione transfrontaliera tra forze di polizia nella prevenzione e nella ricerca di fatti punibili su richiesta, e la decisione del Comitato esecutivo di Schengen del 28 aprile 1999, riguardante il miglioramento della cooperazione tra forze di polizia nella prevenzione e nella ricerca di fatti punibili.

³³ Decisione quadro 2002/946/GAI del 28 novembre 2002, *GUCE* L 328, 5 dicembre 2002, p. 1.

³⁴ Ai sensi dell'art. 10, sono “abrogate” le disposizioni dell'art. 27, paragrafi 2 e 3, della Convenzione di Schengen del 1990, a decorrere dal 5 dicembre 2004, ossia dalla data entro cui gli Stati membri sono chiamati ad adottare le misure necessarie per conformarsi alla presente decisione quadro. Qualora uno Stato membro attui la decisione quadro prima di questa data, le summenzionate disposizioni cessano di applicarsi a tale Stato membro a partire dalla data di attuazione.

³⁵ Decisione quadro 2008/675/GAI del 24 luglio 2008, *GUUE* L 220, 15 agosto 2008, p. 32. Ai sensi dei “considerando” 5° e 6°, tale decisione quadro non mira ad armonizzare le conseguenze attribuite dalle diverse legislazioni nazionali all'esistenza di condanne precedenti, né a far eseguire in uno Stato membro decisioni giudiziarie prese in altri Stati membri, quanto a far sì che, in occasione dell'apertura di un nuovo procedimento penale in un altro Stato membro, si attribuiscono delle conseguenze a una condanna precedentemente comminata in uno Stato membro nella misura in cui, in base al diritto dell'altro Stato membro in questione, siffatte conseguenze vengano attribuite alle precedenti condanne nazionali.

³⁶ Al 10° “considerando” era previsto: “La presente decisione quadro deve sostituire le disposizioni dell'articolo 56 della *convenzione europea del 28 maggio 1970 sulla validità internazionale delle sentenze penali* relative alla presa in considerazione delle condanne penali nelle relazioni tra gli Stati membri firmatari di detta convenzione” (corsivo aggiunto).

³⁷ Per esempio: “gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della presente decisione quadro”; “accordi o intese bilaterali o multilaterali conclusi tra Stati membri”; “gli accordi o intese bilaterali o multilaterali tra Stati membri e paesi terzi”; “gli strumenti esistenti o futuri”.

accordi o intese tra Stati membri oppure di convenzioni cui partecipano anche Stati terzi; sotto quello oggettivo, in funzione della materia regolata e dell'obiettivo perseguito dall'atto UE.

Generalmente le disposizioni dichiarano espressamente che l'atto in cui sono inserite non pregiudica gli obblighi degli Stati membri derivanti da convenzioni preesistenti, affermando in questo modo la propria "compatibilità" con esse. Ne consegue che, in caso di conflitto tra gli obblighi rispettivamente posti in capo agli Stati membri, questi dovrebbero "dare la precedenza" all'adempimento degli obblighi convenzionali. La ragione della previsione di siffatte clausole di compatibilità va rintracciata nella volontà degli Stati membri di garantire il rispetto degli obblighi assunti nei confronti di Stati terzi (non membri dell'UE) in forza di convenzioni internazionali, salvaguardandoli dai possibili pregiudizi che possano derivare da una diversa disciplina della stessa materia dettata in ambito UE.

Tuttavia, la prevalenza riconosciuta agli strumenti internazionali preesistenti a volte risulta molto limitata – una sorta di compatibilità "condizionata" – poiché conseguente al ricorrere di precise condizioni. Questo avviene, in particolare, con riferimento ad accordi o intese, bilaterali o multilaterali, in vigore tra Stati membri. Si prevede, infatti, che questi possano continuare a essere applicati anche dopo l'adozione della decisione quadro ove la disciplina ivi fissata consenta di approfondire, migliorare, agevolare o semplificare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla decisione quadro.

Per fare un esempio, la nota decisione quadro sul mandato d'arresto europeo³⁸ consente agli Stati membri di continuare ad applicare gli accordi o intese, bilaterali o multilaterali, vigenti al momento dell'adozione della decisione quadro, "nella misura in cui questi consentono di approfondire o di andare oltre gli obiettivi di quest'ultima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato" (art. 31, par. 2). D'altra parte, queste convenzioni internazionali, concluse dagli Stati membri precedentemente all'adozione dell'atto dell'UE relativo alla stessa materia, "non possono in alcun caso pregiudicare le relazioni con gli Stati membri che non sono parti degli stessi"³⁹. Clausole di questo tenore sono molto ricorrenti nelle decisioni quadro⁴⁰. A volte, tuttavia, nel disporre la compatibilità della decisione quadro con l'applicazione

³⁸ Decisione quadro 2002/584/GAI, cit.

³⁹ *Ibidem*, art. 31, par. 4.

⁴⁰ Identiche formule sono inserite nella decisione quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge: "Gli Stati membri possono continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione della presente decisione quadro *nella misura in cui questi consentono di approfondire gli obiettivi della medesima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente* le procedure per lo scambio di informazioni e *intelligence* che rientrano nell'ambito d'applicazione della presente decisione quadro. Gli accordi e le intese di cui ai paragrafi 3 e 4 non possono in alcun caso pregiudicare le relazioni con gli Stati membri che non sono parti degli stessi" (art. 12, paragrafi 3 e 5 della decisione quadro 2006/960/GAI, cit.; corsivo aggiunto).

di altri accordi o intese non è prevista alcuna clausola di salvaguardia in favore delle relazioni tra gli Stati membri che non ne siano parte⁴¹.

Con una formula diversa, ma simile nella finalità, la decisione quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell'Unione europea incaricate dell'applicazione della legge⁴² dichiara di lasciare impregiudicati gli strumenti “esistenti o futuri che consentono di estenderne gli obiettivi o che agevolano le procedure per lo scambio di informazioni e di *intelligence*”⁴³. Nelle diverse previsioni, appare utile sottolineare il differente trattamento riservato a “convenzioni internazionali” di cui siano parte non solo gli Stati membri, ma anche “Stati terzi”, così come altri strumenti dell'UE aventi ad oggetto una materia diversa – seppur correlata – da quella regolata dalla decisione quadro. In questi ultimi casi, la compatibilità nei loro confronti non è limitata da alcuna condizione⁴⁴.

Siffatta circostanza ricorre anche nella decisione concernente la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi⁴⁵. Nel disciplinare le relazioni con le modalità di cooperazione esistenti in materia di assistenza giudiziaria reciproca in ambito UE e internazionale, la decisione precisa infatti che gli obblighi derivanti dagli strumenti dell'Unione europea sull'assistenza giudiziaria reciproca o sul riconoscimento reciproco delle decisioni in materia penale, dagli “accordi o intese bilaterali o multilaterali tra gli Stati membri e i paesi terzi” in materia di assistenza giudiziaria reciproca restano assolutamente impregiudicati (cfr. art. 7).

⁴¹ Questo è il caso della decisione quadro 2005/214/GAI del 24 febbraio 2005, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie, *GUUE* L 76, 22 marzo 2005, p. 16, il cui art. 18 dispone soltanto che la decisione quadro in questione “non pregiudica l'applicazione di accordi bilaterali o multilaterali o intese tra Stati membri nella misura in cui detti accordi o intese consentano di andare oltre la presente decisione quadro e contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure per l'esecuzione delle sanzioni pecuniarie”. Nello stesso modo, nella decisione quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, *GUUE* L 328, 24 novembre 2006, p. 59, l'art. 21 – riguardante le “Relazioni con altri accordi o intese” – prevede soltanto: “La presente decisione quadro non pregiudica l'applicazione di accordi o intese bilaterali o multilaterali conclusi tra Stati membri sempreché tali accordi o intese servano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure relative all'esecuzione delle decisioni di confisca”.

⁴² Decisione quadro 2006/960/GAI, cit..

⁴³ 8° “considerando”. In proposito è espressamente richiamata la Convenzione del 18 dicembre 1997 stabilita in base all'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea relativa alla mutua assistenza e alla cooperazione tra amministrazioni doganali, *GUCE* C 24, 23 gennaio 1998, p. 2.

⁴⁴ Ai sensi dell'art. 1, par. 2: “La presente decisione quadro lascia impregiudicati gli *accordi o intese bilaterali o multilaterali tra Stati membri e paesi terzi* e gli strumenti dell'Unione europea riguardanti la reciproca assistenza giudiziaria o il reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale, comprese le condizioni stabilite da paesi terzi riguardo all'utilizzo delle informazioni già fornite” (corsivo aggiunto).

⁴⁵ Decisione 2007/845/GAI del 6 dicembre 2007, *GUUE* L 332, 18 dicembre 2007, p. 103.

Un altro esempio delle clausole di salvaguardia in favore di convenzioni internazionali tra Stati membri e Stati terzi in materie correlate con quella oggetto dell'atto UE è inserito nella decisione quadro relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali⁴⁶. Ivi si stabilisce espressamente che l'applicazione della decisione quadro non pregiudica la protezione concessa ai rifugiati e ai richiedenti asilo "conformemente al diritto internazionale relativo ai rifugiati o ad altri strumenti internazionali sui diritti dell'uomo, e in particolare l'osservanza da parte degli Stati membri delle loro obbligazioni internazionali ai sensi degli articoli 31 e 33 della Convenzione del 1951 relativa allo status dei rifugiati".

Una clausola di compatibilità – per così dire – incondizionata è prevista nella citata decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e si riferisce a una convenzione internazionale che non disciplina la stessa materia, ma una materia che potrebbe comunque venire in rilievo nel corso delle procedure di esecuzione del mandato d'arresto europeo. Si tratta, precisamente, della tutela della *privacy* e si stabilisce che i dati personali trattati nell'attuazione del mandato d'arresto europeo siano protetti in conformità con i principi della Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981, relativa alla protezione delle persone nei confronti del trattamento automatizzato dei dati di carattere personale⁴⁷. Nella stessa decisione quadro viene poi affrontato espressamente il problema del possibile concorso tra due richieste di consegna presentate a uno Stato membro: un mandato d'arresto europeo, quindi, da parte di un altro Stato membro e una richiesta di estradizione da parte di uno Stato terzo. Ricorre in questo caso un vero e proprio conflitto tra obblighi derivanti da due strumenti giuridici diversi poiché lo Stato potrà necessariamente dare adempimento soltanto ad una delle due richieste di consegna, disattendendo l'altra. La scelta è affidata alla competente autorità dell'esecuzione che tenga conto di tutte le circostanze rilevanti, ossia della gravità relativa e del luogo in cui è avvenuto il reato, delle date rispettive di emissione delle due richieste nonché del fatto che siano state emesse ai fini dell'azione penale o per l'esecuzione di una pena o misura privative della libertà (così l'art. 16, par. 3). Peraltro, si afferma l'assoluta compatibilità della richiamata disposizione con gli obblighi degli Stati membri derivanti dallo Statuto della Corte penale internazionale (art. 16, par. 4)⁴⁸.

⁴⁶ Decisione quadro 2002/946/GAI, cit.

⁴⁷ "Poiché tutti gli Stati membri hanno ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa del 28 gennaio 1981 relativa alla protezione delle persone nei confronti del trattamento automatizzato dei dati di carattere personale, è opportuno che i dati personali trattati nel contesto dell'attuazione della presente decisione quadro siano protetti in conformità con i principi di detta convenzione" (14° "considerando").

⁴⁸ In altri termini, in caso di richieste multiple di consegna di un ricercato, la scelta della richiesta cui dare esecuzione non può pregiudicare gli obblighi posti in capo agli Stati membri sulla base dello Statuto della CPI. In linea di principio, il meccanismo semplificato e più rapido di consegna può anzi facilitare la collaborazione degli Stati membri con la CPI nel perseguire i crimini internazionali. Sotto questo profilo, il mandato d'arresto europeo è dunque pienamente compatibile

Alcuni atti invece si limitano a richiamare gli strumenti internazionali esistenti in materia senza predisporre alcun meccanismo di coordinamento nei loro confronti. Siffatte disposizioni non sono qualificabili tecnicamente come clausole di compatibilità, secondo la formulazione di cui al par. 2 dell'art. 30 della Convenzione di Vienna del 1969. Sembra, in effetti, difficile sostenere che la semplice citazione di convenzioni internazionali, rilevanti nella stessa materia disciplinata da una decisione quadro, possa essere intesa come volontà di subordinare quest'ultima alle convenzioni citate. L'innammissibilità di una siffatta prospettazione è resa ancor più evidente dalla circostanza che spesso è esplicitamente dichiarato l'intento dell'atto di apportare un miglioramento o il superamento in senso evolutivo della disciplina della materia dettata a livello internazionale.

In questo senso, la decisione quadro relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato⁴⁹ tiene conto del fatto che la stessa materia sia disciplinata nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000 e nella Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, ratificata da tutti gli Stati membri⁵⁰. Tuttavia, lo stesso atto non manca di considerare che gli strumenti esistenti in questo settore non hanno assicurato in misura sufficiente un'efficace cooperazione transfrontaliera in materia di confisca. L'obiettivo dichiarato della

con gli obiettivi della CPI. Un'ipotesi di possibile conflitto potrebbe tuttavia risultare dal differente trattamento delle immunità nello Statuto della CPI (art. 27) e nella decisione quadro (art. 20). La CPI può, infatti, esercitare la propria giurisdizione sugli individui indipendentemente dal fatto che essi godano di immunità personali o funzionali. Alla luce dello Statuto, gli Stati si sono quindi impegnati a consegnare la persona ricercata alla CPI senza tener conto di eventuali privilegi o immunità. Al contrario, l'esecuzione del mandato d'arresto europeo rimane bloccata in ipotesi di privilegi o immunità, fin quando essi non sono revocati dallo Stato che li ha concessi. In proposito, si rinvia a X. PONS RAFOLS, *La Unión europea ante la Corte penal internacional*, in *RDCE*, 2003, p. 1067 ss.; L. VIERUCCI, *The European Arrest Warrant. An Additional Tool for Prosecuting ICC Crimes*, in *JICJ*, 2004, p. 275 ss.; A. MIGNOLLI, *The European Union and the International Criminal Court*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milano, 2006, p. 321 ss.; Z. DEEN-RACSMANY, *Lessons of the European Arrest Warrant for Domestic Implementation of the Obligation to Surrender Nationals to the International Criminal Court*, in *Leiden JIL*, 2007, p. 167 ss.

⁴⁹ Decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005, *GUUE* L 68, 15 marzo 2005, p. 49.

⁵⁰ Nei "considerando" 6° e 7° la decisione quadro ricorda: "L'articolo 12, relativo al sequestro e alla confisca, della convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 12 dicembre 2000 prevede che le parti possano esaminare la possibilità di chiedere a chi abbia commesso un reato di documentare l'origine legittima dei presunti effetti o proventi confiscabili, sempre che tale richiesta sia compatibile con i principi del diritto nazionale e con la natura dell'azione giudiziaria". "Tutti gli Stati membri hanno ratificato la convenzione del Consiglio d'Europa dell'8 novembre 1990 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato. Vari Stati membri hanno emesso dichiarazioni sull'articolo 2 della convenzione relativo alla confisca, intese a precisare che essi sono unicamente tenuti a confiscare i proventi di una serie di determinati reati". È richiamata anche la decisione quadro 2001/500/GAI del Consiglio, la quale contiene disposizioni concernenti il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato.

decisione quadro è quello di assicurare che tutti gli Stati membri dispongano di norme efficaci che disciplinino la confisca dei proventi di reato⁵¹. Da quanto detto si può dedurre che l'atto dell'UE citato è stato adottato con la precisa finalità di fornire norme comuni a tutti gli Stati membri per disciplinare la confisca dei proventi del reato in maniera più efficace rispetto al passato. L'atto si pone dunque come un'evoluzione rispetto alle convenzioni preesistenti, le quali non hanno assicurato in maniera sufficiente la cooperazione transfrontaliera nella materia in questione. Proprio per il fatto di voler dettare una nuova disciplina, più idonea rispetto a quella internazionale, la decisione quadro non prevede alcuna clausola di compatibilità con gli strumenti internazionali cui gli Stati membri hanno aderito in precedenza⁵².

Mira allo stesso obiettivo di migliorare la cooperazione tra gli Stati membri la decisione quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca⁵³. Pur avendo considerato che tutti gli Stati membri hanno ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato⁵⁴, la decisione quadro è stata adottata per facilitare la cooperazione tra gli Stati membri mediante il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni di confisca dei proventi, ossia prevedendo che ciascuno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca prese da un tribunale, competente in materia penale, di un altro Stato membro⁵⁵.

Così pure la decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo⁵⁶, senza disciplinare in alcun modo i propri rapporti con altri strumenti di diritto internazionale, si limita a constatare che tutti gli Stati membri o alcuni di essi sono parti di

⁵¹ Cfr. “considerando” 9° e 10° della decisione quadro 2005/212/GAI, cit. La decisione quadro precisa peraltro che l'obiettivo di dettare norme efficaci per facilitare le procedure di confisca tra Stati membri vale “anche per quanto riguarda l'onere della prova relativamente all'origine dei beni detenuti da una persona condannata per un reato connesso con la criminalità organizzata”.

⁵² L'art. 5 – rubricato “Salvaguardia” – prevede soltanto: “La presente decisione quadro lascia inalterato l'obbligo di rispettare i diritti e i principi fondamentali sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea, tra cui, in particolare, la presunzione di innocenza”.

⁵³ Decisione quadro 2006/783/GAI, cit.

⁵⁴ 3° “considerando”.

⁵⁵ L'obiettivo della decisione quadro è “migliorare, conformemente al principio del reciproco riconoscimento, l'esecuzione in uno Stato membro di una decisione di confisca, presa in un altro Stato membro, tra l'altro ai fini della restituzione alla vittima di un reato, tenuto conto dell'esistenza della convenzione del 1990. Per raggiungere tale obiettivo, la presente decisione quadro, entro i limiti del suo campo d'applicazione, riduce le cause di rifiuto di esecuzione ed elimina, tra gli Stati membri, i sistemi di conversione delle decisioni di confisca in decisioni nazionali” (4° “considerando”, corsivo aggiunto). Ai sensi dell'8° “considerando”, “la presente decisione quadro è legata alla decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato. Tale decisione quadro è intesa ad assicurare a tutti gli Stati membri norme efficaci per i casi in cui è richiesta la confisca dei proventi di reato, anche per quanto riguarda l'onere della prova relativamente all'origine dei beni detenuti da una persona condannata per un reato connesso alla criminalità organizzata”.

⁵⁶ Decisione quadro 2002/475/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, sulla lotta contro il terrorismo, *GUCE* L 164, 22 giugno 2002, p. 3.

una serie di convenzioni relative al terrorismo⁵⁷. La decisione quadro vuole porre rimedio a un *deficit* delle normative citate provvedendo all'armonizzazione in tutti gli Stati membri della definizione dei reati terroristici, compresa quella dei reati riconducibili a organizzazioni terroristiche⁵⁸.

Simili sono le previsioni inserite nella decisione quadro relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali⁵⁹, la quale mira a integrare altri strumenti adottati per combattere l'immigrazione clandestina, il lavoro illegale, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini. Con particolare riferimento all'Islanda e alla Norvegia, si precisa che "la presente decisione quadro costituisce uno *sviluppo delle disposizioni dell'acquis di Schengen*"⁶⁰. Ne deriva che la decisione quadro fissa un rapporto di compatibilità in quanto si pone come disciplina integrativa, ma anche di prevalenza poiché dichiara di costituire un'evoluzione rispetto agli strumenti internazionali esistenti. Gli Stati membri, qualora si trovino di fronte a un'alternativa categorica tra gli obblighi derivanti dai rispettivi strumenti, tendenzialmente dovrebbero preferire dare applicazione all'atto UE e considerare l'altra normativa come superata. Occorre in ogni caso tener presente che, in ipotesi del genere, l'insorgenza di un conflitto è davvero poco probabile.

⁵⁷ Sono richiamate in proposito la Convenzione del Consiglio d'Europa, del 27 gennaio 1977, per la repressione del terrorismo, nonché la Convenzione per l'eliminazione degli attentati terroristici mediante l'uso di esplosivi del 15 dicembre 1997 e la Convenzione per la repressione del finanziamento del terrorismo del 9 dicembre 1999, adottate nel quadro delle Nazioni Unite (3° e 5° "considerando"). Si ricorda peraltro che "l'Unione europea ha adottato numerose misure specifiche per lottare contro il terrorismo e la criminalità organizzata". Per es., la decisione del Consiglio, del 3 dicembre 1998, che incarica l'Europol di occuparsi dei reati commessi o che possono essere commessi nell'ambito di attività terroristiche che si configurano in reati contro la vita, l'incolumità fisica, la libertà delle persone e i beni; l'azione comune 96/610/GAI del 15 ottobre 1996 sull'istituzione e l'aggiornamento costante di un repertorio delle competenze, capacità e conoscenze specialistiche nel settore dell'antiterrorismo, per facilitare la cooperazione fra gli Stati membri dell'Unione europea nella lotta al terrorismo, *GUCE L* 273, 25 ottobre 1996, p. 1; l'azione comune 98/428/GAI del 29 giugno 1998 sull'istituzione di una Rete giudiziaria europea(6) con competenze per i reati terroristici, *GUCE L* 191, 7 luglio 1998, p. 4; l'azione comune 98/733/GAI del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione europea, *GUCE L* 351, 29 dicembre 1998, p. 1.

⁵⁸ Tuttavia, ai sensi dell'11° "considerando", "la presente decisione quadro non disciplina le attività delle forze armate in tempo di conflitto armato, secondo le definizioni date a questi termini dal diritto internazionale umanitario, attività disciplinate da questo stesso diritto, né le attività svolte dalle forze armate di uno Stato nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali, che sono disciplinate da altre norme del diritto internazionale". In questo caso i rinvii ad altre norme del diritto internazionale – rilevanti in ambiti normativi che la decisione quadro dichiara di non disciplinare – sembrano delimitare il campo di applicazione dell'atto in esame. Ciò non equivale alla previsione di vere e proprie clausole di compatibilità, ma sicuramente contribuisce a evitare e prevenire eventuali incompatibilità tra le rispettive disposizioni.

⁵⁹ Decisione quadro 2002/946/GAI, cit.

⁶⁰ Corsivo aggiunto. Tale sviluppo è ammesso "ai sensi dell'accordo concluso dal Consiglio dell'Unione europea con la Repubblica d'Islanda e il Regno di Norvegia sull'associazione di questi due Stati all'attuazione, all'applicazione e allo sviluppo dell'*acquis di Schengen*" (6° "considerando").

In altri casi, in una disposizione specifica è esplicitato l'obiettivo di completare e agevolare l'applicazione di alcune convenzioni internazionali relative a materie attinenti con quelle disciplinate nell'atto UE. Così mediante l'adozione della decisione relativa allo scambio di informazioni estratte dal casellario giudiziario⁶¹ si vuole porre rimedio alla lentezza dei meccanismi di trasmissione delle informazioni sulle condanne previsti in ambito internazionale ed europeo⁶². Sotto questo profilo, la decisione mira ad agevolare e uniformare l'applicazione di alcune precedenti convenzioni relative all'assistenza giudiziaria, concluse tra gli Stati membri o con Stati terzi, ma detta anche una disciplina semplificata e più efficace degli scambi di informazioni estratte dal casellario. Nel contempo, la decisione afferma la compatibilità con le sue disposizioni di eventuali accordi tra Stati membri che prevedano una disciplina più favorevole, in quanto rispondente allo stesso intento di semplificazione e miglioramento della cooperazione⁶³. *A contrario*, lo stesso atto UE non ammetterebbe l'applicazione da parte degli Stati membri di eventuali accordi o intese disciplinanti la materia con disposizioni meno "favorevoli" al raggiungimento degli obiettivi della decisione e, perciò, con essa incompatibili.

La decisione quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato⁶⁴ richiama invece alcune convenzioni internazionali precedentemente adottate dagli Stati membri nell'ambito di organizzazioni internazionali di cui CE e UE non sono parte – quale la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali e la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa – e si pone "accanto" ai richiamati strumenti internazionali, al fine di garantire che sia la corruzione attiva sia quella passiva nel settore privato siano considerate illeciti penali in tutti gli Stati membri⁶⁵. Nella stessa decisione quadro, addirittura, gli Stati membri che non hanno ancora ratificato la Convenzione del Consiglio d'Europa del 27 gennaio 1999 sono invitati a trovare il modo di ratificarle al più

⁶¹ Decisione 2005/876/GAI del 21 novembre 2005, *GUUE* L 322, 9 dicembre 2005, p. 33.

⁶² Nel 3° e 8° "considerando" è espressamente dichiarato che gli strumenti internazionali preesistenti "prevedono meccanismi di trasmissione delle informazioni sulle condanne tra le parti contraenti, la cui lentezza tuttavia non corrisponde più alle esigenze della cooperazione giudiziaria in uno spazio quale quello dell'Unione europea". L'art. 6, dedicato ai rapporti con altri strumenti giuridici, stabilisce: "Per quanto riguarda gli Stati membri, la presente decisione *completa ed agevola* l'applicazione degli articoli 13 e 22 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, dei suoi protocolli aggiuntivi del 17 marzo 1978 e dell'8 novembre 2001, della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea del 29 maggio 2000 e relativo protocollo del 16 ottobre 2001". Infatti, ai sensi della stessa decisione, gli Stati membri "rinunciano a far valere, nei reciproci rapporti, le loro eventuali riserve sull'articolo 13 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959" (corsivi aggiunti) – abrogando così quelle riserve nei rapporti *inter se* – ma lasciano impregiudicate le riserve sull'art. 22 di detta Convenzione.

⁶³ La decisione fa salva l'applicazione di disposizioni più favorevoli contenute in accordi bilaterali o multilaterali "tra Stati membri".

⁶⁴ Decisione quadro 2003/568/GAI del 22 luglio 2003, *GUUE* L 192, 31 luglio 2003, p. 54.

⁶⁵ 8° "considerando".

presto. In questo caso, a differenza dei precedenti, dalla lettura congiunta delle disposizioni riguardanti l'invito rivolto agli Stati membri per la ratifica di una convenzione internazionale e l'obiettivo dell'armonizzazione delle legislazioni penali può dedursi che la decisione quadro finisce con il rafforzare l'efficacia degli strumenti internazionali richiamati e "promossi" in tutti gli Stati membri.

È invece priva di riferimenti alle specifiche convenzioni internazionali vigenti in materia, la decisione quadro relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile⁶⁶. Essa tuttavia considera che "l'importante opera portata avanti da organizzazioni internazionali deve essere *integrata* da quella dell'Unione europea"⁶⁷. Nello stesso senso la decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani⁶⁸ precisa che l'importante opera portata avanti da organizzazioni internazionali, in particolare, dalle Nazioni Unite "deve essere *integrata* da quella dell'Unione europea"⁶⁹. In tal caso, non si vuole negare che "il protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini rappresenta un passo in avanti decisivo nella cooperazione internazionale in questo settore"⁷⁰. Entrambe le decisioni da ultimo citate vogliono affiancarsi agli strumenti precedentemente adottati in ambito internazionale in una prospettiva di sicura compatibilità applicativa e di intenti.

5. Seppur con minor frequenza, alcune disposizioni di coordinamento inserite in decisioni e decisioni quadro si riferiscono all'eventuale adozione di future convenzioni nella stessa materia da loro disciplinata. Ove previste, si tratta sempre di "clausole di compatibilità", le quali autorizzano gli Stati membri alla successiva conclusione di intese o accordi – bilaterali o multilaterali – in subordine a determinate condizioni. In particolare, alcuni atti del terzo pilastro affermano di non pregiudicare l'adozione di successive intese *inter se* nella misura in cui queste consentano di approfondire gli obiettivi da essi perseguiti e contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente la disciplina della materia specifica di cui si occupano. Ragionando *a contrario*, da queste stesse clausole è possibile dedurre l'incompatibilità di futuri accordi o intese che ostacolino o rendano più difficoltoso il raggiungimento degli obiettivi degli atti dell'UE in questione e determinino una regressione dei meccanismi di cooperazione in materia penale tra gli Stati membri.

Giova, ancora una volta, richiamare ad esempio la decisione quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, che autorizza gli Stati membri a concludere "accordi o intese bilaterali o multilaterali *dopo l'entrata in vigore della presente decisione quadro* nella misura in cui questi consentono di approfondire o di andare oltre il contenuto di quest'ultima e contri-

⁶⁶ Decisione quadro 2004/68/GAI del 22 dicembre 2003, *GUUE* L 13, 20 gennaio 2004, p. 44.

⁶⁷ Così il 6° "considerando" (corsivo aggiunto).

⁶⁸ Decisione quadro 2002/629/GAI del 19 luglio 2002, *GUCE* L 203, 1° agosto 2002, p. 1.

⁶⁹ 6° "considerando" (corsivo aggiunto).

⁷⁰ 4° "considerando".

buiscono a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato”⁷¹. Ugualmente, secondo le disposizioni della decisione quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri dell’UE⁷², “gli Stati membri possono concludere o mettere in vigore accordi o intese bilaterali o multilaterali dopo l’entrata in vigore della presente decisione quadro *nella misura in cui questi consentono di approfondire gli obiettivi della medesima e contribuiscono a semplificare o agevolare ulteriormente* le procedure per lo scambio di informazioni e *intelligence* che rientrano nell’ambito d’applicazione della presente decisione quadro” (art. 12, par. 4)⁷³.

Le formule di queste clausole di compatibilità *pro futuro* ricalcano esattamente quelle frequentemente utilizzate dalle disposizioni previste per sancire la compatibilità degli atti UE con preesistenti accordi o intese tra due o più Stati membri. In entrambe le ipotesi, in virtù di siffatte clausole gli strumenti di diritto internazionale convenzionale possono tradursi in forme di integrazione differenziata tra alcuni Stati membri. Questa possibilità di integrazione “a più velocità” è subordinata soltanto al fatto che gli strumenti convenzionali costituiscano una disciplina più favorevole al raggiungimento degli obiettivi comuni, in quanto consentano di regolare la stessa materia in maniera più approfondita o agevolata o semplificata e di “andare oltre” le previsioni degli atti UE.

6. Accanto alle clausole di compatibilità riferite a strumenti internazionali aventi a oggetto la stessa materia, gli atti del terzo pilastro UE prevedono spesso una disposizione che determina la loro “subordinazione” all’obbligo di rispettare dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali. La ragione di tale previsione potrebbe trovarsi non solo nell’incidenza che gli strumenti giuridici della cooperazione nel settore penale possono avere sulla tutela di quei diritti, ma anche nella cautela che gli Stati membri mostrano nel disciplinare queste materie in ambito sovranazionale. Siffatte clausole interessano perché, direttamente o per il tramite del richiamo all’art. 6 TUE, l’applicazione degli atti UE in questione è subordinata alla compatibilità con un sistema di garanzia dei diritti umani “estraneo” a quello in cui l’atto stesso è adottato: la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali.

Nella disamina delle clausole inserite negli atti più rilevanti, sembra opportuno cominciare – ancora una volta – dalla decisione quadro sul mandato d’arresto europeo⁷⁴, la quale “rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall’articolo 6 del trattato sull’Unione europea e contenuti nella *Carta dei*

⁷¹ Corsivo aggiunto. In particolare, ai sensi dell’art. 31, par. 3, si può migliorare o approfondire la disciplina del mandato d’arresto europeo “fissando termini più brevi di quelli dell’articolo 17, estendendo l’elenco dei reati di cui all’articolo 2, paragrafo 2, riducendo ulteriormente i motivi di rifiuto di cui agli articoli 3 e 4 o abbassando la soglia di cui all’articolo 2, paragrafi 1 o 2”.

⁷² Decisione quadro 2006/960/GAI, cit.

⁷³ Corsivo aggiunto. Siffatti accordi e intese comunque “non possono in alcun caso pregiudicare le relazioni con gli Stati membri che non sono parti degli stessi” (par. 5).

⁷⁴ Decisione quadro 2002/584/GAI, cit., p. 1.

diritti fondamentali dell'Unione europea"⁷⁵. A ciò viene aggiunta un'ulteriore precisazione, ai sensi della quale "nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di procedere alla consegna di una persona che forma oggetto di un mandato d'arresto europeo, qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il mandato d'arresto europeo sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi". Un ulteriore riferimento all'obbligo di rispettare i diritti fondamentali compare dopo la definizione del mandato d'arresto europeo e la previsione dell'obbligo di darvi esecuzione. È, infatti, espressamente stabilito che alla decisione quadro in esame non può mai essere ricondotto l'effetto di derogare o modificare "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea" (art. 1, par. 3).

Le "formule" delle due citate clausole di subordinazione al rispetto dei diritti fondamentali ricorrono frequentemente negli atti dell'UE. Previsione pressoché identica a quella sopra riportata è contenuta nella decisione quadro relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio⁷⁶. Si precisa, in particolare, che il riconoscimento e l'esecuzione da parte di uno Stato membro di un provvedimento di blocco o di sequestro di beni – emesso da un'autorità giudiziaria di un altro Stato membro – non può mai avere come effetto quello di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali enunciati all'art. 6 TUE (art. 1).

Le stesse previsioni sono riproposte nella decisione quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sanzioni pecuniarie⁷⁷, la quale rispetta la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e "non modifica l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamen-

⁷⁵ 12° "considerando" (corsivo aggiunto). La cosiddetta "Carta di Nizza" del 7 dicembre 2000 (GUCE C 364, 18 dicembre 2000, p. 1) è generalmente riconosciuta priva di valore giuridico vincolante per gli Stati membri poiché essa è stata proclamata dalle istituzioni comunitarie, ma non fa parte del Trattato di Nizza adottato nella stessa occasione in riforma dei Trattati CE e UE. Lo "stesso valore giuridico dei Trattati" istitutivi è invece riconosciuto alla Carta ai sensi dell'art. 6, par. 1 del nuovo TUE, come modificato dal Trattato di Lisbona del 18 dicembre 2007.

⁷⁶ Decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003, GUUE L 196, 2 agosto 2003, p. 45, 6° "considerando": "La presente decisione quadro *rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, segnatamente il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di mettere sotto sequestro un bene che forma oggetto di un provvedimento di blocco o sequestro qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che il provvedimento suddetto sia stato emesso al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinioni politiche o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi" (corsivo aggiunto).

⁷⁷ Decisione quadro 2005/214/GAI, cit.

tali sancito dall'articolo 6 del trattato" (art. 3)⁷⁸. Così anche nella decisione quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca⁷⁹ si ribadisce che "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro e qualsiasi obbligo che incombe alle autorità giudiziarie al riguardo rimane impregiudicato" (art. 1, par. 2)⁸⁰. Identiche clausole sono inserite nella decisione quadro relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione europea in occasione di un nuovo procedimento penale⁸¹. Con formula più concisa, la decisione sullo scambio di informazioni e la cooperazione in materia di reati terroristici⁸² "rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti segnatamente nella *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*"⁸³.

Con un espresso richiamo alla CEDU, la decisione quadro sulla lotta contro il terrorismo dichiara di rispettare "i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario"⁸⁴. Non manca comunque il richiamo ai principi riconosciuti all'art. 6, par. 2 TUE e rispecchiati nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Infine, è riproposta la usuale

⁷⁸ Cfr. 5° "considerando": "La presente decisione quadro *rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in particolare il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro dovrebbe essere interpretato nel senso che sia consentito rifiutare di dare esecuzione ad una decisione qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che le sanzioni pecuniarie si prefiggono di punire una persona per motivi di sesso, razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o tendenze sessuali, oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi" (corsivo aggiunto).

⁷⁹ Decisione quadro 2006/783/GAI, cit.

⁸⁰ 13° "considerando": "La presente decisione quadro *rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in particolare il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di confiscare un bene che forma oggetto di una decisione di confisca, qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che la decisione suddetta sia stata emessa al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi" (corsivo aggiunto).

⁸¹ Decisione quadro 2008/675/GAI, cit. Ai sensi del 12° "considerando", la decisione quadro in questione "*rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*" (corsivo aggiunto). In altri termini, la decisione quadro "non ha l'effetto di modificare l'*obbligo di rispettare i diritti e i principi giuridici fondamentali* sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea" (art. 1, par. 2; corsivo aggiunto).

⁸² Decisione 2005/671/GAI del 20 settembre 2005, *GUUE* L 253, 29 settembre 2005, p. 22.

⁸³ Così il 7° "considerando" (corsivo aggiunto).

⁸⁴ Decisione quadro 2002/475/GAI, cit., 10° "considerando" (corsivo aggiunto).

clausola di salvaguardia da interpretazioni della decisione quadro che possano ostacolare o limitare diritti o libertà fondamentali⁸⁵.

Ancora in materia di terrorismo, la decisione relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria per la lotta al terrorismo⁸⁶ stabilisce che “la presente decisione *rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea*. Nessuna disposizione della presente decisione può essere interpretata in modo tale da pregiudicare la tutela giuridica accordata in virtù della legislazione nazionale alle persone, ai gruppi e alle entità”⁸⁷. Nello stesso senso, è escluso che la decisione quadro relativa alla semplificazione dello scambio di informazioni e *intelligence* tra le autorità degli Stati membri⁸⁸ possa avere l'effetto di modificare l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del Trattato UE poiché essa, in proposito, “lascia impregiudicati eventuali obblighi che incombono al riguardo alle autorità incaricate dell'applicazione della legge” (art. 1, par. 7).

Stupisce invece che nella decisione quadro relativa alla protezione della vittima nel procedimento penale⁸⁹ non sia prevista alcuna clausola di subordinazione al rispetto dei diritti fondamentali. L'atto in questione costituisce uno dei rari esempi in cui è assente nel testo qualsiasi clausola di compatibilità con atti di diritto internazionale convenzionale. La ragione di ciò potrebbe essere facilmente rintracciata nell'assenza di convenzioni o accordi internazionali concernenti la stessa materia. Meno comprensibile è invece il mancato riferimento al rispetto dei diritti fondamentali e principi di cui all'art. 6 TUE. La decisione quadro sulla lotta alla tratta degli esseri umani⁹⁰ presenta la stessa lacuna in

⁸⁵ Tra i diritti fondamentali sono espressamente richiamati “il diritto di sciopero, le libertà di riunione, di associazione o di espressione, compreso il diritto di fondare un sindacato insieme con altre persone ovvero di affiliarsi ad un sindacato per difendere i propri interessi, e il conseguente diritto a manifestare”. Nello stesso senso, anche l'art. 1, par. 2, ribadisce che “l'*obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i principi giuridici fondamentali* quali sono sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro” (corsivo aggiunto).

⁸⁶ Decisione 2003/48/GAI del 19 dicembre 2002, relativa all'applicazione di misure specifiche di cooperazione di polizia e giudiziaria per la lotta al terrorismo, a norma dell'articolo 4 della posizione comune 2001/931/PESC, *GUCE* L 16, 22 gennaio 2003, p. 68.

⁸⁷ 8° “considerando” (corsivo aggiunto). Con una formulazione simile e priva di richiami a cataloghi di diritti internazionali o europei, la decisione quadro 2002/465/GAI del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni, *GUCE* L 162, 20 giugno 2002, p. 1, al 1° “considerando” prevede: “Uno degli obiettivi dell'Unione è di offrire ai cittadini un elevato livello di sicurezza nell'ambito di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, obiettivo che va realizzato con la prevenzione e la lotta alla criminalità attraverso una più stretta cooperazione tra forze di polizia, autorità doganali e altre autorità competenti degli Stati membri, nel rispetto dei principi relativi ai diritti dell'uomo, le libertà fondamentali e lo stato di diritto sui quali si fonda l'Unione, principi che sono comuni agli Stati membri”.

⁸⁸ Decisione quadro 2006/960/GAI, cit.

⁸⁹ Decisione quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 relativa alla protezione della vittima nel procedimento penale, *GUCE* L 82, 22 marzo 2001, p. 1.

⁹⁰ Decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, cit.

tema di diritti fondamentali, pur avendo considerato che “la tratta degli esseri umani costituisce una grave violazione dei diritti e della dignità dell’uomo e comporta pratiche crudeli quali l’abuso e l’inganno di persone vulnerabili, oltre che l’uso di violenza, minacce, sottomissione tramite debiti e coercizione”.

Ci si può interrogare sulla necessità delle clausole di subordinazione alla tutela dei diritti fondamentali, poiché la generale previsione di cui all’art. 6 TUE renderebbe di per sé superfluo un richiamo specifico ed espresso, di volta in volta, negli atti del terzo pilastro dell’UE. La ragione di tali previsioni potrebbe essere rintracciata nell’eccessiva cautela degli Stati membri nel sottoporre determinate materie in ambito penale alle modalità di cooperazione nel quadro dell’UE. D’altra parte, la previsione testuale delle suddette clausole potrebbe costituire un modo per ribadire che la mancata adesione dell’UE alla CEDU non può affatto pregiudicare l’effettiva tutela dei diritti umani degli individui che rientrano, in qualche modo, nella sfera di applicazione degli atti dell’UE.

Occorre d’altra parte tener presente che, in assenza di un coordinamento fra il sistema CEDU e l’UE⁹¹, la previsione delle clausole ora esaminate mira a evitare che gli Stati membri possano trovarsi di fronte a delicati “conflitti di fedeltà”. In questo modo si vogliono prevenire quei casi in cui gli Stati possano trovarsi nell’*impasse* di non avere alternative fra il violare la CEDU applicando le norme comunitarie⁹², oppure violare gli obblighi comunitari applicando la CEDU. Non può essere ignorato l’ampio margine di “creatività” del giudice comunitario usato, spesso, anche solo nel selezionare le norme della Convenzione e tradurli in principi generali dell’ordinamento comunitario, né più né meno di quanto, del resto, fa con altri strumenti del diritto internazionale.

7. In forza della “auto-subordinazione” degli atti del terzo pilastro dell’UE alla CEDU, quest’ultima assume un rango superiore rispetto a essi. Cosa che negli ordinamenti interni – in particolare, in quello italiano – non viene generalmente ammessa. In applicazione delle suddette clausole di subordinazione, i giudici nazionali devono dunque interpretare gli atti UE in senso compatibile con i diritti e i principi fondamentali. Ove questo non sia possibile, le disposizioni dell’UE contrastanti con la CEDU non potrebbero essere applicate. In altri termini, i giudici nazionali in questo modo sono chiamati a invertire l’usuale ordine di priorità che, negli ordinamenti degli Stati membri, stabilisce la prevalenza del diritto comunitario sugli obblighi internazionali convenzionali even-

⁹¹ In proposito una maggiore garanzia di compatibilità – auspicata in passato anche dalla Commissione e dal Parlamento europei – discenderebbe dall’adesione alla CEDU da parte di CE o UE, come previsto dal Trattato di Lisbona. Il vantaggio principale si avrebbe in termini di certezza del diritto per i cittadini europei. Possibili problemi potrebbero invece derivare dalle difficoltà di applicazione di alcune norme CEDU alla UE, dovute all’originalità di questo fenomeno di integrazione sovranazionale.

⁹² Negli anni passati c’è stato un certo *self-restraint* nei confronti degli atti della Comunità, che ha dato luogo a molte decisioni di irricevibilità della Commissione CEDU, in virtù del principio di “equivalenza”.

tualmente confliggenti. Dalle clausole di subordinazione alla CEDU deriva, in sintesi, una serie di conseguenze nell'applicazione degli atti della cooperazione penale UE che le prevedono. In particolare, siffatte previsioni consentono agli Stati membri di derogare agli obblighi loro incombenti sulla base delle decisioni quadro qualora essi risultino incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali.

Peraltro, la previsione del rispetto e dell'osservanza delle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali determina la prevalenza di questo strumento sulle decisioni quadro e la sua efficacia vincolante nei confronti degli Stati membri, che di per sé la Carta di Nizza non avrebbe. L'inserimento di siffatta previsione nelle disposizioni vincolanti dei citati atti dell'UE comporta, dunque, che gli Stati membri siano obbligati a eseguire e applicare tali atti in conformità alla Carta dei diritti fondamentali.

Le clausole di compatibilità rispetto a convenzioni internazionali relative alla stessa materia, invece, autorizzano eventuali deroghe da parte degli Stati membri poiché consentono forme di integrazione differenziata che provvedano a una disciplina più efficace e semplificata della materia. Siffatte clausole sostanzialmente sembrano convalidare, autorizzare e, perfino, salvaguardare, a priori o a posteriori, l'instaurazione di una sorta di "cooperazione rafforzata". Tuttavia, la disciplina dettata al titolo VII TUE per l'instaurazione di una cooperazione rafforzata tra gli Stati membri dell'UE predispone un'apposita procedura e richiede il rispetto di determinate condizioni, che non vengono tenute in alcun conto nelle disposizioni di decisioni e decisioni quadro del terzo pilastro⁹³. Sembra quindi opportuno chiedersi se la previsione di tale possibilità in una clausola di un atto di terzo pilastro equivalga all'ammissione implicita da parte del Consiglio che su quelle materia, entro un termine ragionevole, non sembra prospettabile il raggiungimento del consenso di tutti gli Stati membri su una disciplina più approfondita o agevolata o semplificata che consenta di "andare oltre" nella direzione di una maggiore integrazione⁹⁴.

Sotto un altro profilo – nel confronto con l'art. 45 TUE⁹⁵ – viene inoltre da chiedersi in quale modo possa essere verificata la coerenza di queste forme di integrazione differenziata con le politiche dell'Unione e della Comunità, che nelle ipotesi di cooperazione rafforzata il Consiglio e la Commissione assicurano sulla base dell'articolo citato. La possibilità di istituire forme di "integra-

⁹³ In particolare, alla luce dell'art. 43 A TUE una cooperazione rafforzata rappresenta una possibilità cui ricorrere "solo in ultima istanza, qualora sia stato stabilito, in sede di Consiglio, che gli obiettivi che esse si prefiggono non possono essere conseguiti, entro un termine ragionevole, applicando le pertinenti disposizioni dei trattati".

⁹⁴ Gli atti del terzo pilastro UE devono essere adottati all'unanimità, ma spesso, trattandosi della materia penale, è molto difficile raggiungere il consenso. Generalmente, gli Stati tendono a preferire le rispettive discipline nazionali e sono meno propensi ad accordarsi su una normativa comune, che è causa – ed effetto – di limitazioni della loro sovranità statale.

⁹⁵ Cfr. art. 45 TUE: "Il Consiglio e la Commissione assicurano la coerenza delle azioni intraprese sulla base del presente titolo [titolo VII TUE, Disposizioni su una cooperazione rafforzata], nonché la coerenza di dette azioni con le politiche dell'Unione e della Comunità, e cooperano a tale scopo".

zione differenziata” sulla base delle richiamate clausole di compatibilità, a differenza della cooperazione rafforzata, non è accompagnata da strumenti che ne garantiscano la coerenza con l’*acquis* dell’UE. Non bisogna tuttavia dimenticare che la Corte di giustizia è competente a pronunciarsi in via pregiudiziale “sull’interpretazione di convenzioni stabilite ai sensi del presente titolo e sulla validità e sull’interpretazione delle misure di applicazione delle stesse”, nonché a statuire “su ogni controversia tra Stati membri e Commissione concernente l’interpretazione o l’applicazione delle convenzioni” (art. 35, paragrafi 1 e 7 TUE). Spetta dunque alla Commissione, nel suo ruolo di custode dei Trattati, verificare che le convenzioni di “integrazione differenziata” – che gli Stati membri dell’UE sono autorizzati a concludere ai sensi delle clausole di cui sopra – siano interpretate e applicate in modo effettivamente compatibile e coerente, anzitutto, con la decisione quadro e, poi, con tutto l’*acquis* dell’UE. Nel caso in cui tale verifica di coerenza risulti negativa, la Commissione potrebbe dunque sentire gli Stati membri interessati, chiedendo loro di rettificare la prassi applicativa delle disposizioni convenzionali eventualmente incompatibili al fine di assicurarne la coerenza con il diritto dell’UE. Qualora non sia dato seguito a siffatta richiesta oppure gli Stati contestino le richieste della Commissione, quest’ultima o gli Stati interessati potrebbero, in linea di principio, decidere di portare la controversia di fronte alla Corte di giustizia⁹⁶.

8. Per quanto attiene alle conseguenze delle disposizioni di coordinamento sopra richiamate sotto il profilo dell’UE, dalle clausole di salvaguardia consegue che le istituzioni comunitarie – e, in particolare, la Corte di giustizia – sono vincolate a interpretare o applicare le decisioni quadro nel rispetto della CEDU, cui esse si dichiarano subordinate o, comunque, in senso compatibile a strumenti convenzionali disciplinanti la stessa materia sul piano internazionale. Si tratta di conseguenze molto rilevanti poiché tutte le convenzioni internazionali richiamate di per sé non sarebbero vincolanti per le istituzioni di CE e UE. Il riconoscimento di siffatto obbligo di interpretazione di atti dell’UE in conformità con fonti internazionali “esterne” in forza di un’apposita previsione dell’atto stesso costituisce una assoluta peculiarità, quale modalità utilizzata per evitare eventuali incompatibilità nell’applicazione degli strumenti dell’UE rispetto alla tutela dei diritti umani.

Come si accennava nelle premesse, occorre poi verificare se le clausole di subordinazione inserite in un atto dell’UE, riconoscendo la priorità a una convenzione internazionale “esterna”, possano determinare la rilevanza di quest’ultima quale parametro di legittimità o di interpretazione dell’atto in questione. Ovviamente non ci sono dubbi sulla legittimità dell’UE di adottare atti di diritto

⁹⁶ In ogni caso, la Corte di giustizia non può pronunciarsi sulla legittimità o validità delle convenzioni in questione, ma solo sulla sua interpretazione e applicazione. Peraltro, può darsi anche il caso che la Corte sia chiamata a pronunciarsi, in via indiretta, sull’applicazione di una convenzione tra gli Stati membri dell’UE. Questo è quanto avvenuto in un recente caso: si veda la sentenza della Corte di giustizia del 18 agosto 2008, causa C-296/08 PPU, *Ignacio Pedro Santesteban Goicoechea*, Raccolta, p. I-6307.

derivato, anche qualora essi prevedano disposizioni contrastanti con convenzioni internazionali non vincolanti per l'UE. Bensì ci si chiede se l'incompatibilità di una norma dell'UE con una norma internazionale, cui l'atto dell'UE si dichiara subordinato, può determinare l'obbligo di interpretazione della norma UE in senso conforme alla norma internazionale "sovraordinata" o, addirittura, una pronuncia di invalidità della disposizione UE incompatibile con la norma internazionale di riferimento. Siffatte conseguenze amplificherebbero di gran lunga gli effetti che normalmente le clausole di subordinazione hanno nel diritto internazionale, in virtù del fatto che nell'ordinamento dell'UE esiste una gerarchia delle fonti normative e la Corte di giustizia vigila affinché norme di rango subordinato non violino quelle sovraordinate.

Non c'è giurisprudenza nel settore della cooperazione penale dell'UE che possa essere richiamata a supporto nella risposta al quesito posto. Tuttavia, non sembra azzardato utilizzare quale raffronto le soluzioni date dalla Corte di giustizia in due recenti *leading cases* a proposito della sindacabilità degli atti comunitari sulla base del diritto internazionale, pur riguardando materie diverse dalla cooperazione in materia penale. Il riferimento è ai casi *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*⁹⁷ e *Intertanko*⁹⁸. Senza entrare nel merito delle due controversie⁹⁹, qui interessa evidenziare che in entrambi i casi è stato chiesto alla Corte un giudizio sulla validità di una disposizione comunitaria ritenuta viziata perché in contrasto con una norma di una convenzione internazionale "esterna" (ossia non rientrante nel diritto comunitario, in quanto la CE non ne è parte). La soluzione data alle due controversie è stata totalmente opposta: nel primo caso – un ricorso per annullamento – la convenzione internazionale richiamata è stata presa in considerazione quale parametro di validità della direttiva in questione, mentre nel secondo caso – nell'ambito di una questione pregiudiziale di validità – tale possibilità è stata negata.

⁹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, *Raccolta*, p. I-7079.

⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *Intertanko*, *Raccolta*, p. I-4057.

⁹⁹ Per un commento nel merito delle questioni si rinvia a D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Is Patent Law Part of the EC Legal Order? A Critical Commentary on the Interpretation of Article 6(1) of Directive 98/44/EC in Case C-377/98*, in *Intellectual Property Quarterly*, 2002, p. 97 ss.; E. DENZA, *A Note on Intertanko*, in *ELR*, 2008, p. 870 ss.; F. DOPAGNE, *Arrêt "Intertanko": l'appréciation de la validité d'actes communautaires au regard de conventions internationales (Marpol 73/78, Montego Bay)*, in *J. trib.*, 2008, n. 152, p. 241 ss.; D. SIMON, *Statut de la Convention de Montego Bay et de la Convention MARPOL dans l'ordre juridique communautaire*, in *Europe*, Août-Septembre 2008, Comm. n. 253, p. 11 s.; N. LAVRANOS, *The Epilogue in the MOX Plant Dispute: An End without Findings*, in *EL Reporter*, 2009, p. 117 ss.; L. PASQUALI, *La sentenza Intertanko e il problema della sindacabilità degli atti delle istituzioni comunitarie alla luce del diritto internazionale*, in *DCSI*, 2009, p. 43 ss.; S. VEZZANI, *Pacta sunt servanda? La sentenza della Corte di Giustizia nell'affare Intertanko (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio*, in questa *Rivista*, 2009, p. 233 ss.; R. VIRZO, *Trattati stipulati dalla Comunità europea in materia di politica marittima e norme sul regolamento delle controversie*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *La politica marittima comunitaria*, Roma, 2009, p. 219 ss.

Nel primo caso, per ammettere la possibilità di giudicare della validità di una disposizione comunitaria secondo il parametro costituito da una convenzione internazionale cui la CE non aveva aderito¹⁰⁰, è risultata decisiva la presenza di una clausola di compatibilità nella direttiva in questione¹⁰¹. I Paesi Bassi contestavano che gli obblighi istituiti dalla direttiva in capo agli Stati membri fossero incompatibili con quelli assunti a livello internazionale, laddove la direttiva – a norma del suo art. 1, n. 2 – non avrebbe dovuto pregiudicare gli obblighi degli Stati membri derivanti da accordi internazionali. La Corte, dopo aver affermato che, in linea di principio, la legittimità di un atto comunitario non dipende dalla sua conformità a una convenzione internazionale alla quale la CE non abbia aderito, ha dichiarato ricevibile il motivo di ricorso e, quindi, la sindacabilità dell’atto comunitario sulla base della sua conformità alla convenzione internazionale richiamata. Questo perché, secondo la Corte, il motivo di ricorso doveva essere interpretato “come una censura non tanto di una violazione diretta da parte della Comunità dei suoi obblighi internazionali, quanto piuttosto dell’obbligo che sarebbe imposto agli Stati membri, dalla direttiva, di violare i loro specifici obblighi di diritto internazionale, *quando invece la direttiva, in base al suo stesso dettato, non dovrebbe incidere sui detti obblighi*”¹⁰². Peraltro, in forza del riferimento alla Convenzione di Rio de Janeiro del 5 giugno 1992 sulla biodiversità nella stessa clausola di subordinazione di cui all’art. 1, par. 2, della direttiva, la Corte ha ammesso il sindacato sulla disposizione comunitaria alla luce di quella Convenzione per verificare l’osservanza degli obblighi incombenti sulla CE che ne è parte, nonché ribadito il dovere degli Stati membri di applicare la direttiva comunitaria nel rispetto degli obblighi da essi assunti¹⁰³.

¹⁰⁰ Si trattava, nel caso *Paesi Bassi c. Consiglio*, della Convenzione di Monaco di Baviera del 5 ottobre 1973, sulla concessione di brevetti europei. Il Parlamento e il Consiglio avevano rilevato che quella Convenzione non poteva istituire obblighi per la Comunità, che non vi aveva aderito. Mentre, per quanto concerne gli altri tre atti giuridici internazionali richiamati, il Consiglio affermava che la legittimità di un atto comunitario potrebbe essere messa in dubbio per violazione di accordi internazionali ai quali la Comunità abbia aderito solo qualora le disposizioni di questi accordi fossero direttamente applicabili.

¹⁰¹ Direttiva 98/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 luglio 1998, sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, *GUCE L* 213, 30 luglio 1998, p. 13. L’art. 1, par. 2, della direttiva dispone: “La presente direttiva non pregiudica gli obblighi degli Stati membri derivanti da accordi internazionali, in particolare dall’accordo TRIPS e dalla Convenzione sulla diversità biologica”. In linea con quanto qui sostenuto, S. VEZZANI, *op. cit.*, p. 243, ha sottolineato come la Corte di giustizia “valorizzò la circostanza che la direttiva controversa recava una disposizione secondo cui quanto in essa disposto non poteva pregiudicare gli obblighi posti da accordi internazionali a carico degli Stati membri”.

¹⁰² Sentenza *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, del 9 ottobre 2001, cit., punti 55 e 56 (corsivo aggiunto). Nel merito comunque la disposizione è stata considerata compatibile con la convenzione internazionale e, quindi, non è stata annullata.

¹⁰³ La soluzione è ancora più sorprendente ove si consideri che con riguardo alle convenzioni internazionali concluse dalla CE, la Corte di giustizia fissa condizioni più restrittive affinché esse possano essere considerate quale parametro della validità di atti comunitari. Si veda tutta la giurisprudenza a proposito del GATT/OMC e la stessa sentenza *Intertanko*: “Stante che gli accordi internazionali conclusi dalla Comunità prevalgono sugli atti di diritto comunitario derivato, la validità di

Nel caso *Intertanko* la Corte di giustizia ha invece escluso di poter valutare la validità di una disposizione comunitaria alla luce di una convenzione internazionale non vincolante per la CE¹⁰⁴. In questo caso, la direttiva controversa¹⁰⁵ è stata adottata con l'esplicito scopo di recepire nel diritto comunitario le norme internazionali in materia di inquinamento provocato dalle navi (art. 1), ma nessuna sua disposizione si riferisce alle convenzioni internazionali rilevanti per riconoscere la prevalenza¹⁰⁶. L'art. 9 – intitolato “conformità al diritto internazionale” – statuisce soltanto che “gli Stati membri” nell'applicazione della direttiva agiscono nel rispetto del diritto internazionale applicabile. Questa disposizione – mai citata nella causa di cui trattasi – ha una portata ben diversa da quella di una tipica clausola di subordinazione, la cui previsione avrebbe vincolato la direttiva al rispetto del diritto internazionale applicabile. Questa differenza formale ha determinato una pronuncia della Corte in senso restrittivo rispetto al sindacato di validità di disposizioni comunitarie sulla base di convenzioni internazionali “esterne”. Secondo la Corte, infatti, neanche la circostanza che la direttiva 2005/35 sia volta

un atto di diritto comunitario derivato può essere inficiata dall'incompatibilità di quest'ultimo con siffatte disposizioni del diritto internazionale. Qualora tale invalidità sia fatta valere dinanzi ad un giudice nazionale, la Corte verifica quindi, in applicazione dell'art. 234 CE, la validità dell'atto comunitario in esame alla luce di tutte le norme del diritto internazionale, purché siano rispettate due condizioni. In primo luogo, la Comunità deve essere vincolata da tali norme. In secondo luogo, la Corte può procedere all'esame della validità di una normativa comunitaria alla luce di un trattato internazionale solo ove ciò non sia escluso né dalla natura né dalla struttura di esso e, inoltre, le sue disposizioni appaiano, dal punto di vista del loro contenuto, incondizionate e sufficientemente precise”. Le uniche eccezioni a quanto detto sono state previste, con riferimento ai trattati conclusi dalla CE, nelle note sentenze della Corte di giustizia sui casi *Fediol* e *Nakajima*: rispettivamente, 22 giugno 1989, causa 70/87, *Raccolta*, p. 1825, e 7 maggio 1991, causa C-68/89, *Raccolta*, p. I-2169 ss. La possibilità di utilizzare quest'ultima giurisprudenza con riferimento ai trattati internazionali di cui la CE non è parte è stata negata dall'Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni sul caso *Intertanko* (conclusioni del 20 novembre 2007, punto 71 ss.).

¹⁰⁴ Si trattava in questo caso della Convenzione di Londra del 1973 per la prevenzione dell'inquinamento causato dalle navi, con il relativo protocollo del 1978 (per questo definita Convenzione Marpol 73/78), elaborata nell'ambito dell'Organizzazione marittima internazionale. La Corte di giustizia ha affermato di poter verificare la validità dell'atto comunitario in esame alla luce di tutte le norme del diritto internazionale, purché, in primo luogo, la Comunità sia vincolata da tali norme. Secondo la Corte, per quanto riguarda la Convenzione Marpol 73/78, occorre innanzi tutto rilevare che la Comunità non ne è parte contraente. Vero è che tutti gli Stati membri della Comunità sono parti contraenti della Convenzione Marpol 73/78. Tuttavia, nonostante questa circostanza, in mancanza di un integrale trasferimento alla CE delle competenze precedentemente esercitate dagli Stati membri, quest'ultima non può ritenersi vincolata dalle norme internazionali in essa contenute, che la Comunità non ha autonomamente approvato.

¹⁰⁵ Direttiva 2005/35/CE del Parlamento e del Consiglio del 7 settembre 2005, relativa all'inquinamento provocato da navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, *GUUE* L 255, 30 settembre 2005, p. 11.

¹⁰⁶ Nel preambolo della direttiva si sottolinea come le norme della Convenzione Marpol 73/78 siano quotidianamente ignorate da un numero molto elevato di navi che solcano le acque comunitarie (v. 2° “considerando”) e, poiché la stessa Convenzione Marpol viene attuata in maniera diversa nei vari Stati membri, è necessario armonizzarne l'attuazione a livello comunitario (v. 3° “considerando”).

a incorporare nel diritto comunitario talune norme di una convenzione internazionale è sufficiente, di per sé, a fondare il sindacato sulla legittimità di tale direttiva alla luce della detta convenzione¹⁰⁷. Tuttavia, siffatta circostanza può produrre conseguenze sull'interpretazione delle disposizioni del diritto derivato che rientrano nell'ambito di applicazione della Convenzione Marpol 73/78. Infatti, alla luce del principio consuetudinario della buona fede, che fa parte del diritto internazionale generale, e dell'art. 10 TCE, la Corte deve interpretare tali disposizioni tenendo conto della Convenzione Marpol 73/78¹⁰⁸.

In conclusione, dai due casi ora richiamati si può dedurre che la previsione di clausole espresse di compatibilità negli atti della CE/UE riferiti a convenzioni internazionali "esterne" risulta determinante poiché quest'ultime assurgono al rango di parametro di validità degli atti stessi che ad esse si dichiarano subordinati. In assenza di specifiche disposizioni in tal senso, le convenzioni internazionali non vincolanti per la CE/UE possono soltanto essere utilizzate quale parametro di riferimento per l'interpretazione degli atti comunitari in senso conforme alle norme internazionali richiamate.

Abstract

Legal Interactions between EU Law and International Conventions According to the "Conflict Clauses" Included in Acts of Title VI TEU

Title VI TEU deals with judicial cooperation in criminal matters. Decisions and Framework Decisions, adopted in compliance with Art. 34, TEU, often set out new norms in matters already regulated in international conventions concluded by Member States. The interaction between EU norms and certain international obligations of the Member States concerning the cooperation in criminal matter can give rise to several problems. In order to avoid conflicts of norms, some compatibility or "non-affected" clauses are included in EU acts, similar to those that States include in international treaties. Conflict clauses relating to the conventions on protection of human rights always provide for the "non-affected" of such conventions by EU acts. Nonetheless, with regard to international conventions concerning the same criminal matter or an interrelated one, EU acts do not always include similar compatibility clauses. The analysis of the scope of several conflict clauses and the consequences deriving from such different provisions are the subject of this article. The goal is to determine which obligations Member States have to comply with, and what sort of obligations may arise for the EU institutions as a consequence of such compatibility clauses.

¹⁰⁷ Sentenza *Intertanko*, cit., punto 50. Peraltro, "atteso che le norme 9 e 11, lett. b), dell'allegato I e 5 e 6, lett. b) dell'allegato II di tale convenzione Marpol non costituiscono l'espressione di norme consuetudinarie sancite dal diritto internazionale generale, la validità della direttiva 2005/35 non può essere valutata alla luce di tale convenzione sebbene questa sia vincolante per gli Stati membri".

¹⁰⁸ Sentenza *Intertanko*, cit., punto 52.

Giurisdizione comunitaria e accordi misti: dal criterio della competenza alla leale cooperazione

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi sugli accordi misti: ragioni del fenomeno e problemi connessi. – 2. La giurisdizione della Corte di giustizia sugli accordi di associazione. – 3. La giurisdizione comunitaria sugli accordi misti senza dichiarazione di competenza: GATT e OMC (Accordo TRIPs). – 4. La giurisdizione della Corte di giustizia sugli accordi misti corredati dallo strumento della dichiarazione di competenza. – 5. Osservazioni conclusive.

1. Nell'ambito delle relazioni esterne della Comunità, accanto all'ipotesi in cui sia essa sola a concludere un accordo internazionale, si è sviluppata una prassi (numerosa) in cui ad essere parti dell'accordo siano anche uno o più Stati membri¹. Il riferimento in termini di "prassi" alla negoziazione e conclusione di accordi internazionali nella forma mista si deve alla mancanza nella versione originaria del Trattato CE di una disposizione analoga a quella invece contenuta nel Trattato CEEA, che all'art. 102 espressamente prevede che un accordo con un Paese terzo di cui siano parte, oltre alla Comunità, uno o più Stati membri, entra in vigore solo dopo che gli Stati membri hanno notificato l'avvenuto completamento delle formalità previste dal loro ordinamento, pur tacendo sui casi in cui un accordo misto sia necessario o possibile. Solo con la revisione dei Trattati operata dalla Conferenza intergovernativa di Nizza si è avuto il primo riconoscimento formale del fenomeno degli accordi misti nell'ambito CE², benché la

¹ Sin dai primi anni '60 la conclusione in forma mista di accordi internazionali da parte della Comunità e Stati membri da un lato e Stati terzi o organizzazioni internazionali si è rivelata piuttosto copiosa nei settori tanto della politica commerciale e della protezione dell'ambiente, quanto nella cooperazione allo sviluppo. Per un'esauritiva rassegna si veda l'Appendice (Appendix 1) al volume di J. HELISKOSKI, *Mixed Agreements as a Technique for Organizing the International Relations of the European Community and Its Member States*, The Hague-London-New York, 2001.

² L'art. 133, par. 6 TCE prevede, infatti, che "nei settori degli scambi di servizi audiovisivi e culturali, didattici, sociali e relativi alla salute umana, gli accordi devono essere conclusi congiuntamente dalla Comunità e dagli Stati membri trattandosi di settori che rientrano nella competenza ripartita tra CE e Stati membri". Sebbene il tenore letterale della disposizione italiana (come pure quello delle versioni linguistiche francese e spagnola) si presti ad essere interpretato nel senso che l'art. 133, par. 6 imporrebbe la conclusione di accordi misti solo qualora vengano interessati in maniera prevalente o addirittura esclusiva gli scambi nei settori ivi menzionati, una serie di altre

formulazione dell'art. 300 TCE, nel dettare le procedure per la negoziazione e conclusione degli accordi internazionali della Comunità, continui a ignorare la forma mista. È dunque alla giurisprudenza della Corte di giustizia che occorre riferirsi per chiarire in quali casi la partecipazione degli Stati membri all'accordo sia da considerare legittima. A titolo esemplificativo, basti ricordare come la conclusione in forma mista di accordi internazionali sia stata ammessa: qualora a richiederlo siano convenzioni internazionali anteriori al Trattato stesso di cui gli Stati membri erano parti contraenti³; ovvero le previsioni inerenti il diritto di voto; ma anche qualora, in virtù del regime finanziario dell'accordo in questione, gli oneri finanziari siano imputati direttamente ai bilanci degli Stati membri e non invece al bilancio comunitario⁴; o se uno o più Stati devono intervenire in rappresentanza di territori dipendenti non facenti parte della Comunità. L'ipotesi in cui, tuttavia, più comunemente, si addivene alla conclusione dell'accordo in forma mista è quella in cui il contenuto della convenzione ricada non solo nell'ambito di materie di competenza della Comunità, ma anche di quelle degli Stati membri⁵. Proprio la natura non solo esclusiva, ma anche (e per lo più!) concorrente che di volta in volta connota la competenza esercitata dalla Comunità sul piano esterno determina alcuni problemi quanto alla responsabilità internazionale dell'organizzazione (e degli Stati), da un lato, ed alla sussistenza di una giurisdizione della Corte di giustizia rispetto alle previsioni dell'accordo a fini interpretativi, come applicativi, delle stesse, dall'altro. Non costituiranno oggetto della presente disamina la questione dell'esecuzione

versioni linguistiche (tra cui quella inglese) inducono a ritenere che la disposizione debba essere, invece, applicabile non appena un accordo *riguardi* i settori ivi elencati. A favore di tale interpretazione estensiva si è espresso anche di recente l'Avvocato Generale Kokott nelle conclusioni presentate il 26 marzo 2009 relative alla causa *Commissione c. Consiglio*, C-13/07, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punti 117 e 118. Tuttavia, il Trattato di Lisbona, nella semplificazione introdotta quanto al regime della politica commerciale comune, eliminando il riferimento agli accordi misti intende metterne fine alla pratica proprio nei settori degli scambi dei servizi audiovisivi e culturali, didattici, sociali e relativi alla salute umana. Infatti, nell'ipotesi di accordi da concludere in tali settori, l'207 TFUE prevede unicamente che il Consiglio si pronunci all'unanimità qualora il contenuto dell'accordo rischi di perturbare gravemente l'organizzazione di tali servizi a livello nazionale ovvero di compromettere la responsabilità degli Stati relativamente alla fornitura dei servizi in questione.

³ Parere della Corte di giustizia del 26 aprile 1977, 1/76, *Raccolta*, p. 741.

⁴ Parere della Corte di giustizia del 4 ottobre 1978, 1/78, *Raccolta*, p. 2871.

⁵ Definiscono, in particolare, l'accordo misto ponendo l'accento sulla diversa ampiezza della competenza comunitaria riguardo le materie oggetto dell'accordo: D. MCGOLDRICK, *International Relations Law of the European Union*, London, 1997, nota 24, p. 43, secondo cui "an agreement can be regarded as mixed if the European Community and one or more of the Member States are parties to it (...), if the European Community and the Member States share competence in relation to it". V. anche P. PESCATORE, *Les relations extérieures des communautés européennes: contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales*, in *RCADI*, 1961-II, 163, pp. 103-106, secondo cui un accordo può essere definito come "misto" qualora includa tra le sue parti contraenti la Comunità e tutti o alcuni dei suoi Stati membri in ragione del fatto che il suo contenuto riguardi materie in parte di competenza comunitaria e in parte di competenza degli Stati.

dell'accordo e della conseguente responsabilità, già ampiamente dibattuto in dottrina⁶; quanto piuttosto le difficoltà in ordine al riconoscimento di una giurisdizione comunitaria riguardo alle previsioni convenzionali. A questo proposito giova rilevare come esse si presentino alquanto circoscritte laddove i settori regolati dall'accordo misto rientrano, da un lato, nelle materie di competenza esclusiva della Comunità e, dall'altro, in quelle riservate agli Stati membri⁷. Configurandosi, infatti, gli obblighi e i doveri discendenti dall'accordo in capo alla Comunità e agli Stati membri, quali agevolmente divisibili sulla base di rispettive (distinte) sfere di competenza (che si presenta in entrambi i casi con natura esclusiva), la sussistenza ed ampiezza della giurisdizione interpretativa della Corte di giustizia sulle previsioni dell'accordo sarà riscontrabile rispetto a

⁶ Sull'argomento si vedano, per tutti, a: G. GAJA, *The European's Community's Rights and Obligations under Mixed Agreements*, in D. O'KEEFFE, H. G. SCHERMERS (eds.), *Mixed Agreements*, Dordrecht, 1983, p. 133 ss.; C. TOMUSCHAT, *Liability for Mixed Agreements*, *ivi*, p. 125 ss.; E. NEFRAMI, *International Responsibility of the European Community and of the Member States under Mixed Agreements*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-London-New York, 2002, p. 193 ss.

⁷ La competenza comunitaria presenta natura esclusiva sul piano esterno: nei settori della politica commerciale comune *ex art.* 113 (ora 133) e della politica monetaria (art. 111), così come ogniqualevolta, nei settori relativamente ai quali il Trattato CE prevede un titolo di competenza esterno di natura non esclusiva (articoli 111, par. 5, relativo al coordinamento della politica economica; 164 e 170, concernenti la politica di ricerca e sviluppo tecnologico; 174, in materia di politica ambientale; 149, in materia di istruzione; 150, in materia di formazione professionale; 151, in materia di cultura; 152, in materia di sanità pubblica; 155, relativo alle reti transeuropee; 181, nel settore della cooperazione allo sviluppo; 181 A, relativo alla cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi) la Comunità abbia adottato delle disposizioni sul piano interno contenenti, sotto qualsivoglia forma, norme comuni (sentenza della Corte giustizia del 31 marzo 1971, causa 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, *Raccolta*, p. 263 ss., punti 14-15). Si noti come tali norme possano anche essere adottate sulla base giuridica dell'art. 308 TCE. In tal senso E. NEFRAMI, *Les accords mixtes de la Communauté européenne: aspects communautaires et internationales*, Bruxelles, 2007, p. 140. La preclusione di una competenza statale sul piano esterno di cui alla giurisprudenza *AETS* si determina anche nei casi in cui il Trattato non contenga alcuna previsione specifica attributiva di una competenza comunitaria esterna, a condizione che l'azione esterna sia svolta dalla Comunità nell'ambito degli scopi enunciati nella prima parte del Trattato, e l'accordo internazionale possa incidere sugli atti interni fondati sulla base giuridica scelta a fondamento della conclusione dell'accordo, così come sull'intero *corpus* del diritto comunitario nel settore di cui rileva l'accordo internazionale (parere della Corte di giustizia del 7 febbraio 2006, 1/03, *Raccolta*, p. I-1145, punti 128, 131 e 133; inoltre, in dottrina, già J. BOULOIS, *La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes relative aux relations extérieures des Communautés*, in *RCADI*, 1978-II, 160, p. 353 ss., in particolare p. 372, aveva sottolineato come la presenza di un *corpus* comunitario di norme esprima l'accordo degli Stati in ordine all'esistenza di un interesse comune ad un'amministrazione istituzionale del settore considerato, come sul piano interno, su quello delle relazioni esterne). In assenza di norme comuni, la competenza della Comunità sul piano esterno riveste carattere esclusivo anche "quando è necessaria la conclusione di un accordo internazionale per realizzare determinati obiettivi del Trattato che non possono essere raggiunti mediante l'adozione di norme autonome" (sentenza della Corte di giustizia del 5 novembre 2002, causa C-467/98, *Commissione c. Danimarca*, *Raccolta*, p. I-9519, punto 83; pareri della Corte di giustizia del 24 marzo 1995, 2/92, punto 32, e 1/03, cit.).

tutte le previsioni che concernono settori che ricadono nell'ambito di competenza della Comunità⁸.

Al contrario, nel caso in cui le competenze della Comunità coprano l'intero ambito di materie che l'accordo intende disciplinare, ma presentino una natura concorrente in tutto⁹, o in parte alternata con quella esclusiva¹⁰, non è altrettanto pacifico se la giurisdizione interpretativa della Corte di giustizia sussista solo con riferimento alle previsioni dell'accordo concluse nell'ambito dei poteri esclusivi della Comunità, od invece si estenda altresì a quelle che sono espressione di una competenza condivisa con gli Stati membri, non esercitata dalla Comunità sul piano interno (neppure attraverso prescrizioni minime), ma anche solo su quello esterno, ad esempio, attraverso la stessa conclusione dell'accordo in questione.

2. La prima volta in cui la Corte ha avuto modo di pronunciarsi relativamente alla sussistenza e all'estensione della propria giurisdizione interpretativa riguardo alle previsioni contenute in accordi misti è stata in occasione di una controversia relativa all'Accordo di associazione Grecia-CEE del 1961¹¹. La competenza della Comunità a concludere detto tipo di accordi era stata prevista, sin dai Trattati originari (art. 238 TCEE, ora art. 310 TCE), al fine di creare "vincoli particolari e privilegiati con uno Stato terzo"¹². Qualora l'estensione del regime comunitario a Stati terzi riguardasse però anche ambiti che fuoriescano dalla sfera di applicazione dell'art. 310 – come era il caso dell'Accordo di Atene relativamente all'assistenza finanziaria – l'accordo doveva essere concluso con la partecipazione degli Stati membri, e cioè in forma mista¹³. Trattandosi di un

⁸ Proprio a sottolineare la scarsa difficoltà di tale tipo di accordi misti parte della dottrina vi si riferisce in termini di "accordi misti di tipo orizzontale"; cfr., in particolare, al riguardo: G. GARZON CLARIANA, *La mixité: le droit et les problèmes pratiques*, in J. H. J. BOURGEOIS, J. L. DEWOST (dirs.), *La Communauté européenne et les accords mixtes. Quelles perspectives?*, Bruxelles, 1997, p. 17; A. ROSAS, *Mixed Union – Mixed Agreements*, in M. KOSKENNIEMI (ed.), *International Law Aspects of the European Union*, The Hague-London-Boston, 1998, p. 131, ovvero in termini di *mixity* "in the weak sense"; cfr., ad esempio, in tal senso: P. ALLOT, *Adherence to and Withdrawal from Mixed Agreements*, in D. O'KEEFE, H. G. SCHERMERS (eds.), *op. cit.*, p. 97 ss., in particolare pp. 118-19.

⁹ Parte della dottrina ha fatto riferimento a questo tipo di accordi quali "accords comportant des règles composites": cfr. G. GARZON CLARIANA, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰ Per un esame più approfondito delle possibili classificazioni interne della categoria degli accordi misti cfr., per tutti, A. ROSAS, *op. cit.*, p. 125 ss.

¹¹ Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1974, causa 181/73, *Haegeman*, *Raccolta*, p. 449.

¹² Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1987, causa 12/86, *Demirel*, *Raccolta*, p. 3719 ss., punto 9.

¹³ La funzione della procedura mista nel caso di specie è ben sottolineata da R. J. DUPUY, *Du caractère unitaire de la CEE dans ses relations extérieures*, in *AFDI*, 1963, p. 808, che sottolinea come la scelta del coinvolgimento degli Stati membri nella conclusione dell'accordo servisse a consentire "tout à la fois de ne pas rechercher à suivre la difficile ligne de crête qui sépare le versant communautaire du versant contractuel du droit relationnel et de réputer assumées par les six les obligations qui sur certains points s'écarteraient du Traité".

accordo non puramente comunitario, la Corte, prima di dirimere nel merito la controversia concernente la legittimità dell'applicazione all'importazione dei vini greci dello stesso regime previsto per le importazioni dei vini dall'Italia, Francia e Germania con una tassa di compensazione nelle ipotesi indicate all'art. 9, ha giustificato la sua competenza ad interpretare le disposizioni pattizie. In particolare, partendo da una valorizzazione dell'interpretazione letterale della disposizione che abilita la Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale, i giudici si sono richiamati ad un "criterio organico": "per quanto riguarda la Comunità", l'atto di conclusione dell'accordo di associazione è assimilato ad un atto delle istituzioni comunitarie. L'accordo misto, infatti, quale atto concluso dal Consiglio in conformità agli articoli 228 e 238 TCEE (come risulta dal testo della decisione del 25 settembre 1961), dal momento della sua entrata in vigore entra a far parte integrante del diritto comunitario, la cui uniforme applicazione ed interpretazione la Corte mira appunto a garantire¹⁴. Il fatto che, contestualmente all'equiparazione della convenzione all'atto di un'istituzione, venga specificato come ciò debba intendersi avvenire solo sul piano comunitario (si noti l'inciso della sentenza *Haegeman* "per quanto riguarda la Comunità") sembra rivelare una coscienza da parte della Corte di una dualità della qualificazione dell'accordo misto: convenzione sul piano internazionale; e atto istituzionale sul piano comunitario. Tale dualità è stata successivamente esplicitata e chiarita dall'Avvocato generale Trabucchi nelle conclusioni presentate nel caso *Bresciani*, in cui la Corte ha nuovamente ripreso il criterio organico ai fini dell'interpretazione delle Convenzioni di Yaoundé del 1963 e 1969 concluse tra la CEE, gli Stati membri e i territori di oltremare che, prima associati alla CEE, avevano raggiunto una indipendenza politica¹⁵. L'Avvocato generale affermava, in particolare, come "di fronte ai soggetti dell'ordinamento comunitario, l'accordo

¹⁴ Sentenza *Haegeman*, cit., punti 2-6. L'assimilazione risulta in particolare funzionale all'efficacia dell'applicazione infra-comunitaria dell'accordo con la contestuale garanzia del primato del diritto comunitario, consentendosi così il controllo a posteriori di mancata conformità degli accordi ai trattati: gli atti convenzionali costituiscono, infatti, allo stesso tempo, strumenti di realizzazione degli obiettivi fissati nei trattati. Nel senso per cui l'equiparazione delle convenzioni agli atti di cui all'art. 249 TCE sia una semplice assimilazione funzionale: la funzione degli atti istituzionali, da un lato, e degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità, dall'altro, risulta infatti la medesima, e cioè la creazione di norme comunitarie e l'attuazione del Trattato, si veda, in dottrina, E. NEFRAMI, *Les accords mixtes*, cit., p. 597. Al contrario, in senso critico circa l'assimilazione degli accordi internazionali agli atti delle istituzioni, oltre che per il carattere unilaterale degli atti istituzionali, laddove gli accordi internazionali presentano, invece, carattere bilaterale se non plurilaterale, si vedano: J. BOULOUIS, *Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général*, in *RCADI*, 1992-IV, 253, p. 9 ss.; J. RIDEAU, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Paris, 1996, p. 177. Il primo rileva, in particolare, la contraddizione di una siffatta assimilazione rispetto al primato riconosciuto agli accordi internazionali sul diritto comunitario derivato. Il secondo sottolinea, invece, proprio il carattere arduo del controllo della Corte relativamente alla parte degli accordi misti che non rilevino della competenza della Comunità.

¹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1976, causa 87/75, *Bresciani*, *Raccolta*, p. 129, punto 17. La Corte ha qualificato tali Convenzioni quali atti in linea di continuità con il regi-

internazionale ha un valore non di per sé, come norma convenzionale che si pone, nella sfera dell'ordinamento convenzionale, ma grazie alla mediazione dell'esecutivo comunitario"¹⁶, sottolineando così la specificità dell'ordinamento comunitario. Dal carattere *sui generis* di detto ordinamento – di cui occorre preservare fini e i contenuti – discende la necessità di un unico interprete della portata degli obblighi comunitari, ma anche statali che, basati sul Trattato, si trovino materialmente definiti nella Convenzione mista che vincola la Comunità. Così lette le pronunce in esame rivelano un carattere potenzialmente estensivo della giurisdizione comunitaria a tutte le disposizioni dell'accordo misto, anche inerenti materie non ancora disciplinate a livello interno dalla Comunità, con la sola esclusione degli obblighi assunti dagli Stati membri nell'ambito delle sfere di competenza ad essi esclusivamente riservate¹⁷. Come la Corte aveva avuto, infatti, già modo di sottolineare nella pronuncia *Magdalena Vandeweghe*, “in virtù dell'art. 177 Trattato CEE la Corte è incompetente a pronunciarsi in materia di interpretazione di norme di diritto internazionale che vincolano gli Stati membri, *ma esulano dalla sfera del diritto comunitario*”¹⁸.

Per verificare se la portata estensiva delle pronunce anzidette possa dirsi confermata in pratica occorre esaminare la giurisprudenza successivamente affermata nel settore degli accordi di associazione, con particolare attenzione a quei casi dove, diversamente dalle ipotesi già considerate, la Corte sia stata investita di una questione pregiudiziale concernente l'interpretazione di una previsione dell'accordo rientrante nelle competenze attribuite alla Comunità, ma da essa non già “concretamente esercitate” sul piano interno.

Il primo caso in cui ciò è avvenuto risale alla pronuncia *Razanatsimba*¹⁹, dove ad essere portata all'attenzione della Corte era la questione dell'interpretazione dell'art. 62 della Convenzione di Lomé, inerente il diritto di stabilimento (e relativo trattamento) di cittadini di Stati membri (e compagnie aventi sede in uno degli Stati membri) e degli Stati ACP (Africa, Caraibi, Pacifico). Tali dispo-

me di associazione istituito inizialmente in maniera unilaterale dal Trattato con i Paesi di oltremare, richiamando così l'art. 238 TCEE e la giurisprudenza precedente (*Haegeman*).

¹⁶ Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Trabucchi del 14 gennaio 1976, in *Raccolta*, p. 129 ss., spec. p. 146.

¹⁷ Nel senso di un'interpretazione estensiva della pronuncia cfr.: A. ROSAS, *op. cit.*, p. 125 ss., in particolare pp. 140-141; J. RIDEAU, *Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux*, in *RGDIP*, 1990, p. 289 ss., in particolare p. 347. Al contrario, C. VEDDER, *Art. 238*, in E. GRABITZ, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München, 1987, p. 10 ss., individua nella pronuncia una portata restrittiva – rimasta invariata secondo l'autore sino alla pronuncia *Demirel* – fondandosi su di un *obiter dictum* della Corte secondo cui la sua giurisdizione interpretativa può estendersi unicamente alle disposizioni che coprono materie di competenza comunitaria. Nello stesso senso anche P. PESCATORE, *External Relations in the Case-law of the European Court of Justice*, in *CML Rev.*, 1979, p. 615 ss., spec. p. 633.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 1973, causa 130/73, *Raccolta*, p. 1329, punto 2 (corsivo aggiunto).

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 novembre 1977, causa 65/77, *Razanatsimba*, *Raccolta*, p. 2229.

sizioni contenevano, infatti, obblighi che all'epoca, secondo un'interpretazione dottrinale, esorbitavano l'ambito di applicazione dell'art. 238 TCEE e, come tali, erano stati contratti dagli Stati nell'esercizio di loro competenze²⁰. La Corte ha però di fatto eluso la questione, non fornendo, dunque, elementi dirimenti il quesito dell'estensione della sua giurisdizione. A ciò non sono valse neppure le conclusioni presentate il 9 novembre 1977 dall'Avvocato generale Reischl che si limitano ad un generico richiamo della giurisprudenza *Haegeman e Bresciani* relativa però, come già sottolineato, a previsioni convenzionali concernenti nello specifico settori in cui la Comunità aveva invece già esercitato sul piano interno il rispettivo titolo di competenza concorrente, e classificate come esemplificative di un primo periodo della giurisprudenza comunitaria fondante la competenza interpretativa della Corte circa previsioni di accordi misti su di un criterio organico²¹.

Dieci anni più tardi, nel caso *Demirel*, la Corte ha fondato la sua competenza ad interpretare un accordo di associazione concluso in forma mista, da un lato, sull'art. 238 (ora 310), che attribuisce necessariamente alla Comunità la competenza per assumere gli impegni nei confronti di Stati terzi “in tutti i settori disciplinati dal Trattato”²² e, dall'altro, sul legame e sull'incidenza che gli obblighi assunti ai sensi di tale disposizione abbiano sul diritto comunitario²³. Ora, sebbene l'interpretazione da parte della Corte delle disposizioni degli accordi di associazione sia avvenuta senza specificare se debba essere fatta discendere dall'appartenenza di tali disposizioni a settori di competenza comunitaria, od invece sul fatto che la competenza interpretativa della Corte copra “integralmente” l'accordo

²⁰ In tal senso si vedano: J. MÉGRET, *Le pouvoir de la CEE de conclure des accords internationaux*, in *RMC*, 1964, p. 529 ss., spec. pp. 533-34 e J. HELISKOSKI, *op. cit.*, p. 54.

²¹ Le conclusioni sono pubblicate in *Raccolta*, p. 2241. Si è espressa nel senso di un ricorso al criterio della competenza comunitaria ripartita (e non esclusiva) parte della dottrina: cfr. a tale riguardo G. GAJA, *Sull'interpretazione di accordi misti da parte della Corte di giustizia*, in *RDI*, 1988, p. 605 ss., in particolare p. 606.

²² Sentenza *Demirel*, cit., punto 9 (corsivo aggiunto). Sono state così rigettate le obiezioni dei Governi tedesco e britannico secondo cui una competenza interpretativa della Corte di giustizia a seguito di un rinvio pregiudiziale potesse riguardare unicamente quelle disposizioni dell'accordo misto che rientrano nella sfera di competenza a legiferare o stipulare accordi internazionale attribuita dal Trattato alla Comunità – nello specifico assente in materia di migrazione dei lavoratori di Paesi terzi.

²³ La Corte ha così rigettato il più semplice argomento della Commissione secondo cui si poteva ritenere nel caso di specie esistente un titolo di competenza comunitaria in materia di polizia degli stranieri nell'art. 235 TCEE (ora art. 308 TCE), ed ha ritenuto, invece, la sussistenza di un'incidenza sul diritto comunitario delle previsioni dell'accordo che prevedano obblighi a carico degli Stati membri in settori esorbitanti la competenza, in quanto veniva in rilievo una delle libertà fondamentali: quella di circolazione. Alla luce della giurisprudenza più recente si può ritenere che il criterio dell'incidenza fondi la giurisdizione comunitaria anche su quelle previsioni dell'accordo che incidano anche solo sulle “prospettive di evoluzione” della normativa comunitaria interna, purché ovviamente prevedibili al momento dell'analisi. In questo senso cfr. parere 1/03, cit., punto 126. Il parere era relativo alla competenza della Comunità a concludere la Convenzione di Lugano concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

misto, si potrebbe rinvenire qualche elemento a favore di questa seconda ipotesi. In particolare, proprio in funzione dell'oggetto e del fine perseguito dagli accordi di associazione, si potrebbe ritenere che il criterio utilizzato dalla Corte – dell'incidenza dell'oggetto della regola convenzionale sulla disciplina del Trattato – possa giustificare la competenza interpretativa della Corte di giustizia, non solo relativamente a previsioni che rientrano tra le competenze concorrenti tra la Comunità e gli Stati membri, ma anche eventualmente rispetto a disposizioni che rientrano nelle competenze degli Stati membri, nella misura in cui il relativo oggetto non sia estraneo al diritto comunitario in quanto, ad esempio, la disciplina fornita dalla previsione convenzionale finisca per incidere sugli ambiti coperti (disciplinati) dal TCE. Gli accordi di cui all'art. 310 TCE, come i più recenti accordi europei (che si collocano in una linea di continuità e successione temporale con i primi), e gli accordi di cooperazione (rispetto ai quali la Corte ha proceduto nella più recente giurisprudenza *Simutenkov*²⁴ a sfumarne la differenziazione formale con la tipologia degli accordi di associazione²⁵) hanno, infatti, come obiettivo la preparazione ad una futura adesione all'Unione europea, o comunque l'accettazione integrale in futuro da parte degli Stati associati di tutti gli obblighi scaturenti dal Trattato²⁶. Dai contenuti e dalle finalità di progressiva integrazione perseguite da tali tipologie di accordi – sia pure in diversa misura – potrebbe derivare pertanto “la necessità che tutte le materie che in via di principio costituiranno oggetto di questa accettazione siano incluse nell'accordo in una prospettiva comunitaria, e che le relative norme possano essere interpretate [dalla Corte di giustizia] per la loro applicazione uniforme”²⁷.

3. L'esame della giurisprudenza relativa all'esistenza ed estensione della giurisdizione interpretativa comunitaria su previsioni di accordi misti di associazione anche solo incidenti sul diritto comunitario costituisce un importante punto di riferimento ai fini dell'indagine della giurisprudenza relativa a disposizioni di altre tipologie di accordi misti. Considerata la specificità degli accordi di associazione quali esempi di accordi misti pare, infatti, interessante analizzare se, ciò nonostante, si possa delineare – ed in che misura – una linea di continuità

²⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 12 aprile 2005, causa C-265/03, *Simutenkov*, *Raccolta*, p. I-2579.

²⁵ Per un più diffuso esame del “judicial watering down of the distinction between Association, Partnership and Cooperation” si rinvia al commento alla sentenza in parola di C. HILLION, in *CML Rev.*, 2008, p. 815 ss., spec. pp. 831-833.

²⁶ Sentenze della Corte di giustizia del 27 settembre 2001, causa C-63/99, *Gloszczuk*, *Raccolta*, p. I-6393 e le relative conclusioni dell'Avvocato generale Alber del 14 settembre 2000, *ivi*, p. I-6373; del 27 settembre 2001, causa C-235/99, *Kondova*, *ivi*, p. I-6455, e le relative conclusioni dell'Avvocato generale Alber del 14 settembre 2000, *ivi*, p. I-6431; del 27 settembre 2001, causa C-257/99, *Barkoci e Malik*, *ivi*, p. I-6590, e relative conclusioni dell'Avvocato generale Mischo del 26 settembre 2000, *ivi*, p. I-6561; del 20 novembre 2001, causa C-268/99, *Jani*, *ivi*, p. 8615, e relative conclusioni dell'Avvocato generale Leger dell'8 maggio 2001, *ivi*, p. I-8623.

²⁷ Cfr. le conclusioni dall'Avvocato generale Darmon del 19 maggio 1987, nel caso *Demirel*, *cit.*, in *Raccolta*, p. 3741, punto 14.

con la giurisprudenza relativa ad altri tipi di accordo conclusi in forma mista (corredati o meno dallo strumento della dichiarazione di competenza), o se le ragioni fondanti la giurisdizione interpretativa della Corte di giustizia in tali casi siano da rinvenire *aliunde*.

Il primo caso in cui la Corte è stata investita di una questione pregiudiziale interpretativa di un accordo misto che non fosse un accordo di associazione è rappresentato dal caso *Amministrazione delle finanze dello Stato c. SPI e SAMI*²⁸, dove a venire in rilievo era l'Accordo Generale sulle Tariffe e sul Commercio (GATT) concluso a Ginevra il 30 ottobre 1947. La Corte ha avuto modo di affermare la necessità che le disposizioni dell'Accordo Generale avessero la medesima applicazione delle disposizioni degli altri accordi vincolanti per la Comunità, nell'ordinamento comunitario. Infatti, "qualsiasi disparità di interpretazione e di applicazione di disposizioni che legano la Comunità a paesi terzi avrebbe l'effetto non solo di compromettere l'unità della politica commerciale che, secondo l'art. 113 del Trattato, va fondata su principi uniformi, ma anche di creare distorsioni negli scambi intracomunitari dovute alle divergenze nell'applicazione che troverebbero, nei vari Stati membri, gli accordi vigenti tra la Comunità ed i paesi terzi"²⁹. La competenza dei giudici comunitari, quanto alla determinazione della portata e degli effetti nella Comunità delle disposizioni dell'Accordo Generale e degli effetti dei Protocolli tariffari conclusi nell'ambito di detto Accordo³⁰, deriva dunque dalla necessità di assicurare quell'interpretazione unitaria del diritto comunitario, imposta dall'unità della politica commerciale comune, su cui le norme del GATT vanno a incidere.

La formulazione riecheggia evidentemente l'approccio seguito dalla Corte nella sentenza *Demirel*. Poiché però nel caso di specie l'incidenza degli obblighi assunti ai sensi della disposizione convenzionale sul diritto comunitario si produceva su una materia di natura esclusiva della Comunità (quale la politica commerciale comune), non è possibile evincere da tale pronuncia elementi a sostegno dell'estensione della giurisdizione interpretativa della Corte anche alle previsioni di un accordo misto plurilaterale (non di associazione) che riguardino materie non di competenza comunitaria; o di competenza ripartita con gli Stati membri, ma non esercitata dalla Comunità sul piano interno. Occorre pertanto proseguire nell'esame della giurisprudenza che la Corte ha elaborato con riferimento all'Accordo TRIPs (sulla tutela dei diritti di proprietà intellettuale), al fine di scorgerne eventuali elementi a sostegno della tesi summenzionata.

Nel caso *Hermés*, che costituisce il primo in cui la Corte veniva richiesta dell'interpretazione di una disposizione dell'Accordo TRIPs, a venire in rilievo era una previsione inerente le misure provvisorie adottabili per prevenire la violazione dei diritti di proprietà industriale o per preservare elementi di prova atti-

²⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 16 marzo 1983, *Amministrazione delle finanze dello Stato/SPI e SAMI*, cause riunite da 267 a 269/81, *Raccolta*, p. 801.

²⁹ *Ibidem*, punto 14.

³⁰ *Ibidem*, punto 15.

nenti a tali violazioni (art. 50)³¹. Si trattava cioè per i giudici comunitari di interpretare una disposizione relativa ad una materia in cui la Comunità non aveva ancora (effettivamente) esercitato sul piano interno la sua (potenziale) competenza e che pertanto rimaneva, in linea di principio, di competenza (concorrente) degli Stati³². La Corte, per fondare la sua competenza ad interpretare la disposizione in parola, in un primo tempo sottolineava come l'Accordo OMC fosse stato concluso dalla Comunità e ratificato dagli Stati membri senza che i loro rispettivi obblighi verso le altre parti contraenti fossero stati tra essi ripartiti. Dalla valorizzazione dell'assenza di una qualsivoglia ripartizione formale delle competenze, cui consegue l'esistenza di una responsabilità della Comunità, nei confronti delle altre parti contraenti sul piano internazionale, solidale e congiunta a quelle degli Stati membri, per l'intero Accordo³³, si potrebbe *prima facie* ritenere che la Corte abbia inteso estendere la sua giurisdizione interpretativa anche a quelle previsioni convenzionali esorbitanti l'ambito di competenza comunitaria (quale l'art. 50). Tuttavia, l'assenza di una ripartizione di competenze rileva sul piano dell'applicazione dell'accordo, più che su quello della giurisdizione. La Corte, d'altro canto, nel prosieguo del suo ragionamento, si è soffermata – accreditandole particolare importanza – sull'esistenza del regolamento (CE) n. 40/94, sul marchio comunitario, entrato in vigore da un mese all'epoca della conclusione dell'Accordo OMC³⁴ e contenente una previsione – l'art. 99 – del tutto analoga al 1° comma dell'art. 50 dell'Accordo TRIPs. La valorizzazione dell'esistenza di un atto comunitario circoscritto alla materia dei marchi (a fronte di un quesito pregiudiziale inerente la tutela cautelare di un “marchio”, sia pure nazionale), ha consentito alla Corte di affermare la sua giurisdizione interpretativa sulla disposizione dell'Accordo TRIPs, essendo la normativa interna idonea ad attrarre nell'ambito delle competenze effettive della Comunità sul piano esterno, se non tutta la competenza in materia di tutela dei diritti di proprietà intellettuale, quanto meno quella relativa alla tutela dei marchi³⁵.

Un secondo ordine di motivazione della propria competenza ad interpretare la disposizione in parola “in ogni caso” era individuato dalla Corte nella “natura” trasversale della norma TRIPs, idonea a renderla applicabile sia a situazioni che ricadono nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, che a situazioni che ricadono nell'ambito del diritto nazionale (punto 32). Tuttavia, non sembra del tutto

³¹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 giugno 1998, causa C-53/96, *Hermés International*, *Raccolta*, p. I-3603.

³² Cfr. parere della Corte di giustizia del 15 novembre 1994, 1/94, *Raccolta*, p. I-5627.

³³ Sulla concezione della Corte, essenzialmente bilaterale, degli accordi misti sul piano esterno a quello comunitario cfr. parere 1/78, cit., p. 2151, punto 35; sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 1994, *Parlamento c. Consiglio*, C-316/91, *Raccolta*, p. I-625, punto 29. In dottrina più diffusamente, da ultimo E. NEFRAMI, *Les accords mixtes*, cit., spec. p. 102 ss., e precedentemente B. BONAFÉ, *Il contributo del caso Hermés alla soluzione dei problemi posti dagli accordi misti*, in *DUE*, 1999, pp. 116-117.

³⁴ Regolamento (CE) n. 40/94 del Consiglio, del 20 dicembre 1993, *GUCE* L 11, 14 gennaio 1994, p. 1.

³⁵ Così anche B. BONAFÉ, *op. cit.*, p.119.

convincente il richiamo della giurisprudenza *Dzodzi*³⁶, ai fini del riconoscimento della sussistenza di “un interesse della Comunità” a che una previsione che possa trovare applicazione rispetto a situazioni che ricadano anche al di fuori dell’ambito di applicazione del diritto comunitario non sia oggetto di un’interpretazione che le attribuisca significati differenti, a seconda dell’ordinamento giuridico in cui trovi applicazione³⁷. La paradossalità che una stessa norma (l’art. 50) debba essere interpretata da diverse giurisdizioni (nazionali e comunitaria), a seconda della natura nazionale ovvero comunitaria del marchio, col rischio concreto di divergenze interpretative e, dunque, l’“esigenza fondamentale” di un’uniformità di interpretazione di tutte le norme convenzionali, trovavano infatti una migliore giustificazione nelle ragioni proposte dall’Avvocato generale Tesauro nelle sue conclusioni, e non recepite invece dalla Corte nella motivazione della sentenza. In particolare, il presupposto dell’interconnessione che può esistere tra norme di uno stesso accordo, per cui può non essere agevole stabilire con precisione se un determinata norma rilevi (anche) in ambito comunitario o solo nazionale; ovvero la possibile incidenza di un’interpretazione nazionale sull’applicazione delle norme comunitarie e/o sul funzionamento del sistema complessivamente considerato³⁸, avrebbero più opportunamente consentito di fondare una competenza comunitaria generale ad interpretare anche le previsioni convenzionali di un accordo misto che esulano dalla competenza esterna della Comunità effettivamente esercitata sul piano interno.

Uno degli argomenti elaborati dall’Avvocato generale nel caso *Hermés*, allora disatteso dalla Corte, è stato però ripreso in una giurisprudenza successiva: il criterio dell’obbligo di leale cooperazione tra istituzioni e Stati membri – quale sottolineato dalla Corte nel parere 1/94 – che l’interpretazione unitaria dell’accordo misto, accolta dalla Corte di giustizia, mira a realizzare³⁹. Nelle cause riunite *Dior* e *altri* la Corte veniva nuovamente richiesta dell’interpretazione dell’art. 50, par. 6 TRIPs⁴⁰. Se nella causa C-300/98, a venire in rilievo era

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 1990, cause riunite C-297/88 e 197/89, *Dzodzi*, *Raccolta*, p. I-3763. In merito all’inopportunità di trasporre la giurisprudenza *Dzodzi* al caso dell’Accordo TRIPs si era pronunciato l’Avvocato generale Tesauro, nelle conclusioni *Hermés*, cit., p. I-3620. Basti qui rilevare che, mentre il filone giurisprudenziale richiamato si riferisce a disposizioni nazionali che rinviano al diritto comunitario, o che si modellano su questo, la norma convenzionale TRIPs non rinvia, né riproduce, al contrario, alcuna norma comunitaria.

³⁷ Considerano il caso *Hermés* un esempio di interpretazione estensiva della giurisdizione comunitaria riguardo gli accordi misti, in particolare, A. DASHWOOD, *Preliminary Rulings on the Interpretation of Mixed Agreements*, in D. O’KEEFFE, A. BAVASSO (eds.), *Judicial Review in EU Law: Liber Amicorum in Honour of Lord Slynn of Hadley*, The Hague, 2000, I, pp. 173-174; A. ROSAS, *The European Union and Mixed Agreements*, in A. DASHWOOD, C. HILLION (eds.), *The General Law of E.C. External Relations*, London, 2000, p. 215; A. OTT, *Thirty Years of Case-law by the European Court of Justice on International Law – A Pragmatic Approach Towards Its Integration*, in V. KRONENBERGER (ed.), *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony?*, The Hague, 2001, pp. 95-108.

³⁸ Conclusioni dell’Avvocato generale Tesauro nel caso *Hermés*, cit., punto 20.

³⁹ *Ibidem*, punto 21, dove si enuncia il criterio in parola.

⁴⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, cause riunite C-300 e 392/98, *Dior* e *altri*, *Raccolta*, p. I-11344.

– così come nella causa *Hermés* – una questione interpretativa relativa ai marchi (limitatamente alla quale, dunque, la competenza comunitaria era stata esercitata, e dunque l'estensione della precedente giurisprudenza poteva dirsi giustificata); nella causa C-392/98 si trattava, invece, di applicare le disposizioni di cui all'art. 50 TRIPs a misure provvisorie aventi l'obiettivo non già di prevenire la violazione di un qualche diritto di marchio, bensì di proteggere un “modello industriale” dall'imitazione servile in particolare nell'ambito della concorrenza sleale. Si trattava, in altre parole, di una materia rispetto alla quale la competenza della Comunità rimaneva ancora meramente potenziale, avendo le istituzioni comunitarie esercitato le competenze attribuite solo attraverso il regolamento 3842/96 sul divieto di immissione in libera pratica delle merci contraffatte, e la direttiva 98/71/CE, entrata in vigore solo in un momento successivo a quello in cui sono avvenuti i fatti della controversia oggetto della causa principale e non contenente alcuna previsione relativa all'adozione di misure provvisorie quale quella di cui all'art. 50 TRIPs. La Corte doveva pertanto meglio definire l'estendibilità della giurisprudenza *Hermés* di là dalle ipotesi in cui a venire in rilievo fosse esclusivamente la tutela dei marchi.

Nonostante le resistenze dell'Avvocato generale Cosmas all'affermazione di una competenza interpretativa della Corte nella causa C-392/98⁴¹, e nonostante il fatto che le situazioni nazionali e comunitarie nella fattispecie concreta non presentassero, quanto alla loro disciplina, la peculiare connessione riscontrabile nelle situazioni di cui alla giurisprudenza precedente, è a quella giurisprudenza che i giudici di Lussemburgo si sono, ancora una volta, indifferentemente richiamati (punto 35)⁴². Tuttavia, quell'interesse comunitario ad un'interpretazione

⁴¹ L'Avvocato generale, in particolare, rinveniva essenzialmente tra le ragioni astrattamente ostative: una compromissione dell'equilibrio istituzionale tra la Corte e le altre istituzioni comunitarie dovuta, da un lato, al carattere sostanzialmente vincolante per le istituzioni comunitarie delle sentenze interpretative della Corte di giustizia e, dall'altro, all'influenza esercitata dall'interpretazione di una disposizione sulla sua applicazione in un settore nel quale la competenza (potenziale) della Comunità non fosse stata ancora esercitata. La Corte, infatti, avrebbe finito così per sostituirsi alle istituzioni titolari del potere legislativo nella competenza loro spettante per procedere all'armonizzazione delle legislazioni nazionali quanto alla proprietà intellettuale: “elle reviendrait à exercer une politique ‘prétorienne’ qui serait contraire à la logique constitutionnelle du traité et qui pourrait difficilement être justifiée par des motifs d'opportunité” (punto 48). In senso critico sulla posizione dell'Avvocato generale Cosmas v. P. KOUTRAKOS, *The Interpretation of Mixed Agreements under the Preliminary Reference Procedure*, in *EFA Rev.*, 2002, p. 37.

⁴² Il fatto che la giurisdizione interpretativa della Corte sussista, non solo quando ad essere in gioco è la tutela di diritti derivati da una legislazione comunitaria che rientra nel campo d'applicazione dell'accordo, ma anche quando la disposizione oggetto dell'interpretazione possa trovare applicazione rispetto a situazioni che rientrano nel diritto nazionale come nel diritto comunitario, pare poter essere letto in termini tali per cui quel criterio della connessione ed incidenza delle previsioni convenzionali sul diritto comunitario e sui suoi obiettivi, elaborato con riferimento agli accordi di associazione, nell'ipotesi di accordi misti non corredati dallo strumento della dichiarazione di competenza (quali nello specifico gli accordi OMC) si moduli nel senso che l'incidenza delle disposizioni pattizie, anche solo indiretta sulle materie disciplinate da disposizioni comunitarie, giustifica la competenza della Corte di giustizia ad interpretare dette disposizioni convenzionali.

uniforme di una disposizione di un accordo misto ha trovato un'ulteriore specificazione nel principio di leale cooperazione⁴³. La Corte, infatti, ha precisato che “gli Stati membri e le istituzioni comunitarie sono vincolati ad un obbligo di stretta cooperazione nell'esecuzione degli impegni che hanno assunto in virtù di una competenza ripartita per concludere l'accordo OMC, compreso l'accordo TRIPs”⁴⁴. Ed è a tale obbligo che ha ancorato la sussistenza della propria giurisdizione riguardo alla disposizione procedurale dell'Accordo TRIPs (art. 50), che va applicata nello stesso modo in tutte le situazioni che rientrano nel suo campo di applicazione. Segnatamente, è l'obbligo di cui all'art. 10 TCE ad imporre, “*per ragioni sia pratiche che giuridiche*, che i giudici degli Stati membri e la Comunità ne adottino un'interpretazione uniforme”⁴⁵. Volendo cercare di meglio definire le “ragioni pratiche”, o tentare di identificarne alcune, a titolo esemplificativo, si potrebbe citare l'argomentazione fatta valere dalla stessa Commissione nelle sue osservazioni, e cioè il fatto che non riconoscere una giurisdizione interpretativa della Corte anche su previsioni dell'accordo misto, quale quella in esame, comporterebbe l'inammissibile conseguenza per cui un'interpretazione uniforme si avrebbe quanto all'essenza dei diritti di proprietà intellettuale relativi ai disegni e modelli, mentre interpretazioni divergenti sulle misure per la relativa tutela⁴⁶.

Tra le “ragioni giuridiche” si potrebbe, invece, ipotizzare la naturale dinamicità della natura delle competenze comunitarie, ed in particolare, la natura in divenire esclusiva della proprietà intellettuale. La trasparenza del meccanismo di revisione del Trattato di Nizza metteva, infatti, in evidenza la volontà politica di ricomprendere la proprietà intellettuale all'interno della politica commerciale comune (art. 133, par. 5 TCE). D'altronde, in un certo senso, lo stesso principio di leale cooperazione si rivela strumentale alla teoria dell'esclusività delle competenze comunitarie. La valorizzazione dell'applicazione agli accordi misti del principio di cui all'art. 10 TCE, infatti, nei casi in cui è stata operata con riferimento alla negoziazione e conclusione dell'accordo si è rivelata funzionale alle competenze comunitarie⁴⁷; così come, nei casi in cui è stata operata con riferimento alla

⁴³ D'altro canto gli obblighi di solidarietà, collaborazione e fedeltà introdotti dall'art. 10 TCE (e prima dall'art. 5 TCEE) oltrepassano, infatti, la tradizionale lealtà cui devono informarsi i rapporti tra le parti contraenti di un accordo internazionale, rivelandosi sintomatici dell'esistenza di un interesse generale comunitario che le istituzioni, come ed insieme agli Stati, sono tenuti a preservare. Per una più accurata analisi dei fondamenti normativi della nozione di interesse comunitario si rinvia a: C. BOUTAYEB, *Une recherche sur la place et les fonctions de l'intérêt général en droit communautaire*, in *RTDE*, 2003, p. 326 ss.; T. HAMONIAUX, *L'intérêt générale et le juge communautaire*, Paris, 2001.

⁴⁴ Sentenza *Dior*, cit. punto 36.

⁴⁵ *Ibidem*, punto 37 (corsivo aggiunto).

⁴⁶ La Comunità ha, infatti, armonizzato la tutela dei disegni e modelli industriali con la direttiva 98/713/CE senza che, tuttavia, tale armonizzazione preveda misure di tutela provvisoria.

⁴⁷ Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 2 giugno 2005, causa C-266/03, *Commissione c. Lussemburgo*, *Raccolta*, p. I-4805; del 14 luglio 2005, causa C-433/03, *Commissione c. Germania*, *ivi*, p. I-6967. In particolare, nel caso *Commissione c. Lussemburgo*, la Corte, a fronte dell'in-

gestione dell'accordo, si è rivelata funzionale alla competenza del giudice comunitario, quanto al complesso delle previsioni degli accordi misti (anche corredati dalla dichiarazione di competenza)⁴⁸. Un'ulteriore ragione giuridica a fondamento di un'unitaria interpretazione dell'intero accordo misto pare rinvenibile nella promozione e tutela dell'unità della rappresentanza internazionale della Comunità⁴⁹.

Il parziale scollamento dal criterio della competenza della Comunità ai fini dell'affermazione di una giurisdizione interpretativa della Corte sugli accordi misti, realizzato nella sentenza *Dior*, non è rimasto isolato, avendo trovato conferma nella giurisprudenza successiva relativa a disposizioni dell'Accordo

sussistenza di un'armonizzazione completa a livello interno nella materia oggetto dell'accordo multilaterale che la Comunità aveva infruttuosamente cercato di stipulare (trasporto per via navigabile), è pervenuta, di fatto, allo stesso risultato che si sarebbe verificato ove la natura della competenza esterna in capo alla Comunità fosse stata esclusiva, grazie al riconoscimento di una violazione dell'art. 10 TCE. Avendo, infatti, la Commissione ricevuto mandato di iniziare le negoziazioni di un accordo multilaterale in merito al trasporto di cose e persone per via navigabile, la Corte riteneva lecito attendersi, secondo una corretta applicazione del principio di leale cooperazione, l'astensione da parte degli Stati membri da qualsiasi comportamento atto a compromettere il successo delle negoziazioni intraprese a nome della Comunità. Pertanto, il Lussemburgo che aveva invece concluso, contestualmente alle negoziazioni comunitarie, tre accordi bilaterali con Stati terzi aventi il medesimo oggetto, si era reso responsabile di una violazione della disposizione in parola, volta ad attendere nello specifico un comportamento statale *pro communitate*, un'azione al servizio di un esercizio futuro della competenza comunitaria (sulla qualificazione in questi termini dell'art. 10 cfr. anche M. CREMONA, *Community Report, 22nd FIDE Congress, External relations of the EU and Member States*, Cyprus, 2006). La stessa necessità per uno Stato di astenersi dall'intraprendere azioni individuali, almeno per un ragionevole periodo di tempo, fino alla conclusione del processo decisionale comunitario è stata ribadita, di recente, nelle conclusioni dell'Avvocato generale Poireres Maduro del 1° ottobre 2009 relative alla causa *Commissione c. Svezia*, C-246/07, non ancora pubblicate in *Raccolta*; in particolare, nella fattispecie l'Avvocato generale, a fronte della proposta unilaterale svedese dell'aggiunta dei perfluorooctano solfonati agli allegati alla Convenzione di Stoccolma sugli inquinanti organici persistenti prima che venisse adottata una decisione comunitaria in materia, propone alla Corte di ritenere la violazione degli obblighi di cui all'art. 10 TCE da parte della Svezia.

⁴⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 30 maggio 2006, causa C-459/03, *Commissione c. Irlanda (MOX Sellafield)*, *Raccolta*, p. I-4635. Per una più approfondita analisi del concetto e della citata giurisprudenza si rinvia *infra*, par. 5.

⁴⁹ In particolare, secondo una parte della dottrina, G. BONTINCK, *The TRIPs Agreement and the ECJ: A New Dawn? Some Preliminary Comments on the Joined Cases C-300/98 and C-392/98 Parfums Dior and Assco Gerüste, Jean Monnet Working Papers*, 2001, "if the ECJ is to have jurisdiction over the interpretation of TRIPs provision, it is another element weakening the individual position of a Member State in the WTO, and thus at the same time reinforces the international standing of the Community" (la volontà di "not [to] provide any leverage to individual Member States at the WTO level" era stata già sostenuta in occasione del parere 1/94, cit., al riguardo si veda, più diffusamente, P. PESCATORE, *Opinion 1/94 on "Conclusion" of the WTO Agreement: Is there an Escape from a Programmed Disaster?*, in *CML Rev.*, 1999, p. 395). In senso contrario però l'Avvocato generale Cosmas nelle sue conclusioni alla causa *Dior* rilevava come "ammettere la competenza originaria della Corte a risolvere questioni pregiudiziali sull'interpretazione degli accordi internazionali misti relativi a settori che ancora rientrano nella competenza degli Stati membri non sembra essere utile ad assicurare l'effettivo coordinamento della rappresentanza internazionale unitaria richiesta" (punto 69).

TRIPs diverse dall'art. 50⁵⁰. Da ciò la possibilità di estendere la considerazione di una sussistenza generalizzata della giurisdizione comunitaria su previsioni convenzionali, indipendentemente dalla competenza comunitaria, all'Accordo TRIPs integralmente considerato⁵¹.

Nella sentenza *Anheuser-Busch*⁵², in particolare, alla Corte veniva sottoposto un quesito pregiudiziale inerente non più una norma a carattere “procedurale” quale l'art. 50 TRIPs, bensì l'art. 16, par. 1 dello stesso Accordo: norma rivolta alla tutela “materiale” della ditta, dunque, un settore rispetto al quale la Comunità non aveva ancora esercitato il suo titolo di competenza ripartito grazie all'adozione di una legislazione in materia. In particolare, con la seconda parte del terzo

⁵⁰ Al contrario, nella sentenza del 13 settembre 2001, causa C-89/99, *Schieving-Nijstad, Raccolta*, p. I-5851, la Corte di giustizia nuovamente a fronte dell'interpretazione dell'art. 50, par. 6 dell'Accordo TRIPs, al punto 30, ha ancorato la sussistenza di una sua giurisdizione interpretativa al preventivo esercizio del titolo di competenza comunitaria sul piano interno nel settore coperto dall'accordo, e nello specifico alla legislazione comunitaria sul marchio. Il fatto che, tuttavia la Corte abbia richiamato oltre alla giurisprudenza *Hermès* quella *Dior* (relativa oltre che alla tutela dei marchi anche alla tutela dei disegni industriali rispetto ai quali alcuna legislazione comunitaria poteva dirsi esistente se non per aspetti puntuali e marginali dei brevetti) lascia perplessi in ordine ad una vera e propria sistematicità della giurisprudenza in materia. Sulla contestabilità delle argomentazioni proposte dalla Corte nel caso di specie cfr. P. KOUTRAKOS, *op. cit.*, p. 25 ss., in particolare p. 47.

⁵¹ D'altronde, la dottrina in parte si era già espressa – già in epoca successiva alla pronuncia *Hermès* – nel senso che, con riferimento all'Accordo TRIPs, esso “should be subject to a centralized interpretation by the ECJ”. Si rinvia a tale riguardo a: G. A. ZONNEKEYN, *Mixed Feelings About the Hermès Judgment*, in *ITLR*, 1999, p. 20 ss., in particolare p. 23. Analogamente, G. BON-TINCK, *op. cit.*, che rinveniva nel *dictum* delle ragioni pratiche oltre che giuridiche della giurisprudenza *Dior*, un concetto sufficientemente ampio “to encompass whatever national court is ruling, whether its decisions are subject to appeal or whether they are final, and no matter which provision of TRIPs is under study”. In senso contrario però J. HELISKOSKI, *The Jurisdiction of the European Court of Justice to Give Preliminary Rulings on the Interpretation of Mixed Agreements*, in *Nord. JIL*, 2000, p. 395 ss., spe. p. 412, che sottolinea come l'affermazione di una giurisdizione interpretativa della Corte sulla totalità delle previsioni di un accordo misto (nello specifico l'Accordo TRIPs), anche rispetto a quelle previsioni rientranti nell'ambito delle competenze statali, non sia necessaria e neppure desiderabile dal punto di vista dei Paesi terzi e come, tra l'altro, “to rule out the Member States' decision-making rights in matters which they may never have wished to see transferred over to the Community there would seem to have to be reasons which amount to more than mere practical expediency”. Si potrebbe obiettare ad un siffatto ragionamento però come il riferimento all'ambito di competenza nazionale non implica che si tratti di un dominio riservato in capo a questi ultimi, quanto piuttosto di un'area di azione in ogni momento restringibile a seguito del dinamico processo che coinvolge l'esercizio delle competenze ripartite Stati/Comunità da parte di quest'ultima (era in questo senso che J. DREXL, *The TRIPs Agreement and the EC: What Comes Next After Joint Competence?*, in F. K. BEIER, G. SCHRICKER (eds.), *From GATT to TRIPs – The Agreement of Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, München, 1996, p. 35, aveva cercato di interpretare la nozione di competenze ripartite di cui al parere 1/94 con riferimento all'Accordo OMC – e dunque al TRIPs). Dalla possibile *pre-emption* delle competenze nazionali in merito al TRIPs in qualsiasi momento, la desiderabilità di un'interpretazione uniforme di tutte le previsioni dell'Accordo sin dal momento iniziale, per “ragioni pratiche e giuridiche”.

⁵² Sentenza della Corte di giustizia del 16 novembre 2004, causa C-245/02, *Anheuser-Busch, Raccolta*, p. I-11018.

quesito pregiudiziale il giudice *a quo* mirava ad ottenere chiarimenti in ordine alle condizioni cui una ditta non registrata, né tradizionalmente utilizzata, nello Stato in cui è stato invece registrato un marchio potenzialmente configgente, possa beneficiare della tutela prevista appunto all'art. 16, par. 1 del TRIPs per i diritti anteriori esistenti, considerando che, in forza del rinvio operato dall'art. 2 del TRIPs all'art. 8 della Convenzione di Parigi, gli Stati membri dell'OMC sono tenuti a tutelare le ditte straniere a prescindere dalla loro registrazione. La Corte, limitandosi a richiamare la giurisprudenza *Dior*, ha affermato la sua competenza ad interpretare una disposizione dell'Accordo TRIPs "ogniquale volta le autorità nazionali sono chiamate ad applicare norme nazionali per disporre misure di tutela di diritti derivanti da una normativa comunitaria che rientra nel campo di applicazione di tale accordo"⁵³. In particolare, la competenza ad interpretare l'art. 16, par. 1 nello specifico deriva dal fatto che "la Comunità è parte contraente dell'Accordo TRIPs", e conseguentemente "è tenuta ad interpretare la sua legislazione sui marchi, nella misura del possibile, alla luce della lettera e della finalità di detto accordo"⁵⁴. Sebbene, *prima facie*, sembrerebbe tornare ad essere il criterio della competenza quello fondante la giurisdizione interpretativa della Corte, è l'incidenza indiretta di una previsione convenzionale (che prevede l'estensione della tutela riconosciuta al titolare di un ditta, non regolamentata a livello comunitario) su una materia oggetto di una competenza comunitaria (esercitata) – segnatamente la tutela accordata al titolare di un marchio⁵⁵ – a giustificare la sussistenza della giurisdizione interpretativa della Corte sulla previsione dell'accordo misto. Il fatto che, nello specifico, l'incidenza delle previsioni dell'accordo si realizzi su una materia di competenza comunitaria esercitata sul piano interno, non risolve espressamente la questione della sussistenza di una giurisdizione interpretativa della Corte anche con riferimento a previsioni materiali che incidano su materie di competenza ripartita tra Stati membri e Comunità, ma non ancora esercitata. Tuttavia, si potrebbe ipotizzare una sorta di necessario parallelismo, quanto alla giurisdizione comunitaria rispetto all'interpretazione di norme procedurali e materiali di uno stesso accordo, non contenente alcuna precisa delimitazione di competenze tra Comunità e Stati membri. Un motivo a sostegno di tale ipotesi pare riscontrabile nella mancanza di aree di competenze esclusive nazionali tra le materie ripartite tra Comunità e Stati membri in ambito OMC⁵⁶.

⁵³ *Ibidem*, punto 41.

⁵⁴ *Ibidem*, punto 42.

⁵⁵ L'Avvocato generale Tizzano, conclusioni del 29 giugno 2004 nel caso *Anheuser-Busch*, cit., in particolare, dall'analisi dei fatti della causa rileva come l'uso di una ditta possa confliggere, a determinate condizioni – tra cui in particolare quando essa sia utilizzata in quanto marchio – con l'esclusiva riconosciuta dal diritto comunitario al titolare di un marchio registrato (punto 114).

⁵⁶ Parere 1/94, cit., punto 104. In tal senso cfr. anche KARAYGIT, *A Common Interpretative Position for Mixed Agreements?* in *EFA Rev.*, p. 445 ss., in particolare p. 453. Sulla circostanza invece per cui le competenze condivise diverrebbero qualificabili unicamente in un insieme di competenze esclusive comunitarie e competenze esclusive statali si veda, in dottrina: F. CASOLARI, *La sentenza MOX: la Corte di giustizia torna ad occuparsi dei rapporti tra ordinamento comuni-*

Sempre in materia di tutela della proprietà intellettuale, ma nella fattispecie dei brevetti, la Corte ha avuto modo di pronunciarsi nel caso *Merck* che vedeva contrapposte una società titolare di un brevetto industriale riguardante un metodo di preparazione di un prodotto farmaceutico ed una società che aveva prodotto e commercializzato in Portogallo un farmaco contenente lo stesso principio attivo, a costi sensibilmente inferiori⁵⁷. Ad essere controverso era il termine decorso il quale la durata di protezione del brevetto dovesse considerarsi esaurita con la conseguente disponibilità pubblica del prodotto industriale tutelato. La questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte concerneva, in particolare, la sua competenza ad interpretare l'art. 33 dell'Accordo ADPIC relativo ai brevetti ed, in caso di risposta affermativa, l'esistenza di un potere di applicazione d'ufficio – o solo su istanza di parte – della disposizione convenzionale nei procedimenti pendenti. Nonostante un suggerimento dell'Avvocato generale Colomer circa l'opportunità di un rinnovamento della giurisprudenza precedente relativa all'esistenza ed estensione della giurisdizione interpretativa della Corte quanto alle disposizioni degli accordi misti, volto in particolare all'affermazione di una competenza generale della Corte ad interpretare l'accordo TRIPs⁵⁸; la Corte si è limitata a riconoscere la sussistenza di una sua competenza ad interpretare le previsioni convenzionali (ADPIC), da un lato, sulla base dello *status* comunitario dell'accordo (ai sensi della più tradizionale

tario ed ordinamento internazionale, in *DUE*, 2007, pp. 339-340; J. HELISKOSKI, *Mixed Agreements*, cit., p. 46 ss.; S. AMADEO, *Unione europea e treaty making power*, Milano, 2005. Per un'estensione "espressa" della dottrina dell'esclusività del *treaty making power* comunitario anche alle competenze esterne concorrenti nella giurisprudenza cfr. invece sentenza della Corte di giustizia del 19 marzo 1996, causa C-25/94, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-1469.

⁵⁷ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 settembre 2007, causa C-431/05, *Merck Génériques Productos Farmacêuticos*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Per un primo commento della pronuncia si veda D. SIMON, *Invocabilité des accords OMC en matière de propriété industrielle. L'imbroglio des accords mixtes: l'introuvable cohérence?*, in *Europe*, 2007, n. 11, p. 11 ss., e successivamente E. NEFRAMI, *L'invocabilité des accords OMC tributaire du régime juridique des accords mixtes. À propos de l'arrêt Merck Génériques-Productos Farmacêuticos Lda de la CJCE du 11 septembre 2007*, in *RMCUE*, 2008, p. 227 ss.

⁵⁸ In particolare, l'Avvocato generale, a fronte delle difficoltà della giurisprudenza precedente in cui, a suo avviso, la Corte sarebbe "rimasta impigliata" giacché la competenza "quando diviene il criterio per determinare la giurisdizione, rende quest'ultima ostaggio della propria complessità", proponeva di mantenere quale punto di partenza la giurisprudenza *Haegeman* e *Demirel* in relazione alla considerazione degli accordi misti quali parti integranti dell'ordinamento comunitario, valorizzando lo scopo comune perseguito attraverso di essi da Stati e Comunità tale per cui gli Stati sono tenuti, ai sensi dell'art. 10 TCE, a collaborare non solo nella fase di negoziazione e stipulazione degli accordi, "bensì anche nel loro adempimento, il che va considerato unitamente all'obbligo di garantire l'effetto utile del diritto comunitario non solo nell'ambito normativo, ma anche in quello esecutivo e giurisdizionale" (punto 56, e nello stesso senso cfr. W. KAHL, *Artikel 10*, in C. CALLIES, M. RUFFERT, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, Neuwied-Kriftel, 2002, p. 451). Inoltre, "garantendo un'interpretazione uniforme dell'intero accordo misto, anche negli ambiti in cui la Comunità non fosse ancora intervenuta, gli Stati membri potrebbero conformarsi più facilmente al precetto dell'art. 10 CE" (punto 58).

giurisprudenza) e, dall'altro, per un "sicuro interesse comunitario" a ciò⁵⁹. L'interesse comunitario cui si sono riferiti i giudici, tuttavia, a ben vedere, altro non è se non quello di cui – come abbiamo visto – gli obblighi di solidarietà, collaborazione e fedeltà introdotti dall'art. 10 TCE si rivelano sintomatici. La disposizione in parola d'altro canto era stata parimenti rinvenuta nel ragionamento dell'Avvocato generale Colomer quale migliore fondamento della sussistenza della giurisdizione interpretativa della Corte rispetto all'integralità degli accordi misti OMC⁶⁰.

Il criterio della competenza comunitaria che, dunque, ha trovato nel rispetto del principio di leale cooperazione un temperamento ai fini del riconoscimento della giurisdizione interpretativa della Corte, continua invece a svolgere un ruolo determinante con riferimento al riconoscimento di un'efficacia diretta delle disposizioni convenzionali. La Corte, infatti, da *Dior* a *Merk* ha affermato che, solo qualora si constati che nel settore disciplinato dall'accordo misto OMC esiste una disciplina comunitaria, trova applicazione il diritto comunitario e, dunque, l'obbligo di operare un'interpretazione di quest'ultimo conforme all'accordo senza che alla disposizione sia però riconoscibile un'efficacia diretta. Al contrario, in un settore nel quale la Comunità non ha ancora legiferato, permane in capo ai giudici nazionali la competenza quanto al riconoscimento dell'esistenza di un'efficacia diretta delle disposizioni convenzionali⁶¹. Pur rappresentando anche l'eventuale riconoscimento dell'effetto diretto di una disposizione convenzionale una questione di interpretazione che, se lasciata ai giudici nazionali, egualmente rischia di pregiudicare la postulata unità di interpretazione dell'accordo misto, la Corte non si è discostata dal criterio della competenza a detti fini. La sussistenza di una competenza nazionale al riguardo è da intendersi pertanto quale opportuno e necessario contemperamento del riconoscimento del carattere di "atto unico comunitario" degli accordi misti con il rispetto della partizione infra-comunitaria delle relative competenze di attuazione⁶².

4. Anche nelle occasioni in cui la Corte si è confrontata con la questione dell'esistenza e dell'estensione della sua giurisdizione interpretativa ed applicativa di disposizioni di accordi misti corredati da una ripartizione *ex ante* delle

⁵⁹ Sentenza *Merck*, cit., punto 38.

⁶⁰ La valorizzazione dell'obbligo di leale cooperazione quale fondamento della necessità di una giurisdizione comunitaria unitaria costituirebbe secondo l'Avvocato generale un passo nella direzione di un'assunzione di responsabilità della Corte circa le lacune della sua giurisprudenza, di un adeguamento della sua dottrina a principi fondamentali del diritto internazionale, e del conferimento di quella certezza giuridica richiesta dagli operatori istituzionali nell'ambito infra-comunitario (punto 60).

⁶¹ Sull'atteggiamento della Corte, rimasto prudentemente ancorato al solo criterio della ripartizione delle competenze tra Comunità e Stati membri per quanto attiene al diverso (e più controverso) profilo della valutazione della diretta efficacia di disposizioni contenute in accordi misti, cfr., per tutti: P. ECKHOUT, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundation*, Oxford, 2004, p. 221.

⁶² Così E. NEFRAMI, *Les accords mixtes*, cit., p. 629.

competenze Comunità-Stati membri, il criterio organico di cui agli accordi di associazione, come i criteri della competenza e del rispetto dell'obbligo di leale cooperazione si sono riproposti. Sebbene nella giurisprudenza elaborata a tale proposito la Corte non sia stata adita in via pregiudiziale⁶³, bensì ai sensi dell'art. 226 TCE, ai fini dell'accertamento dell'inadempimento statale agli obblighi comunitari derivanti da previsioni di accordi misti⁶⁴, il richiamo di tale giurisprudenza si giustifica per la soluzione che la Corte ha comunque dovuto preliminarmente fornire circa la questione della sussistenza ed estensione della giurisdizione comunitaria nel merito.

In particolare, il fatto che, ai sensi degli articoli 226 e 227 TCE, oggetto di un ricorso per inadempimento possa essere solo la violazione di un obbligo comunitario, limita la sussistenza della giurisdizione comunitaria a quei ricorsi che mirino a far valere l'inadempimento degli obblighi convenzionali derivanti da disposizioni rientranti nell'ambito di competenze esclusive, ovvero concorrenti della Comunità. Ciò non di meno, non manca di potersi verificare un inadempimento nazionale di un obbligo incumbente sullo Stato che, pur esulando dall'ambito delle competenze comunitarie sia, tuttavia, capace di compromettere il raggiungimento di finalità della Comunità. Anche in tali circostanze può ritenersi sussistere la giurisdizione della Corte quanto all'accertamento della violazione dell'obbligo discendente dall'accordo, purché ad essere formalmente

⁶³ Nel recente caso *Intertanko* (sentenza del 3 giugno 2008, causa C-308/06, *International Association of Independent Tanker Owners, Intertanko*, non ancora pubblicata in *Raccolta*) dove la Corte si è pronunciata a seguito di un rinvio pregiudiziale su alcune previsioni della Convenzione di Montego Bay, la questione della sussistenza della giurisdizione della Corte di giustizia, pure sollevata dal Consiglio e dal governo danese, non è stata affrontata dai giudici comunitari, neppure per far proprie le brevi considerazioni svolte sul punto dall'Avvocato generale Kokott. Nel punto 59 delle sue conclusioni, infatti, ricordando la giurisprudenza MOX – punto 133 – di cui diremo poco oltre, l'Avvocato generale riconosceva che “nel contesto della convenzione di Montego Bay sussiste, quanto meno, anche una competenza della Comunità per le questioni in essa disciplinate qualora esista un diritto comunitario *rilevante*, a prescindere dal fatto che le disposizioni comunitarie siano definitive o che rimanga spazio per la potestà normativa degli Stati membri”, adombrando così nuovamente quel criterio dell'interconnessione e dell'incidenza che gli obblighi assunti ai sensi delle disposizioni abbiano sul diritto comunitario, di cui alla giurisprudenza *Demirel*, *Hermès* e *Dior* elaborata, dapprima, riguardo agli accordi di associazione, e successivamente agli accordi OMC. Un analogo riferimento alla Convenzione di Montego Bay delle argomentazioni precedentemente svolte dai giudici comunitari con riferimento agli accordi istitutivi dell'OMC è stato compiuto quanto al profilo del mancato riconoscimento dell'efficacia diretta delle norme convenzionali (punto 64). Su dette analogie e sulla difficoltà di riferire alla Convenzione gli argomenti utilizzati nei confronti degli accordi OMC, si veda E. CANNIZZARO, *Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza Intertanko*, in *DUE*, 2008, p. 645 ss., spec. pp. 648-652, e per un primo commento alla pronuncia cfr. altresì S. VEZZANI, *Pacta sunt servanda? La sentenza della Corte di giustizia nell'affare Intertanko (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio*, in questa *Rivista*, 2009, p. 233 ss.

⁶⁴ Sul ricorso alla procedura di cui all'art. 226 TCE relativamente all'esecuzione di accordi misti cfr., più in generale, P. KOUTRAKOS, *EU International Relations Law*, Oxford, 2006, pp. 202-205.

invocata non sia la generica violazione del diritto comunitario, bensì la specifica violazione dell'art. 10 TCE⁶⁵. Stante l'affermarsi nella più recente giurisprudenza comunitaria di un carattere progressivamente autonomo della violazione del principio di leale cooperazione, potrebbe farsene derivare una tendenza della Corte di giustizia all'estensione della propria giurisdizione alla totalità delle previsioni degli accordi misti (indipendentemente dalla titolarità e natura delle competenze di cui le disposizioni pattizie siano espressione).

Quanto alla possibilità dell'affermazione di tale tendenza con riferimento agli accordi misti corredati dello strumento della dichiarazione di competenza – il caso *Commissione c. Irlanda (MOX Sellafield)* pare emblematico⁶⁶. La Corte era stata adita dalla Commissione al fine di verificare la violazione degli articoli 292 e 10 TCE da parte dell'Irlanda. Al Governo irlandese veniva contestato, in particolare, di aver invocato alcune disposizioni della Convenzione di Montego Bay contro il Regno Unito davanti ad un tribunale arbitrale. Questo si difendeva eccependo la competenza della Corte a pronunciarsi sul punto, appartenendo le disposizioni invocate davanti al tribunale arbitrale alla sfera di competenza nazionale, non trasferita appunto alla Comunità come per altre materie coperte dalla Convenzione, quale risultante dalla dichiarazione di competenze allegata all'atto di conclusione della Convenzione. La Corte, riprendendo la giurisprudenza già elaborata in occasione dei precedenti ricorsi *ex art. 226 TCE* con riferimento ad accordi misti, ha affermato che tali accordi “hanno nell'ordinamento comunitario la stessa disciplina giuridica degli accordi puramente comunitari, trattandosi di disposizioni che rientrano nella competenza della Comunità”⁶⁷. Non è stata conferita, dunque, particolare importanza alla delimitazione *ex ante* delle competenze, o meglio, è stata fornita dalla Corte un'interpretazione estensiva del concetto di esistenza di una competenza in capo alla Comunità. Se nella giurisprudenza pregressa citata lo statuto comunitario degli accordi era stato fondato sul preventivo esercizio del titolo di competenza comunitaria sul piano interno, seppure fosse avvenuto anche solo in larga parte⁶⁸; nel caso *MOX Sellafield*, a giustificare lo statuto comunitario dell'accordo misto è bastata la mera esistenza della competenza comunitaria nel settore regolato

⁶⁵ Nel senso dell'ammissibilità di tale fattispecie si veda, in particolare, C. HILLION, *The Evolving System of European Union External Relations as Evidenced in the EU Partnerships with Russia and Ukraine*, thesis, Leiden, 2005, p. 130.

⁶⁶ Sentenza *Commissione c. Irlanda (MOX Sellafield)*, cit.

⁶⁷ Sentenze della Corte di giustizia del 19 marzo 2002, causa C-13/00, *Commissione c. Irlanda (Convenzione di Berna)*, *Raccolta*, p. I-2943, punto 14, e del 7 ottobre 2004, causa C-293/03, *Commissione c. Francia (Stagno di Berre)*, *Raccolta*, p. I-9325, punti 25-26.

⁶⁸ Nel caso *Commissione c. Francia (Stagno di Berre)*, cit., infatti, è stato riconosciuto inadatto a mettere in discussione la giurisdizione comunitaria il fatto che il ricorso per inadempimento (volto a sanzionare la mancata osservanza della Francia della Convenzione di Barcellona per la protezione del Mar Mediterraneo dall'inquinamento) concernesse una materia non ancora oggetto di una disciplina comunitaria interna (nello specifico lo scarico di acqua dolce e di fanghi in ambiente marino), essendo sufficiente, al contrario, l'esistenza di un'ampia legislazione comunitaria relativa alla tutela dell'ambiente oggetto della Convenzione.

dall'accordo, ancorché l'esercizio della stessa fosse avvenuto, a titolo concorrente, esclusivamente sul piano esterno, nel momento della conclusione (in forma mista) dell'accordo.

In definitiva, la Corte di giustizia non ha mai rifiutato la propria competenza ad interpretare disposizioni contenute in accordi misti che in qualche modo riguardino materie che rientrano nell'ambito di competenze attribuite alla Comunità, a prescindere dal fatto che quest'ultima abbia già effettivamente regolamentato i settori considerati. I settori non di competenza esclusiva della Comunità, infatti, non sono considerati quali dominio riservato degli Stati membri, bensì comunque oggetto del diritto comunitario. Se si considera come, diversamente da quanto suggerito dall'Avvocato generale Maduro nelle sue conclusioni, la Corte abbia ritenuto di dover condurre anche un esame autonomo della violazione dell'obbligo di leale cooperazione da parte dell'Irlanda⁶⁹, se ne potrebbe dedurre un elemento a sostegno della volontà della Corte di estendere ulteriormente la sua giurisdizione interpretativa anche a quelle previsioni di accordi misti che non rientrano tra le competenze comunitarie ai sensi del dettato della dichiarazione di competenza. L'esame autonomo della violazione dell'art. 10 TCE, infatti, come si è anticipato, comporta la sussistenza di una giurisdizione interpretativa della Corte anche a fronte di un inadempimento nazionale di un obbligo incombente sullo Stato che, pur esulando dall'ambito delle competenze comunitarie sia, tuttavia, capace di compromettere il raggiungimento di finalità della Comunità. Tra l'altro, nel caso di specie, la Corte ha sottolineato come l'esistenza della violazione di detto obbligo sia tanto maggiore quanto più gli impegni risultanti da un accordo misto rientrano in un ambito in cui le competenze rispettive della Comunità e degli Stati membri possono essere strettamente "interconnesse"⁷⁰. Inoltre l'onere di cooperazione è stato ricollegato, oltre che alla salvaguardia dell'unità della rappresentanza internazionale della Comunità, come avvenuto nei casi in cui la Corte vi aveva fatto riferimento quanto alla conclusione degli accordi misti⁷¹; anche all'autonomia dell'ordina-

⁶⁹ Nel senso per cui non sussiste invece la necessità di un'applicazione autonoma dell'art. 10 TCE allorquando la situazione in questione sia oggetto di una disposizione specifica si veda, ad esempio, la sentenza della Corte di giustizia dell'11 marzo 1992, *Compagnie Commerciale de l'Ouest e a. c. Receveur principal des douanes de la Pollice Port*, cause riunite C-78 e 83/90, *Raccolta*, p. I-847, punto 19. Nello specifico si poteva considerare sufficiente, secondo l'Avvocato generale, l'esame della violazione specifica dell'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 292 TCE (dovuta appunto alla sottoposizione della controversia alla decisione di un tribunale arbitrale); senza bisogno di verificare, invece, la più generale violazione dell'art. 10 TCE, dovuta alla mancata informazione e consultazione della Commissione europea quanto all'intenzione di intraprendere una siffatta azione.

⁷⁰ Nello specifico, nell'ambito della tutela e preservazione dell'ambiente marino, l'interconnessione tra le competenze statali e comunitarie era individuabile, secondo la Corte, proprio nella dichiarazione di competenza e nella sua appendice. Cfr. punto 176 della sentenza. L'eco della giurisprudenza *Hermés e Dior* è dunque evidente.

⁷¹ Cfr. pareri della Corte di giustizia 1/78, cit., punti 34-36; del 19 marzo 1993, 2/91, *Raccolta*, p. I-1061, punto 36; 1/94, cit., punto 108; parere del 16 dicembre 2001, 2/00, *ivi*, p. I-9713, punto

mento comunitario⁷². Da ciò la necessità di una pronuncia della Corte di giustizia e non di una giurisdizione diversa “sulla portata degli obblighi che si impongono agli Stati membri in virtù del diritto comunitario”⁷³; e dunque la considerazione dell’art. 10 TCE “en tant que devoir de loyauté dans l’exécution d’une obligation communautaire, et non pas en tant que devoir de coopération dans l’exécution d’un accord mixte”⁷⁴.

In definitiva, quel criterio organico che forniva lo *status* comunitario all’accordo misto, meglio specificato dall’obbligo di leale cooperazione, si riconferma anche nel caso degli accordi corredati dallo strumento della dichiarazione di competenza quale fondamento della giurisdizione comunitaria, la dichiarazione in parola risolvendosi solo in una migliore specificazione (e più immediata conoscibilità) dell’estensione sul piano infra-comunitario dell’obbligo internazionalmente assunto da Stati e Comunità. Sul piano internazionale, infatti, gli Stati e la Comunità sono tenuti comunque alla buona esecuzione dell’accordo nella sua interezza: ad esigerlo sono l’unità e l’autonomia dell’ordinamento comunitario rispetto ai Paesi terzi, come pure la stessa dichiarazione di competenza, che prevede una responsabilità solidale di Stati e Comunità in caso di dubbio sulla ripartizione interna delle competenze⁷⁵.

5. L’esame della giurisprudenza relativa agli accordi misti si caratterizza, in ultima analisi, quanto al profilo della sussistenza ed estensione della giurisdizione interpretativa della Corte di giustizia, per diversi profili. Se l’affermazione della sussistenza di una giurisdizione comunitaria su detto tipo di accordi internazionali è stato originariamente ancorato al riconoscimento della natura di accordi sostanzialmente bilaterali degli accordi misti (privilegiando così la tutela dell’unità della rappresentanza internazionale della Comunità ed addivenendo al riconoscimento di uno *status* comunitario all’accordo), l’estensione dell’ambito della giurisdizione comunitaria è stata fissata attraverso il criterio della competenza della Comunità, temperato però progressivamente nella sua portata effettiva. Al fine di assicurarsi una quanto più ampia giurisdizione interpretativa delle disposizioni convenzionali la Corte ha, infatti, ritenuto di interpretare, oltre alle previsioni che regolamentano settori disciplinati a livello comunitario – rispetto

18 e, da ultimo, nelle conclusioni dell’Avvocato generale Poiares Maduro relativamente alla causa *Commissione c. Svezia*, cit., punto 32.

⁷² Quella stessa autonomia dell’ordinamento giuridico comunitario già affermata in occasione del parere relativo alla creazione di uno Spazio economico europeo (parere della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, 1/91, *Raccolta*, I-6079) e del parere relativo alla creazione di uno spazio aereo europeo (parere della Corte di giustizia del 18 aprile 2002, 1/00, *ivi*, p I-3493).

⁷³ Sentenza *Commissione c. Irlanda (MOX Sellafeld)*, cit., punto 177.

⁷⁴ Così E. NEFRAMI, *La mixité éclairé dans l’arret ‘Mox’ du 30 mai 2006: une double interaction, un triple apport*, in *RDUE*, 2007, p. 687 ss., spec. p. 709.

⁷⁵ V. art. 6, par. 2 dell’Allegato IX della Convenzione di Montego Bay e, in dottrina, B. DUTZLER, *The Representation of the EU and Member States in International Organisations. General Aspects*, in S. GRILLER, B. WEIDEL (ed.), *External Economic Relations and Foreign Policy in the European Union*, Wien-New York, 2002, pp. 182-183.

alle quali dunque il titolo di competenza è stato effettivamente esercitato sul piano interno – anche quelle inerenti settori corrispondenti agli obiettivi del Trattato⁷⁶, rispetto alle quali, dunque, anche l’azione statale poteva, in potenza, essere idonea al raggiungimento dello scopo⁷⁷. In altri termini, accanto al binomio “giurisdizione/ambito regolato” (anche solo in parte) la Corte è andata vieppiù affermando il binomio “giurisdizione/ambito di applicazione del diritto comunitario”, su cui le previsioni convenzionali vadano eventualmente ad incidere. Ad ulteriore temperamento del criterio della competenza ai fini giustificativi della propria giurisdizione interpretativa degli accordi misti – corredati o meno dallo strumento della ripartizione di competenze *ex ante* Comunità/Stati membri – la Corte ha poi introdotto il riferimento al principio di leale cooperazione, funzionale all’obiettivo primario dell’unità di rappresentanza internazionale della Comunità, come pure all’autonomia dell’ordinamento comunitario (con conseguente necessità di una giurisdizione esclusiva della Corte su tutte le disposizioni degli accordi misti capaci di incidere – direttamente o indirettamente – sull’ambito di applicazione quest’ultimo, pena il pregiudizio della sua effettività). Con specifico riguardo agli accordi misti corredati dallo strumento della delimitazione *ex ante* delle competenze, il fatto che la Corte di giustizia abbia proceduto ad un esame autonomo della violazione di cui all’art. 10 potrebbe far propendere per un’estensione massima della giurisdizione comunitaria, finanche a quelle previsioni che non rientrano tra le competenze comunitarie secondo il dettato della dichiarazione. L’esame autonomo della violazione dell’art. 10 TCE, infatti, come si è anticipato, comporta la sussistenza di una giurisdizione interpretativa della Corte anche a fronte di un inadempimento nazionale di un obbligo incombente sullo Stato che, pur esulando dall’ambito delle competenze comunitarie sia, tuttavia, capace di compromettere il raggiungimento di finalità della Comunità.

Abstract

The Jurisdiction of the European Court of Justice on Mixed Agreements: From Competence Ground to Loyal Cooperation

This article focuses on the scope of the jurisdiction of the European Court of Justice to interpret, under Article 234 of the EC Treaty, international agreements which include among their contracting parties the European Community, all or some of its Member

⁷⁶ Parere 2/91, cit, punto 10. Il parere verteva sulla conclusione della Convenzione n. 170 dell’Organizzazione Internazionale del Lavoro riguardo la sicurezza nell’utilizzo di prodotti chimici sul lavoro.

⁷⁷ In tal senso A. DASHWOOD, *The Limits of European Community Powers*, in *ELR*, 1996, p. 113.

States and one or more other subjects of international law and which fall partly within the competence of the Community and partly within the competence of the Member States (the so-called “mixed agreements”). In particular, the article addresses the question of whether, and if so to what extent, the Court’s jurisdiction covers those provisions of mixed agreements which have been concluded under shared powers between the Community and Member States when the Community had not exercised its title of competence in the EC legal order. The increasing importance attributed in the Court reasoning to the concept of loyal cooperation in the light of the legal and policy considerations at stake when the scope of the Court’s jurisdiction is determined is finally pointed out to highlight how the theoretical objections to the application of Article 234 EC Treaty even to conventional provisions which fall within the Member States competences are no longer insuperable.

Previdenza e vantaggi sociali per i familiari dei lavoratori comunitari migranti e frontalieri secondo la Corte di giustizia*

SOMMARIO: 1. Introduzione. Il coordinamento delle politiche sociali – 2. L’ambito di applicazione *ratione personae*: la nozione di familiare in relazione a quella di lavoratore. – 3. *Segue*: l’ambito di applicazione *ratione materiae*, l’accesso ai vantaggi sociali e ai sistemi di previdenza. – 4. I criteri di collegamento ed il conflitto di competenze tra *lex loci laboris* e *lex domicilii*. L’accesso dei familiari ai benefici sociali. – 5. Principi e diritti fondamentali alla base della politica sociale e prospettive introdotte dalla cittadinanza europea. – 6. Considerazioni conclusive.

1. La disciplina comunitaria nel settore della politica sociale¹ si esplica attraverso una normativa di coordinamento fondata su una logica di “integrazione negativa” degli ordinamenti nazionali, che mira a rimuovere gli ostacoli alla libera circolazione dei lavoratori comunitari². Tali ostacoli, derivanti da sostanziali divergenze dei regimi di sicurezza e previdenza sociale attuati dagli Stati

* Il presente studio è stato condotto nell’ambito del progetto di ricerca nazionale PRIN 2007 “Cittadinanza europea e diritti fondamentali nell’attuale fase del processo di integrazione”. Responsabile nazionale, prof. Ennio Triggiani (prot. 2007ETKBLF).

¹ Su affermazione ed evoluzione della politica sociale europea v. M. KLEINMAN, D. PIACHAUD, *European Social Policy: Conception and Choices*, in *Journal of European Social Policy*, 1993, p. 1 ss.; P. WATSON, *Social Policy after Maastricht*, in *CML Rev.*, 1993, p. 481 ss.; C. LASKE, *The Impact of the Single European Market on Social Protection for Migrant Workers*, *ivi*, p. 515 ss.; S. BORRELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, in *Lavoro e Diritto*, 2001, p. 645 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, *Diritto comunitario del lavoro*, Padova, 2001, II ed., p. 177 ss. nonché p. 269 ss.; S. CHAPON, C. EUZÉBY, *Towards a Convergence of European Social Models?*, in *International Social Security Review*, 2002, p. 37 ss.

² In tema di integrazione negativa v., diffusamente, S. GIUBBONI, *Cittadinanza comunitaria e sicurezza sociale: un profilo critico*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1997, p. 84 ss., nonché la letteratura internazionale *ivi* citata a p. 85, nota 84. Da ultimo, un esame della più recente giurisprudenza comunitaria (periodo 2003-2008) in materia di coordinamento della politica sociale europea è in V. PASKALIA, *Co-ordination of Social Security in the European Union: an Overview of Recent Case Law*, in *CML Rev.*, 2009, p. 1177 ss.

membri nell'esercizio della competenza normativa in materia, costituiscono di fatto un freno alle scelte di mobilità dei lavoratori e limitano la piena affermazione di una delle quattro libertà economiche fondamentali su cui si erge la struttura comunitaria³. L'introduzione di disposizioni comuni sulla sicurezza sociale costituisce pertanto strumento e presupposto indispensabile per la crescita del mercato del lavoro europeo, funzionale a garantirne lo sviluppo.

In questa prospettiva, obiettivo della normativa europea di coordinamento è rendere convergenti le legislazioni degli Stati membri verso un sistema comune in grado di tutelare il lavoratore comunitario migrante sotto diversi aspetti: l'accesso all'occupazione in uno Stato diverso da quello di appartenenza, la conservazione delle posizioni previdenziali acquisite nei diversi Stati e la possibilità di fruire di vantaggi sociali e fiscali alla stregua dei lavoratori nazionali⁴.

La disciplina originaria di riferimento va individuata, come è noto, nei regolamenti 1612/68, relativo alla libera circolazione dei lavoratori⁵, e 1408/71, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità⁶. Entrambi gli atti normativi hanno subito numerose integrazioni e aggiornamenti per meglio conformarsi, in uno con l'evoluzione giuridica e sociale sul piano nazionale, agli obiettivi posti dagli articoli 39-42 TCE in materia di libera circolazione.

³ Ci riferiamo alla libera circolazione dei lavoratori di cui agli articoli 39-42 TCE. Queste disposizioni costituiscono la base giuridica dell'azione comunitaria nel settore della politica sociale (di cui agli articoli 136 e 137 TCE) e pongono l'obiettivo di assicurare ai lavoratori migranti e ai loro aventi diritto l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità e il cumulo dei periodi assicurativi maturati in diversi Stati membri. Gli articoli 136 e 137 TCE sanciscono, nello specifico settore della politica sociale, la competenza concorrente della Comunità europea che, "tenendo conto delle diversità delle prassi nazionali sostiene e completa l'azione degli Stati membri in tutti i settori indicati dal Trattato senza compromettere la facoltà riconosciuta agli Stati stessi di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e senza incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso (...)". Per un commento v. E. CORTESE PINTO, *Art. 136 e 137 TCE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 768 ss.

⁴ Sulla sicurezza sociale per i lavoratori migranti v. E. ADOBATI, *La sicurezza sociale: una garanzia per i lavoratori che si spostano all'interno della Comunità*, in *DCSI*, 2000, p. 559 ss. (con ampio riferimento al tema delle prestazioni di servizi transfrontalieri); G. ARRIGO, *La sicurezza sociale nel diritto comunitario*, in A. DI STASI (a cura di), *I diritti sociali degli stranieri. Principi e disciplina in Italia e in Europa*, Roma, 2008, p. 19 ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, V ed., p. 513 ss.

⁵ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, *GUCE* L 257, 19 ottobre 1968, p. 2 ss., modificato dal regolamento (CEE) n. 312/76 del Consiglio, del 9 febbraio 1976, *ivi* L 39, 14 febbraio 1976, p. 2 ss., dal regolamento (CEE) n. 2434/92 del Consiglio, del 27 luglio 1992, *ivi* L 245, 26 agosto 1992, p. 1 ss. e, in ultimo, dalla direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, *GUUE* L 229, 29 giugno 2004, p. 35 ss.

⁶ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, *GUCE* L 149, 5 luglio 1971, p. 2 ss., nella versione consolidata dal regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996, *ivi* L 28, 30 gennaio 1997, p. 1 ss., da ultimo modificato dal regolamento (CE) n. 647/2005, del 13 aprile 2005, *GUUE* L 117, 4 maggio 2005, p. 1.

Ai sensi dell'art. 7, paragrafi 1 e 2 del regolamento 1612/68 "il lavoratore cittadino di uno Stato membro non può ricevere sul territorio degli altri Stati membri un trattamento diverso da quello dei lavoratori nazionali per quanto concerne le condizioni di impiego e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione, licenziamento, reintegrazione professionale o ricollocamento se disoccupato; egli gode degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali"⁷. Al riguardo rilevano da ultimo le modifiche introdotte dalla direttiva 2004/38/CE, che riordina la disciplina preesistente sul diritto di ingresso e soggiorno nel territorio degli Stati membri, riorganizzando la stratificazione normativa che si era prodotta nel corso degli anni⁸.

Anche il regolamento 1408/71, sottoposto nel tempo ad innumerevoli interventi di modifica, è stato razionalizzato ad opera del regolamento 883/2004 sul coordinamento dei sistemi di previdenza sociale degli Stati membri⁹, che ne ha disposto l'abrogazione a decorrere dall'entrata in vigore del nuovo regolamento di attuazione, a sua volta sostitutivo del regolamento 574/72¹⁰.

Tutte queste norme operano in un campo di applicazione decisamente ampio non solo per la complessità della materia trattata, ma anche perché estendono i diritti riconosciuti al lavoratore ai suoi familiari che, indipendentemente dalla personale connotazione economica¹¹ e sul presupposto della parità di tratta-

⁷ Per un primo commento sull'art. 7 del regolamento 1612/68, cfr. D. O'KEEFFE, *Equal Rights for Migrants: The Concept of Social Advantages in Article 7(2), Regulation 1612/68*, in *YEL*, 1985, p. 93 ss.

⁸ Sulla direttiva 2004/38/CE cfr., *ex multis*, P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006, II ed., p. 311 ss.; C. SANNA, *La direttiva 2004/38/CE relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri*, in *RDIPP*, 2006, p. 1157 ss.; P. DE CESARI, *L'evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di diritti delle persone fisiche*, in P. DE CESARI (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea, Persona e Famiglia*, Torino, 2008, II, p. 29 ss. (e l'ampia dottrina citata in nota 73); M. DI FILIPPO, *La libera circolazione dei cittadini comunitari e l'ordinamento italiano: (poche) luci e (molte) ombre nell'attuazione della direttiva 2004/38/CE*, in *RDI*, 2008, p. 420 ss.

⁹ Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, *GUUE* L 166, 30 aprile 2004, p. 1 ss., modificato, con riferimento alle prestazioni speciali a carattere non contributivo, dal regolamento (CE) n. 647/2005 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 aprile 2005, *ivi* L 117, 4 maggio 2005, p. 1 ss.

¹⁰ Regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, *GUCE* L 74, 27 marzo 1972, p. 1 ss., modificato con regolamento (CE) n. 77/2005 della Commissione, del 13 gennaio 2005, *GUUE* L 16, del 20 gennaio 2005, p. 3 ss. e regolamento (CE) n. 207/2006 della Commissione, del 7 febbraio 2006, *ivi* L 36, dell'8 febbraio 2006, p. 3 ss., da ultimo completati dal regolamento (CE) n. 311/2007 della Commissione, del 19 marzo 2007, *ivi* L 82, 23 marzo 2007, p. 6 ss.

¹¹ Necessaria per individuare i lavoratori in base al diritto comunitario e renderli, in quanto tali, destinatari dei diritti riconosciuti dalla normativa in esame. In materia di libera circolazione delle persone, invece, l'introduzione della cittadinanza europea e l'evoluzione in senso "non economico" della disciplina in materia hanno progressivamente svincolato l'esercizio del diritto dal requi-

mento, diventano destinatari di diritti e vantaggi sociali in virtù del vincolo familiare che li lega al lavoratore¹².

La crescente attenzione rivolta dal diritto derivato ai familiari del lavoratore riflette l'intento di valorizzare il vincolo familiare in una duplice prospettiva. La prima si esprime quale fattore ausiliario di integrazione, in quanto le scelte di mobilità dei lavoratori non sono dissuase dal rischio di compromettere la coesione ed il benessere del nucleo familiare. L'altra, in senso più ampio, risponde alle esigenze di protezione dei diritti fondamentali dell'individuo, con particolare riferimento al rispetto della vita familiare e alle tutele sociali che gravitano intorno ad essa.

La talora difficile convivenza delle norme nazionali con quelle comunitarie ha reso peraltro necessario l'intervento della Corte di giustizia che, attraverso un'interpretazione estensiva ma rigorosa delle disposizioni del Trattato e dei regolamenti indicati, ha contribuito a chiarire i numerosi profili di incertezza caratterizzanti la materia, influenzandone significativamente la successiva evoluzione.

Alla luce di tali premesse appare tuttavia evidente che, in assenza di un sistema armonizzato di sicurezza sociale a livello europeo, le disposizioni vigenti negli Stati membri conservano ancora differenze e peculiarità ereditate dalle diverse tradizioni storiche e politiche nazionali, solo in parte attenuate dall'intervento comunitario.

2. Se appare pacifico, in via di principio, il diritto dei familiari del lavoratore migrante a fruire dei vantaggi sociali e dei benefici previdenziali ad essi attribuiti dalla normativa comunitaria, meno agevole risulta l'effettivo riconoscimento di tale diritto da parte degli ordinamenti nazionali. Il frequente ricorso in via pregiudiziale alla Corte di giustizia ha infatti evidenziato numerose difficoltà nell'individuare ed attribuire questi diritti da parte dei giudici nazionali, chiamati ad applicare le leggi interne in senso conforme ai precetti comunitari¹³.

sito dello svolgimento di un'attività economica (come lavoratori subordinati, autonomi o come destinatari di servizi). Per le tappe principali di tale evoluzione, normativa e giurisprudenziale, v. E. BERGAMINI, *Il difficile equilibrio tra riconoscimento del diritto alla libera circolazione, rispetto della vita familiare e abuso del diritto*, in *DUE*, 2006, p. 346 ss.

¹² Si veda M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Cittadinanza dell'Unione e libera circolazione delle persone*, Milano, 2006, II ed., p. 94 ss. Gli autori evidenziano come l'importanza del vincolo familiare emerga chiaramente anche con riferimento alla disciplina sul ricongiungimento familiare per i cittadini di Paesi terzi (direttiva 2003/86/CE del Consiglio, del 22 settembre 2003, *GUUE* L 251, 3 ottobre 2003, p. 12 ss.), che subordina le condizioni di soggiorno alla conservazione del vincolo familiare, cessato il quale un cittadino di un Paese terzo passa nella sfera di competenza della politica sull'immigrazione in quanto straniero. Tuttavia, come precisato dalla dottrina: "il venir meno del vincolo e della condizione qualificante non comporta l'obbligo di lasciare il Paese purché l'interessato soddisfi in prima persona i requisiti previsti per il sorgere del diritto di soggiorno, oppure non vi ostino le norme internazionali o nazionali a tutela dei diritti fondamentali", cfr. A. LANG, *L'ingresso e il soggiorno in Italia dei cittadini comunitari*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, p. 1258 (a cui si rinvia anche per il riferimento alle norme italiane sul punto a p. 1245 ss.).

¹³ La Corte ha costantemente affermato che, in mancanza di un'armonizzazione comunitaria in materia e sul presupposto del rispetto da parte del diritto comunitario della competenza degli Stati

Vero è che, mentre la disciplina comunitaria in materia sociale appare più puntuale con riferimento al lavoratore migrante quale soggetto direttamente interessato, meno netti risultano i contorni della disciplina rispetto ai diritti riconosciuti ai familiari, nonostante le numerose modifiche che hanno interessato nel corso degli anni la normativa di riferimento.

La stessa individuazione dei soggetti da includere nella nozione di “familiari”, e quindi delle prestazioni sociali ad essi riconosciute, ha costituito oggetto della giurisprudenza comunitaria, che si è più volte confrontata con i diversi modelli familiari accolti dagli ordinamenti nazionali. Non a caso il Trattato CE fa esclusivo riferimento agli “aventi diritto” dei lavoratori, accogliendo una nozione volutamente generica che delega al diritto derivato una più puntuale definizione dell’ambito di applicazione *ratione personae* delle specifiche discipline¹⁴.

In generale è possibile affermare che, rispetto al dettato originario, la definizione di familiare che emerge dalle disposizioni attualmente vigenti risulta ampliata ed ispirata ad una concezione più aperta alla pluralità dei modelli familiari, sullo sfondo delle diversità degli statuti familiari e sociali propri degli Stati membri¹⁵.

membri nell’organizzare i sistemi previdenziali nazionali, spetta in ogni caso ai giudici nazionali interpretare il diritto interno in senso conforme al diritto comunitario per garantire il rispetto dei diritti che questo attribuisce ai singoli e in particolare le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei lavoratori: cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 26 settembre 2000, causa C-262/97, *Rijksdienst voor Pensioenen c. R. Engelbrecht*, *Raccolta*, p. I-7321, punto 35 ss. e la giurisprudenza ivi citata; la sentenza del 23 novembre 2000, causa C-135/99, *U. Elsen c. Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, *ivi*, p. I-10409, punto 33; nonché la più recente sentenza del 21 febbraio 2008, causa C-507/06, *M. Klöppel c. Tiroler Gebietskrankenkasse*, *ivi*, p. I-943, punto 16.

¹⁴ Le norme di diritto derivato sul trattamento e sui diritti dei familiari mancano di corrispondenza nei Trattati, che non contengono alcuna previsione afferente alle esigenze dei lavoratori con riferimento alla famiglia, limitandosi a menzionare all’art. 42 TCE gli “aventi diritto” dei lavoratori migranti quali destinatari delle medesime tutele sociali, nella prospettiva di facilitare la libera circolazione dei lavoratori. Sull’uso della più ampia nozione di “avente diritto” in luogo di quella di “coniuge” si ricorda la sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 1992, causa C-119/91, *U. Mcmanamin c. Adjudication Officer*, *Raccolta*, p. I-6393, punti 22-24. La pronuncia, vertente sulle norme anticumulo applicabili alle prestazioni dovute in forza dell’art. 73 del regolamento 1408/71, ha consentito alla Corte di evidenziare che la *ratio* della modifica apportata dal legislatore comunitario, nello specifico, al regolamento 1660/85 (sostituendo il termine “coniuge” con “avente diritto”) intendeva superare le anomalie derivanti dall’applicazione della norma in considerazione della qualità di beneficiario degli assegni familiari conservata dal coniuge all’esito dello scioglimento del vincolo coniugale.

Va ricordato, inoltre, che i Trattati non prevedono alcuna competenza in materia di politica familiare, sebbene i temi della famiglia stiano acquisendo crescente importanza sul piano comunitario. Su questo argomento v. G. DE OLIVEIRA, *A European Family Law?*, in *Famiglia*, 2002, p. 1093 ss.; M. BONINI BERARDI, *Parità di trattamento e nozione di familiare tra prerogative nazionali e prospettive comunitarie*, *ivi*, 2003, p. 821 ss.; R. BARATTA, *Verso la “comunitarizzazione” dei principi fondamentali nel diritto di famiglia*, in *RDIPP*, 2005, p. 573 ss.; P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia nell’Unione europea. Fondamenti e prospettive*, in P. DE CESARI (a cura di), *op. cit.*, p. 207 ss. (in particolare p. 227).

¹⁵ Sul tema v. P. MENGOZZI, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Famiglia e diritto*, 2004, p. 643 ss.; M. CONDINANZI, C. AMALFITANO, *La libera*

Secondo l'art. 1, lett. f) del regolamento 1408/71 la nozione di familiare include “qualsiasi persona definita o riconosciuta come tale o componente il nucleo familiare dalla legislazione secondo la quale sono erogate le prestazioni”, ma anche le persone che, convivendo con il lavoratore e prevalentemente a suo carico, sono parimenti riconosciute quali familiari dagli ordinamenti degli Stati membri¹⁶. Riprendendo sostanzialmente la stessa nozione, qualche ulteriore precisazione è contenuta nella definizione di cui all'art. 1, lett. i) del regolamento 883/2004¹⁷.

Come precisato dalla Corte, lo *status* di “familiare a carico” indica una condizione risultante da una situazione di fatto che non richiede giustificazione e prescinde dall'indagine dei motivi o dalla valutazione della capacità dell'interessato di svolgere un'attività retribuita per provvedere al proprio mantenimento¹⁸. Secondo un'interpretazione estensiva, inoltre, detta situazione non può essere subordinata a condizioni restrittive previste dagli ordinamenti nazionali, anche se motivate da ragioni di verifica dell'effettiva sussistenza dell'onere di sostentamento a carico del lavoratore (quale, ad esempio, la condizione di coabitazione prevista dal diritto belga¹⁹). Accogliendo le indicazioni della Corte, la nuova

circolazione della “coppia” nel diritto comunitario, in S. M. CARBONE, I. QUERIOLO (a cura di), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Torino, 2008, p. 31 ss.

¹⁶ Più in dettaglio, secondo l'art. 1, lett. f) del regolamento 1408/71, cit. (come modificato dal regolamento (CE) n. 1290/97 del Consiglio del 27 giugno 1997, *GUCE* L 176, 4 luglio 1997, p. 1 e dal regolamento (CE) n. 307/99 del Consiglio, dell'8 febbraio 1999, *GUCE* L 38, 12 febbraio 1999, p. 1), “il termine ‘familiare’ designa qualsiasi persona definita o riconosciuta come familiare oppure designata come componente il nucleo familiare dalla legislazione secondo la quale le prestazioni sono erogate o, nei casi di cui all'art. 22, paragrafo 1, lettera a) e all'art. 31, dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio essa risiede; tuttavia, se tali legislazioni considerano familiare o componente il nucleo familiare soltanto una persona che convive con il lavoratore subordinato o autonomo o con lo studente ove la persona in questione sia prevalentemente a carico di quest'ultimo si considererà soddisfatta tale condizione. Qualora la legislazione di uno Stato membro non permetta di identificare i familiari tra le altre persone alle quali essa si applica, il termine ‘familiare’ è inteso secondo la definizione di cui all'allegato I”.

¹⁷ L'art. 1, lett. i) del regolamento 883/2004, cit., definisce “familiare”: “qualsiasi persona definita o riconosciuta come familiare oppure designata come componente il nucleo familiare dalla legislazione in base alla quale sono erogate le prestazioni; ii) per quanto riguarda le prestazioni in natura di cui al titolo III, capitolo 1 in materia di prestazioni di malattia, di maternità e di paternità assimilate, qualsiasi persona definita o riconosciuta come familiare o designata come componente il nucleo familiare dalla legislazione dello Stato membro in cui essa risiede. 2) Se la legislazione di uno Stato membro applicabile ai sensi del punto 1 non distingue i familiari dalle altre persone alle quali tale legislazione è applicabile, il coniuge, i figli minori e i figli maggiorenni a carico sono considerati familiari. 3) Qualora, secondo la legislazione applicabile ai sensi dei punti 1) e 2), una persona sia considerata familiare o componente il nucleo familiare soltanto quando convive con la persona assicurata o il pensionato, si considera soddisfatta tale condizione se l'interessato è sostanzialmente a carico della persona assicurata o del pensionato”.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 18 giugno 1987, causa 316/85, *Centre Public d'Aide Sociale de Courcelles c. M. C. Lebon*, *Raccolta*, p. 2811, punto 22.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 16 ottobre 2001, causa C-212/00, *S. Stallone c. Office national de l'emploi (ONEM)*, *Raccolta*, p. I-2811, punto 23. Secondo la Corte, la condizione di coabitazione del disoccupato e dei suoi familiari nel territorio dello Stato membro competente prevista dal diritto belga per accedere al beneficio di una indennità di disoccupazione ad aliquota maggiorata è in contrasto con il disposto degli articoli 1, lett. f) e 68, par. 2 del regolamento

formulazione della disciplina dispone chiaramente che l'eventuale condizione di coabitazione richiesta dall'ordinamento nazionale si considera soddisfatta se l'interessato è sostanzialmente a carico della persona assicurata²⁰.

In merito alla natura giuridica dei diritti sociali riconosciuti in capo ai familiari è stata opportunamente evidenziata un'inversione di tendenza da parte della giurisprudenza comunitaria: essa inizialmente aveva riconosciuto ai familiari e ai superstiti dei lavoratori la possibilità di far valere esclusivamente diritti derivati acquisiti in ragione del vincolo di parentela con il lavoratore, considerato unico titolare di un diritto proprio alle prestazioni contemplate dal regolamento 1408/71²¹. Questa distinzione tra diritti propri e derivati, affermata a partire dalla sentenza *Kermaschek* del 1976 e ripresa a lungo dalla giurisprudenza²², ha prodotto notevoli ripercussioni negative²³. Ciò ha indotto la Corte a limitare tale giurisprudenza alle sole ipotesi in cui vengono invocate dai familiari disposizioni applicabili esclusivamente ai lavoratori (come le prestazioni di disoccupazione di cui agli articoli 67-71 del regolamento 1408/71), consentendo di disapplicare, in via di principio, la distinzione tra diritti propri e derivati per altri settori, quali le prestazioni familiari²⁴ o di assistenza²⁵.

1408/71. Una simile condizione, infatti, seppur motivata dalla necessità di controllare la sussistenza dello stato di bisogno dei familiari, non solo priverebbe parzialmente la norma del suo effetto utile ma costituirebbe una discriminazione indiretta nei confronti dei lavoratori migranti (punti 16, 19 e 22 della sentenza).

²⁰ Art. 1, lett. i), par. 3 del regolamento 883/2004.

²¹ Così G. TESAURO, *op. cit.*, p. 515, nota 122 che esamina il superamento della distinzione tra diritti propri e diritti derivati per i familiari dei lavoratori migranti con riferimento, in particolare, alle sentenze del 23 novembre 1976, causa 40/74, *S. Kermaschek c. Bundesanstalt für Arbeit*, *Raccolta*, p. 1669, e del 30 aprile 1996, causa C-308/93, *Bestuur van de Sociale Verzekeringsbank c. J. M. Cabanis-Issarte*, *ivi*, p. I-2097, che ha introdotto il diverso orientamento della Corte.

²² Cfr. sentenza *Kermaschek*, *cit.*, punti 6 e 7. Numerose le pronunce della Corte di giustizia informate alla distinzione tra diritti propri e derivati per familiari e superstiti dei lavoratori migranti: sentenza del 6 giugno 1985, causa 157/84, *M. Frascogna c. Caisse des dépôts et consignations*, *Raccolta*, p. I-739, punto 15; sentenza del 20 giugno 1985, causa 94/84, *Office national de l'emploi c. J. Deak*, *ivi*, p. 1873, punti 12 e 16; sentenza del 17 dicembre 1987, causa 147/87, *S. Zaoui c. Caisse régionale d'assurance maladie de L'Île-de-France (CRAMIF)*, *Raccolta*, p. 5511, punti 11 e 13; sentenza dell'8 luglio 1992, causa C-243/91, *Stato belga c. N. Taghavi*, *ivi*, p. I-4401, punto 7; sentenza del 16 luglio 1992, causa C-78/91, *R. Hughes c. Chief Adjudication Officer, Belfast*, *ivi*, p. I-4839, punto 25; sentenza del 27 maggio 1993, causa C-310/91, *H. Schmid c. Belgische Staat*, *ivi*, p. I-3011, punto 26.

²³ Nella sentenza *Cabanis-Issarte*, *cit.*, punti 29-31, la Corte riconosce espressamente che questa distinzione appare, da una parte, discriminatoria nei confronti dei familiari che vedono subordinata la possibilità di far valere il proprio diritto ai criteri di attribuzione stabiliti dagli ordinamenti nazionali in base alla qualificazione giuridica interna della prestazione richiesta, dall'altra, produce pregiudizio all'uniforme applicazione delle norme comunitarie, con inevitabili implicazioni ostative alla libera circolazione dei lavoratori.

²⁴ Tra le numerose pronunce v. la sentenza della Corte di giustizia del 10 ottobre 1996, cause riunite C-245 e 312/94, *I. Hoever e I. Zachow c. Land Nordrhein-Westfalen*, *Raccolta*, p. I-4895, punti 31, 32 e 37, nonché la sentenza del 15 marzo 2001, causa C-85/99, *V. Offermanns c. E. Offermanns*, *ivi*, p. I-2261, punto 34 ss.

²⁵ Da ultimo, sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2006, causa C-286/2003, *S. Hossse c. Land Salzburg*, *Raccolta*, p. I-1771, punto 52 s.

Questo diverso orientamento, scaturito essenzialmente dall'esigenza di garantire l'uniforme applicazione del diritto comunitario, ha contribuito al passaggio dall'originaria prospettiva individuale ad una più ampia prospettiva familiare nella valutazione dell'ambito di applicazione *ratione personae* delle disposizioni di carattere sociale. Infatti, il superamento della distinzione tra diritti propri e diritti derivati consente ai familiari, attraverso la possibile acquisizione della posizione giuridica del lavoratore, di beneficiare direttamente di diritti sociali da cui sarebbero esclusi se soggetti esclusivamente ai regimi nazionali²⁶. Appare evidente, peraltro, che le misure sociali (come le prestazioni familiari, gli assegni parentali e quelli per l'educazione dei figli) rappresentano, indipendentemente dal destinatario delle stesse, un sostegno per il nucleo familiare nel suo insieme e costituiscono un'importante agevolazione per il lavoratore stesso, facilitando l'integrazione propria e della famiglia nella società del Paese ospitante. Quest'ultimo aspetto costituisce, a sua volta, garanzia essenziale per l'esercizio del diritto di libera circolazione in condizioni obiettive di libertà e dignità, nel rispetto del principio del trattamento nazionale dei lavoratori migranti e dei loro familiari²⁷. E proprio in materia di libera circolazione, la tendenza della Corte alla più ampia tutela delle esigenze di integrazione della famiglia del lavoratore trova riscontro immediato nella formulazione dell'art. 24, par. 1 della direttiva 2004/38/CE che attribuisce direttamente ai familiari (che siano titolari del diritto di soggiorno indipendentemente dal possesso della cittadinanza di uno Stato membro) il beneficio della parità di trattamento previsto per i lavoratori²⁸.

Appare evidente, in ogni caso, come la nozione di familiare sia strettamente connessa con quella di lavoratore, dal momento che la possibilità dei familiari di

²⁶ Nella sentenza del 5 febbraio 2002, causa C-255/99, *A. Humer, Raccolta*, p. I-1205, punti 51-53, la Corte (richiamando le citate sentenze *Hoever-Zachow* e *Hughes*) ha affermato che "le prestazioni familiari non possono, per loro stessa natura, essere considerate spettanti ad un individuo a prescindere dalla sua situazione familiare (...) ed è irrilevante che il destinatario di tale prestazione [di cui agli articoli 73 e 74 del regolamento 1408/71] sia un familiare del lavoratore anziché lo stesso lavoratore. (...). Il coniuge di un lavoratore subordinato può avvalersi di un diritto derivato a prestazioni familiari in forza dell'art. 73 purché il lavoratore soddisfi le condizioni prescritte dal detto articolo e purché le prestazioni familiari di cui trattasi siano previste dalla normativa nazionale anche per i familiari. Nulla osta a che tale ragionamento sia esteso a tutti i familiari".

²⁷ In tal senso il 5° "considerando" del regolamento 1612/68.

²⁸ In deroga, il paragrafo successivo dello stesso art. 24 della direttiva 2004/38/CE dispone che lo Stato membro ospitante non sia tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni d'assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno, né a concedere prima dell'acquisizione del diritto di soggiorno permanente aiuti di mantenimento agli studi, compresa la formazione professionale, a persone che non siano lavoratori subordinati o autonomi, che non mantengano tale *status* o loro familiari. Va rilevato, inoltre, che la direttiva 2004/38/CE, abrogando gli articoli 10 e 11 del regolamento 1612/68, reca all'art. 2, una più ampia definizione di familiare, secondo la quale oltre al coniuge, ai figli di meno di 21 anni o a carico e agli ascendenti a carico, sono inclusi nella nozione in esame anche i *partner* che abbiano contratto un'unione registrata se equiparata al matrimonio dalla legislazione dello Stato ospitante.

avvalersi – direttamente o indirettamente – di un diritto a prestazioni di carattere sociale è subordinata alla condizione che il lavoratore soddisfi i requisiti previsti dalla disciplina invocata. In proposito, la Corte di giustizia ha più volte avuto occasione di rilevare che “la nozione di ‘lavoratore’ nel diritto comunitario non è univoca, ma varia a seconda del settore di applicazione considerato”²⁹.

I regolamenti 1612/68 e 1408/71 (e successive modifiche) contengono invero definizioni non coincidenti, l’una di carattere lavoristico, l’altra di stampo previdenziale, con conseguenti “difficoltà di convivenza”³⁰.

Il regolamento 1612/68, fondato sull’art. 39 TCE, infatti, si riferisce esclusivamente al lavoratore subordinato, inteso come colui che, spostandosi sul territorio di un altro Stato membro, esegue per un certo tempo, a favore di un altro soggetto e sotto la sua direzione, prestazioni per le quali percepisce una retribuzione³¹. Presupposti per acquisire lo *status* di lavoratore comunitario sono, pertanto, il possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri e l’effettivo spostamento sul territorio di un altro Stato, non rilevando le situazioni puramente interne disciplinate dalle singole legislazioni nazionali. Il riconoscimento di tale *status* è subordinato alla presenza di alcune condizioni necessarie affinché l’attività svolta rientri nel campo di applicazione delle norme sulla libera circolazione dei lavoratori, come il requisito della soglia minima di occupazione, rispetto al quale assumono rilevanza sia la durata del rapporto di lavoro che il tipo di attività svolta³². Queste valutazioni spettano in prima battuta al giudice del rinvio che, accertando gli elementi propri del caso di specie, deve basarsi su criteri oggettivi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e valutare tutte le circostanze riguardanti la natura delle attività interessate e del rapporto di lavoro di cui trattasi³³.

²⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 12 maggio 1998, causa C-85/96, *M. Martínez Sala c. Freistaat Bayern*, *Raccolta*, p. I-2691, punto 31, ripresa in numerosissime pronunce successive e sovente in dottrina (si veda la nota a sentenza di C. TOMUSCHAT, in *CML Rev.*, 2000, p. 449 ss).

³⁰ Così S. BORRELLI, *op. cit.*, p. 657.

³¹ Copiosa la giurisprudenza in tal senso; tra le numerose pronunce, v. le sentenze della Corte di giustizia del 3 luglio 1986, causa 66/85, *D. Lawrie-Blum c. Land Baden-Wuerttemberg*, *Raccolta*, p. 2121, punti 16-17; *Martínez-Sala*, cit., punto 32, dell’8 giugno 1999, causa C-337/97, *Meusen*, *ivi*, p. I-3289, punto 13; da ultimo cfr. la sentenza del 4 giugno 2009, cause riunite C-22 e 23/08, *A. Vatsouras e J. Koupatantze c. Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900* (in seguito *Vatsouras*), non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 26-29.

³² Deve trattarsi, infatti, di una “attività reale ed effettiva, restando escluse le attività talmente ridotte da potersi definire puramente marginali e accessorie”, come da ultimo precisato nelle sentenze della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-213/05, *W. Geven c. Land Nordrhein-Westfalen*, *Raccolta*, p. I-6347, punto 16 e sentenza *Vatsouras*, cit., punto 26.

³³ Nella sentenza della Corte di giustizia del 23 marzo 2004, causa C-138/02, *B. F. Collins c. Secretary of State for Work and Pensions*, *Raccolta*, p. I-2703, punti 29-33, i giudici comunitari hanno negato la qualifica di lavoratore ai sensi del regolamento 1612/68 (come modificato dal regolamento 2434/92) per l’assenza di un nesso sufficientemente stretto con il mercato del lavoro nello Stato ospitante del cittadino di un altro Stato membro che vi abbia lavorato diciassette anni prima e vi sia tornato con l’intenzione di cercarvi un impiego, richiedendo un’indennità per persone in cerca di lavoro. In ogni caso la Corte affermava che nel caso di una normativa nazionale

Dalla giurisprudenza comunitaria emerge in generale un'interpretazione estensiva del concetto di lavoratore migrante, che ha consentito di includervi categorie di soggetti sempre più ampie, quali le persone in cerca di occupazione³⁴ e quelle che hanno cessato la propria attività per la scadenza di un impiego a tempo determinato³⁵ o per seguire corsi di formazione³⁶, nonché gli studenti e coloro che svolgono tirocini preparatori alla professione.

Questo orientamento della Corte, chiaramente informato all'obiettivo di massima promozione della mobilità della forza lavoro sul territorio degli Stati membri, si concretizza nell'affermazione di una nozione "comunitaria" di lavoratore che, superando i limiti e le definizioni contemplate dalle legislazioni nazionali, consenta di evitare "che venga unilateralmente modificata, da parte degli Stati membri e senza controllo delle istituzioni comunitarie, la portata dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario"³⁷.

Secondo la diversa impostazione di matrice previdenziale adottata dal regolamento 1408/71 (e, analogamente, dal regolamento 883/2004), il "lavoratore"³⁸ viene considerato essenzialmente nella veste di "assicurato sociale"³⁹. In questa prospettiva, tale *status* sussiste in presenza di una assicurazione obbligatoria o facoltativa, contratta presso un regime generale o speciale di previdenza sociale contro gli eventi e alle condizioni indicate dalla norma stessa⁴⁰. Questa qualifica

che subordini la concessione di un'indennità del genere allo *status* di lavoratore ai sensi del regolamento 1612/68, spetta al giudice nazionale verificare se la nozione di "lavoratore" ivi prevista debba essere intesa in senso conforme al diritto comunitario.

³⁴ Cfr. sentenza *Lawrie-Blum*, cit., punto 17; sentenza del 21 giugno 1988, causa 39/86, *S. Lair c. Universitaet Hannover*, *Raccolta*, p. 3161, punto 31 ss.; *Martinez Sala*, cit., punto 32; sentenza del 31 maggio 2001, causa C-43/99, *G. Leclere e A. Deaconescu c. Caisse nationale des prestations familiales*, *Raccolta*, p. I-4265, punto 55.

³⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2003, causa C-413/01, *F. Ninni-Orasche c. Bundesminister für Wissenschaft* (in futuro *Ninni-Orasche*), *Raccolta*, p. I-3187, punto 34.

³⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 1992, causa C-3/90, *M. J. E. Bernini c. Minister van Onderwijs en wetenschappen*, *Raccolta*, p. I-1071, punto 21. Nella sentenza *Lair*, cit., punto 37, la Corte ha evidenziato che occorre continuità fra l'attività lavorativa svolta e gli studi intrapresi, per evitare fattispecie abusive.

³⁷ In tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed del 28 settembre 2006 nel caso *Geven*, cit., punto 36, che ripercorre la giurisprudenza resa nei casi *Levin* (23 marzo 1982, causa 53/81, *Raccolta*, p. 1035, punto 11) e *Kempf* (3 giugno 1986, causa 139/85, *ivi*, p. 1741, punto 15). Sul riconoscimento di una nozione di lavoratore di portata comunitaria si veda anche la sentenza *Lair*, cit., punto 41. In argomento R. FOGLIA, *Il dialogo fra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la giurisprudenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 791 ss.

³⁸ Nozione che include sia il lavoratore migrante, che si sposta sul territorio di uno Stato membro diverso da quello di appartenenza trasferendovi la propria residenza, sia il lavoratore frontaliero, che esercita una attività professionale nel territorio di uno Stato membro diverso da quello di residenza, ove ritorna quotidianamente o settimanalmente (cfr. art. 1, lett. b) del regolamento 1408/71, cit., confluito nell'art. 1, lett. f) del regolamento 883/2004, cit.).

³⁹ Questa definizione è sovente utilizzata in dottrina. Sulla rilevanza del passaggio dalla nozione propria di lavoratore a quella di "assicurato sociale", v. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 97 ss.

⁴⁰ Le modifiche apportate al regolamento 1408/71, cit., dai regolamenti 1390/81 e 3795/81 hanno esteso l'ambito di applicazione della disciplina anche ai lavoratori autonomi, con le precisazioni di cui all'art. 1, lett. a) che include entrambe le definizioni, riorganizzate nelle nozioni di

prescinde da elementi oggettivi caratterizzanti il rapporto di lavoro e risponde alle esigenze di una tutela previdenziale diffusa ed uniforme, consentendo l'applicazione della disciplina anche a situazioni soggettive parzialmente svincolate dall'esercizio effettivo di una occupazione. Maggiore chiarezza in merito all'inclusione delle persone "non attive" nell'ambito di applicazione soggettivo della disciplina sociale emerge dalla formulazione del regolamento 883/2004 che, specificando di fatto la normativa previgente, include tra le categorie di beneficiari le persone che, soggette ad un regime di sicurezza sociale di uno o più Stati membri, siano non solo cittadini di uno Stato membro, ma anche apolidi o rifugiati residenti nell'Unione europea, nonché i loro familiari e superstiti⁴¹.

Appare quindi evidente la diversa impostazione applicata al settore della sicurezza sociale rispetto a quella adottata in materia di libera circolazione, dal momento che l'unico requisito previsto per accedere alla disciplina sulla sicurezza sociale attiene alla verifica dell'assoggettamento ad un regime previdenziale tra quelli menzionati dalle norme di riferimento, non rilevando il carattere reale ed effettivo dell'attività lavorativa. Ne consegue che, in presenza di assicurazione contratta presso un regime nazionale di sicurezza sociale "generale o speciale, contributivo e non contributivo"⁴², la qualità di lavoratore permane anche in caso di sospensione temporanea dell'attività svolta⁴³ o di pensionamento⁴⁴ e il beneficio del coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale è riconosciuto ai prestatori occupati a tempo parziale anche qualora non venga rag-

"attività subordinata" ed "attività autonoma" di cui all'art. 1, lettere a) e b) del regolamento 883/2004. Ai fini del coordinamento delle normative nazionali, gli Stati membri hanno indicato le qualifiche, le legislazioni e i regimi di sicurezza sociale che sul piano interno rilevano per l'applicazione della disciplina comunitaria. In argomento F. POCAR, I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 189; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 515.

⁴¹ Cfr. l'art. 2 del regolamento 883/2004 e in dottrina, da ultimo, G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 31.

⁴² Come sancito dall'art. 4, par. 2 del regolamento 1408/71 (modificato dal regolamento 1247/92, *GUCE* L 136, 19 maggio 1992, p. 1, che ha incluso nell'ambito di applicazione della disciplina comunitaria le prestazioni speciali a carattere non contributivo, inizialmente escluse), nonché dall'art. 3, par. 2 del regolamento 883/2004. Restano escluse, anche dalla nuova disciplina, l'assistenza sociale e medica e i regimi di prestazioni a favore delle vittime di guerra. Sulla disciplina dell'assistenza sociale e medica, con riferimento alla normativa italiana e alla giurisprudenza comunitaria v. A. LANG, *Assistenza sanitaria e cittadini comunitari*, in B. NASCIBENE (a cura di), *La libera circolazione dei lavoratori. Trent'anni di applicazione delle norme comunitarie*, Milano, 1998, p. 115 ss.

⁴³ Sentenza della Corte di giustizia del 7 giugno 2005, causa C-543/03, *C. Dodl e P. Oberholzer c. Tiroler Gebietskrankenkasse* (in futuro *Dodl*), *Raccolta*, p. I-5049, punto 31.

⁴⁴ In questo ambito il beneficio alle prestazioni previdenziali soggiace alle condizioni previste dalla disciplina comunitaria applicabile in relazione alle previsioni nazionali di settore, secondo quanto disposto dagli articoli 23-30 del regolamento 883/2004 che individuano i criteri di attribuzione della competenza all'erogazione in caso di conflitto tra legislazioni di più Stati membri, anche con riferimento ai familiari residenti in uno Stato membro diverso da quello in cui il pensionato risiede. Un caso di esclusione, basato sull'interpretazione dell'art. 77 del regolamento 1408/71 in materia di prestazioni per figli a carico di titolari di pensioni o rendite e prestazioni per orfani, è stato oggetto della sentenza, *Leclere*, cit., punti 48-51. Sulla trasferibilità dei diritti pensionistici v. G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 32 s.

giunta la retribuzione minima garantita nel settore di appartenenza⁴⁵, ai disoccupati⁴⁶, agli studenti⁴⁷ e ai dipendenti pubblici⁴⁸.

L'operosità dei giudici comunitari ha contribuito ad evidenziare la coesistenza di diversi campi di applicazione soggettivi riconducibili alla figura del lavoratore comunitario che, nonostante la presenza di definizioni parzialmente differenti e degli accennati confini normativi, mostrano una generale tendenza del diritto comunitario ad ampliare i diritti e le tutele garantite ai lavoratori. Questa tendenza si inserisce nella prospettiva di quello che è stato definito il "passaggio dal lavoratore al cittadino", in una accezione che tiene conto degli obiettivi economici legati alla libera circolazione dei lavoratori, ma non si limita ad essa⁴⁹. Questa apertura si riflette positivamente sul trattamento giuridico dei familiari dei lavoratori che, indipendentemente dall'esercizio *iure proprio* dei diritti sociali, ricevono evidente vantaggio dall'ampliamento dell'ambito di applicazione *ratione personae* della normativa applicabile.

3. La non coincidenza delle categorie giuridiche nazionali relative a previdenza e assistenza sociale ha reso determinante il ruolo dei giudici comunitari

⁴⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 31 maggio 1989, causa 344/87, *I. Bettray c. Staatssecretaris van Justitie*, Raccolta, p. 1621, punto 15; sentenza del 26 febbraio 1992, causa C-357/89, *V. J. M. Raulin c. Minister van Onderwijs en Wetenschappen*, *ivi*, p. I-1027, punto 15.

⁴⁶ Purché coperti da assicurazione contro la disoccupazione. Una fattispecie particolare ha visto la Corte di giustizia, con la sentenza del 20 gennaio 2005, causa C-302/02, *N. L. Effing*, Raccolta, p. I-553, punto 33, riconoscere la qualifica di lavoratore, ai sensi dell'art. 2, par. 1 del regolamento 1408/71, anche ad un detenuto, poiché aveva beneficiato di una assicurazione contro la disoccupazione nel corso della maggior parte del periodo di detenzione.

⁴⁷ La definizione di "studente" di cui all'art. 1, lett. c) *bis* del regolamento 1408/71 (introdotta, con carattere autonomo rispetto al vincolo familiare, dal regolamento (CE) n. 307/1999 del Consiglio, dell'8 febbraio 1999, *GUCE* L 38, 12 febbraio 1999, p. 1) non trova corrispondenza nel regolamento 883/2004, stante lo specifico regime per essi sancito dalla direttiva 2004/38/CE, *cit.*

⁴⁸ Inizialmente esclusa, la categoria dei dipendenti pubblici è stata inserita nell'ambito di applicazione del regolamento 1408/71 all'esito delle modifiche introdotte regolamento (CE) n. 1606/98 del Consiglio, del 29 giugno 1998 (*GUCE* L 209, 25 luglio 1998, p. 1), che ha accolto le "spinte" della giurisprudenza comunitaria in tal senso. In dottrina v. S. GIUBBONI, *op. cit.* p. 99; M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2007, IV ed., p. 139. Per le definizioni elaborate nella nuova disciplina comunitaria v. l'art. 3, lett. d) ed e) del regolamento 883/2004; sul riconoscimento delle indennità pensionistiche per pubblici dipendenti v. Corte di giustizia, sentenze del 31 maggio 1979, causa 182/78, *Bestuur van het Algemeen Ziekenfonds Drenthe-Platteland c. G. Pierik*, Raccolta, p. 1977, punto 4; del 5 marzo 1998, causa C-194/96, *H. Kulzer c. Freistaat Bayern*, *ivi*, p. I-895, punto 26; del 10 maggio 2001, causa C-389/99, *S. Rundgren*, *ivi*, p. I-3731, punto 26; del 18 dicembre 2007, cause riunite C-396, 419 e 450/05, *D. Habelt, M. Möser e P. Wachter c. Deutsche Rentenversicherung Bund*, *ivi*, p. I-11895, punti 63 e 107.

⁴⁹ Il rilievo è di S. BORRELLI, *op. cit.*, p. 657 ss. L'autrice rileva che nel settore della sicurezza sociale "il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali è rovesciato rispetto a quello esistente in materia di libera circolazione dei lavoratori, in cui la disciplina comunitaria (...) incide sulle legislazioni interne: le norme europee di sicurezza sociale non forniscono una definizione di lavoratore ma rinviando alle legislazioni degli Stati membri recependo[ne] l'orientamento generale (...); ciò significa che il diritto dell'Unione, anziché plasmare, è plasmato dal diritto dei paesi membri".

per ridurre la difforme applicazione delle disposizioni relative agli aspetti materiali della disciplina. Molteplici sono state, infatti, le istanze rivolte alla Corte di giustizia per meglio definire – sulla scorta dei precetti comunitari – i contorni dei benefici sociali attivabili dai lavoratori migranti e frontalieri nonché dai loro familiari, non solo con riferimento alla ripartizione della competenza a concedere le prestazioni in oggetto, ma anche nell'individuazione delle prestazioni stesse.

Rispetto alle articolate previsioni del regolamento 1408/71, più immediato risulta il dettato dell'art. 7, par. 2 del regolamento 1612/68, per cui il lavoratore migrante “gode nello Stato membro ospitante degli stessi vantaggi sociali e fiscali dei lavoratori nazionali”⁵⁰. La genericità di questa disposizione ha consentito alla Corte un'interpretazione estensiva ed una notevole libertà d'azione nell'affermare il principio della parità di trattamento in essa sancito anche con riferimento ai diritti dei familiari, il cui riconoscimento favorisce l'effettivo esercizio del diritto alla libera circolazione dei lavoratori migranti⁵¹.

Secondo la Corte, “per vantaggi sociali si devono intendere tutti i vantaggi che, connessi o meno con un contratto di lavoro, sono generalmente attribuiti ai lavoratori nazionali, in relazione, principalmente, alla loro qualifica obiettiva di lavoratori o al semplice fatto della loro residenza nel territorio nazionale e la cui estensione ai lavoratori cittadini di altri Stati membri appare pertanto atta a facilitare la loro mobilità all'interno della Comunità europea”⁵². Rileva, sulla base di questa interpretazione, il riconoscimento di vantaggi sociali anche in presenza di fattispecie che esulano da relazioni derivanti dal contratto di lavoro; queste relazioni, pur costituendo riferimento di alcune disposizioni dell'art. 7 del regolamento 1612/68, non rappresentano requisito inderogabile per l'applicazione materiale della disciplina e in tal senso si allineano con l'obiettivo generale di garantire la parità di trattamento⁵³. In applicazione di tale principio, che com-

⁵⁰ Le norme del regolamento 1612/68 sul trattamento dei familiari sono state sostituite dalle disposizioni della direttiva 2004/38/CE che all'art. 24, par. 1, estende ai familiari del lavoratore migrante il beneficio del diritto alla parità di trattamento, indipendentemente dal possesso della cittadinanza di uno Stato membro, purché titolari del diritto di soggiorno.

⁵¹ Nella giurisprudenza comunitaria ricorre frequentemente l'affermazione secondo la quale la nozione di vantaggio sociale di cui all'art. 7 del regolamento 1612/68 non può essere interpretata in senso restrittivo: *ex multis* cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 30 settembre 1975, causa 32/75, *A. Cristini c. Société nationale des chemins de fer français*, *Raccolta*, p. 1085, punto 12; del 17 aprile 1986, causa 59/85, *Stato dei Paesi Bassi c. A. F. Reed*, *ivi*, p. 1283, punto 25; del 27 novembre 1997, causa C-57/96, *H. Meints c. Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij*, *ivi*, p. I-6689, punto 39; *Geven*, *cit.*, punto 12.

⁵² Sentenza *Geven*, *cit.*, punto 12 (e giurisprudenza *ivi* citata), commentata da E. NALIN, *Lavoratori transfrontalieri e vantaggi sociali in due recenti pronunce della CGCE*, in *Sud in Europa*, 2007, n. 3, p. 21 ss.

⁵³ Cfr. le argomentazioni della Corte nella sentenza *Cristini*, *cit.*, punto 11: stante la qualifica soggettiva di lavoratore, infatti, la disciplina è applicabile anche in caso di reintegrazione professionale e reimpiego all'esito di disoccupazione, a situazioni cioè che presuppongono la cessazione di un precedente rapporto lavorativo. Taluni diritti connessi allo *status* di lavoratore sono garantiti ai lavoratori migranti anche se questi non sono più inseriti in un rapporto di lavoro: sentenze del

porta il trattamento nazionale e il divieto di ogni discriminazione basata sulla cittadinanza, infatti, devono includersi nella nozione di vantaggi sociali fruibili dai lavoratori migranti sia le agevolazioni attribuite come diritto dalle legislazioni nazionali che quelle concesse discrezionalmente. Tra queste, ad esempio, i mutui di natalità che, nonostante la qualifica di prestazioni volontarie concesse su base nazionale per ragioni interne di politica demografica, possiedono i requisiti idonei ad essere considerati “vantaggi sociali” poiché finalizzati ad alleviare gli oneri finanziari derivanti dalla nascita di un figlio nelle famiglie a basso reddito⁵⁴.

In effetti, dalla giurisprudenza comunitaria emerge una particolare attenzione al carattere “funzionale” delle prestazioni invocate *ex art. 7* del regolamento 1612/68, nel senso che la circostanza di contribuire al bilancio familiare costituisce criterio prevalente per identificare (e concedere) i “vantaggi sociali” di cui al regolamento in oggetto. Questa valutazione tende ad imporsi rispetto a considerazioni afferenti alla qualifica nazionale della prestazione richiesta o, soprattutto, all’identità del soggetto richiedente. Prestazioni come gli assegni parentali e di educazione dei figli, infatti, costituiscono un beneficio per la famiglia nel suo complesso, indipendentemente da quale sia il genitore che le rivendica, poiché comportano un indubbio vantaggio per il lavoratore migrante, riducendone gli oneri relativi alle spese familiari⁵⁵.

L’ampiezza dell’ambito di applicazione materiale dei vantaggi sociali, al di là del conciso dettato normativo di cui all’art. 7 del regolamento 1612/68, si evince dalla lettura del 3° “considerando” dello stesso che, con l’obiettivo di garantire la possibilità di migliorare le condizioni di vita e di lavoro e facilitare la promozione sociale del lavoratore migrante, predispone chiaramente ad una interpretazione estensiva della nozione stessa⁵⁶. In questa prospettiva la Corte ha superato le perplessità sulla possibilità di invocare l’art. 7, par. 2 del regolamento 1612/68 da parte dei lavoratori frontalieri⁵⁷, attribuendo loro lo *status* di

24 settembre 1998, causa C-35/97, *Commissione c. Francia*, *Raccolta*, p. I-5325, punto 41, e *Ninni-Orasche*, *cit.*, punto 34.

⁵⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 14 gennaio 1982, causa 65/81, *Reina c. Landeskreditbank Baden-Wuerttemberg*, *Raccolta*, p. 33, punto 15 ss.

⁵⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-212/05, *G. Hartmann c. Freistaat Bayern* (in futuro *Hartmann*), *Raccolta*, p. I-6303, punto 26.

⁵⁶ Va rilevato, tuttavia, che non si tratta neanche di una nozione illimitata poiché deve tener conto dello *status* oggettivo di lavoratore dell’interessato o della residenza del lavoratore sul territorio nazionale, come evidenziato nelle conclusioni dell’Avvocato generale Geelhoed del 28 settembre 2006, nel caso *Hartmann*, *cit.*, punto 47.

⁵⁷ Perplessità espresse, tra gli altri, dall’Avvocato generale Geelhoed nelle conclusioni presentate per la sentenza *Hartmann*, punto 51 ss., secondo il quale l’art. 7, par. 2, del regolamento 1612/68 sarebbe rivolto principalmente ai lavoratori migranti che trasferiscono la residenza nello Stato membro di occupazione e può essere invocato dai lavoratori frontalieri solo in relazione alle prestazioni che siano funzionali e direttamente connesse all’attività svolta nello Stato membro ospitante. Lo stesso Avvocato generale ha tuttavia ricordato (nelle conclusioni del 28 settembre 2006 nel caso *Geven*, *cit.*, punto 20) il diverso orientamento espresso in precedenza dalla Corte, secondo la quale i lavoratori frontalieri possono invocare il citato art. 7, par. 2, proprio come i la-

lavoratori migranti ai sensi della disciplina sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità⁵⁸.

Proprio per la sua ampiezza, questa norma è stata sovente invocata per acquisire diritti sociali considerati inaccessibili ai sensi del regolamento 1408/71⁵⁹, la cui sfera di applicazione materiale è stata gradualmente estesa attraverso le modifiche con le quali il legislatore comunitario ha accolto gli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia⁶⁰. Questa infatti si è ripetutamente confrontata

voratori migranti che siano trasferiti nello Stato membro di occupazione, poiché la concessione di un vantaggio sociale da parte di uno Stato membro non può essere subordinata alla condizione che il beneficiario risieda sul suo territorio (in tal senso v. le sentenze *Meints*, cit., punto 50, e *Meeusen*, cit., punto 21).

⁵⁸ Sentenza *Hartmann*, cit., punti 1 e 2 del dispositivo.

⁵⁹ La Corte di giustizia ha sostenuto che, considerata la portata generale del regolamento 1612/68 per quanto concerne la libera circolazione dei lavoratori, l'art. 7, par. 2 dello stesso può applicarsi ai vantaggi sociali che sono, al contempo, soggetti alla disciplina specifica del regolamento 1408/71, cit. (v. sentenza del 10 marzo 1993, causa C-111/91, *Commissione c. Lussemburgo*, *Raccolta*, p. I-817, punto 21, e sentenza *Martínez Sala*, cit., punto 27. Nella precedente sentenza *Deack*, cit., punto 27, la Corte si era espressa a favore del riconoscimento quale vantaggio sociale, ex art. 7 del regolamento 1612/68, dell'indennità di disoccupazione giovanile richiesta dal familiare di un lavoratore migrante, negata invece come prestazione concessa ai sensi del regolamento 1408/71. La ragione dell'esclusione dal campo di applicazione di questo ultimo regolamento è riconducibile all'iniziale orientamento della Corte – poi modificato – che attribuiva ai familiari dei lavoratori migranti solo diritti derivati alle prestazioni concesse *iure proprio* al lavoratore, ambito nel quale rientrava la prestazione specifica invocata dalla fattispecie che, pertanto, ne rimaneva esclusa). In materia di prestazioni sociali la giurisprudenza ha sovente riconosciuto la possibilità di una sovrapposizione delle qualifiche riconducibili alle diverse disposizioni comunitarie, affermando che la medesima prestazione, a seconda delle circostanze relative alle singole fattispecie, potrebbe considerarsi sia come vantaggio sociale ai sensi dell'art. 7 del regolamento 1612/68, sia come prestazione previdenziale individuata dal regolamento 1408/71. In tal senso si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 10 luglio 2003, nel caso *Collins*, cit., punto 21, e le conclusioni dell'Avvocato generale Alber del 28 settembre 2000, nel caso *Offermanns*, cit., punto 68 ss. È stato anche osservato, però, che in caso di inapplicabilità *ratione personae* del regolamento 1408/71, il divieto di esportare una determinata prestazione non potrebbe essere aggirato invocando la regola della parità di trattamento stabilita dall'art. 7, par. 2 del regolamento 1612/68, dal momento che questo ultimo, secondo l'art. 42, par. 2 dello stesso, non infirma le disposizioni adottate conformemente all'art. 42 TCE, ovvero il regolamento 1408/71. Pertanto, secondo l'Avvocato generale Geelhoed (conclusioni del 28 settembre 2006 nel caso *Hartmann*, cit., punto 50), l'art. 42, par. 2 del regolamento 1612/68 “stabilisce tra i due regolamenti una gerarchia relativa, in base alla quale il regolamento n. 1408/71, in quanto più specifico, deve prevalere sull'art. 7, n. 2 del 1612/68, nei casi in cui l'applicazione di entrambi i regolamenti conduca a risultati confliggenti”.

⁶⁰ L'ambito di applicazione materiale della disciplina è stabilito dall'art. 4 del regolamento 1408/71. Per l'individuazione delle disposizioni nazionali pertinenti, a norma dell'art. 5 dello stesso, gli Stati membri hanno menzionato, nelle dichiarazioni notificate e pubblicate conformemente alle disposizioni dell'art. 97, tutte le legislazioni e i regimi nazionali di riferimento. La già indicata estensione della disciplina alle prestazioni sociali a carattere non contributivo (ad opera del regolamento 1247/92, cit.), ha influito significativamente sulla sfera di applicazione pratica della disciplina: sulle criticità relative al parziale superamento della distinzione tra regimi legislativi sulla previdenza e regimi legislativi sull'assistenza sociale, cfr. S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 102 ss.; F. POCAR, I. VIARENGO, *op. cit.*, p. 205 ss. Ulteriori modifiche sono state da ultimo introdotte

con le argomentazioni addotte dagli Stati membri per limitare l'applicazione del regolamento in ragione della parziale difformità, negli ordinamenti interni, delle qualificazioni giuridiche delle prestazioni invocate – per tali motivi considerate afferenti a diversa disciplina⁶¹ – ed ha mostrato coerenza nell'uniformare la materia in applicazione dei precetti comunitari e nel rimuovere gli ostacoli alla circolazione dei lavoratori.

Per superare le diverse valutazioni derivanti dalle qualifiche fornite dalle legislazioni nazionali, la Corte ha individuato un criterio generale secondo il quale, ai fini dell'inclusione delle prestazioni nella sfera di applicazione del regolamento 1408/71, occorre considerarne gli elementi costitutivi, in particolare le finalità ed i presupposti di attribuzione, non rilevando la circostanza che esse siano o meno qualificate previdenziali dalle normative nazionali. Per la corretta qualificazione delle prestazioni sarebbe infatti sufficiente accertare la presenza di una situazione dei beneficiari legalmente definita o che si riferisca ad uno dei rischi elencati nell'art. 4, n. 1, del regolamento 1408/71, prescindendo da valutazioni individuali e/o discrezionali delle loro esigenze personali⁶². Analogamente le modalità di finanziamento di una prestazione (che differiscono profondamente negli ordinamenti nazionali) sono irrilevanti per la sua qualificazione come prestazione previdenziale⁶³.

Circoscrivendo l'analisi ai benefici fruibili per i familiari dei lavoratori (migranti o frontalieri), nell'ambito delle prestazioni incluse dall'art. 4, par. 1 del regolamento 1408/71 nel campo di applicazione oggettivo della disciplina⁶⁴,

dall'art. 3 del regolamento 883/2004, relativo all'ambito di applicazione *ratione materiae* della disciplina di coordinamento; una concisa ma puntuale analisi delle stesse in M. ROCCELLA, T. TREU, *op. cit.*, p. 140 s.

⁶¹ Si pensi, ad esempio, alle argomentazioni del governo austriaco che sosteneva l'esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari dal campo di applicazione materiale del regolamento 1408/71 poiché riconducibili, secondo il diritto interno, al diritto di famiglia e sostitutivi di una obbligazione di diritto civile (sentenza della Corte di giustizia *Offermanns*, cit., punti 31-33).

⁶² Sentenza *Hughes*, cit., punti 14 e 15, nonché sentenza *Hoever e Zachow*, punti 17 e 27. Sulla base di queste argomentazioni, nella successiva sentenza del 7 novembre 2002, causa C-333/00, *E. P. Maaheimo*, *Raccolta*, p. I-10087, punto 22 ss., la Corte ha affermato che una prestazione quale l'assegno di custodia a domicilio dei figli, previsto in Finlandia dalla legge 36/1973 per i genitori che decidono di non usufruire del diritto ad essi riconosciuto ad un posto in un asilo comunale, deve essere qualificato come una prestazione familiare ai sensi dell'art. 4, par. 1, lett. h) del regolamento 1408/71. Prive di fondamento sarebbero, secondo i giudici comunitari, le obiezioni avanzate dal governo finlandese fondate, da un lato, sull'assenza di corrispondenza con uno dei rischi elencati dall'art. 4, dall'altro, su una finalità diversa rispetto alla riduzione degli oneri familiari e riconducibile piuttosto all'organizzazione diurna della custodia dei bambini.

⁶³ Sentenza *Hughes*, cit., punto 21.

⁶⁴ L'art. 4 del regolamento 1408/71 così dispone: "Il presente regolamento si applica a tutte le legislazioni relative ai settori di sicurezza sociale riguardanti: a) le prestazioni di malattia e di maternità; b) le prestazioni d'invalidità, comprese quelle dirette a conservare o migliorare la capacità di guadagno; c) le prestazioni di vecchiaia; d) le prestazioni ai superstiti; e) le prestazioni per infortunio sul lavoro e malattie professionali; f) gli assegni in caso di morte; g) le prestazioni di disoccupazione; h) le prestazioni familiari".

occorre fare riferimento all'assegnazione delle prestazioni familiari⁶⁵. Secondo la definizione dell'art. 1, lett. u), al. i) del regolamento 1408/71, esse designano tutte le prestazioni in natura o in denaro destinate a compensare i carichi familiari, intesi – secondo la giurisprudenza – quali “oneri derivanti dal mantenimento dei figli da alleviare attraverso un contributo pubblico al bilancio familiare”⁶⁶. I giudici comunitari ne hanno desunto che queste prestazioni, per loro stessa natura, vanno correlate alla situazione familiare del beneficiario e che, in tale prospettiva, è irrilevante la circostanza per cui il destinatario della prestazione sia un familiare anziché il lavoratore stesso⁶⁷. È stato osservato, infatti, che il tener conto della situazione familiare è conforme, da un punto di vista sostanziale, alla natura e alla funzione delle prestazioni stesse in quanto non vincolate alla prospettiva soggettiva dell'occupazione⁶⁸.

Questa impostazione ha comportato, di fatto, un notevole ampliamento della categoria delle prestazioni familiari, la cui disciplina da parte del regolamento 1408/71 non è apparsa del tutto idonea a gestire la pluralità delle fattispecie ad essa riconducibili. I rilievi espressi dalla Corte di giustizia nel tentativo di coordinare le singole fattispecie nazionali hanno evidenziato, da un lato, alcune sovrapposizioni normative (come i conflitti di competenza tra le legislazioni previdenziali nazionali), dall'altro, lacune nella disciplina delle situazioni più particolari. Il recepimento di queste osservazioni da parte del legislatore comunitario emerge dal 34° “considerando” del regolamento 883/2004 per cui “tenuto conto che le prestazioni familiari hanno portata molto vasta, in quanto coprono sia situazioni che si potrebbero definire classiche, sia situazioni di carattere specifico (...), occorre procedere alla regolamentazione di tutte le prestazioni”. Su questi presupposti, accanto ad un generale ampliamento dell'ambito di applicazione oggettivo della disciplina realizzato con il regolamento 883/2004 (che vi include le prestazioni di paternità assimilate a quelle di maternità e le prestazioni di pensionamento anticipato⁶⁹), le disposizioni relative alle prestazioni familiari – di cui agli articoli 67-69 della nuova disciplina – risultano semplificate e pun-

⁶⁵ Ai fini dell'applicazione della disciplina, queste prestazioni devono rientrare nel quadro di una delle legislazioni previste dallo stesso art. 4, par. 1, lett. h), esclusi gli assegni speciali di nascita o di adozione di cui all'allegato II del regolamento 1408/71. La medesima definizione di “prestazione familiare” ricorre nell'art. 1, lett. z) del regolamento 883/2004, con esclusione degli anticipi sugli assegni alimentari. Con il regolamento 883/2004 viene inoltre abolita la distinzione tra prestazioni familiari e assegni familiari, definiti dall'art. 1, lett. u), al. ii) del regolamento 1408/71, come “prestazioni periodiche in denaro concesse esclusivamente in funzione del numero ed eventualmente dell'età dei familiari”.

⁶⁶ Sentenza *Offermanns*, cit., punto 41.

⁶⁷ In virtù di queste considerazioni, nella sentenza *Humer*, cit., punti 50 e 51, è disposto che il coniuge di un lavoratore subordinato può avvalersi direttamente di un diritto a prestazioni familiari ex art. 73 del regolamento 1408/71, che riconosce per i familiari residenti nel territorio di un altro Stato membro il diritto di accesso alle prestazioni previste dalla legislazione dello Stato di occupazione del lavoratore come se risiedessero nel suo territorio.

⁶⁸ Così si è espresso l'Avvocato generale Geelhoed nelle conclusioni del 24 febbraio 2005, presentate nel caso *Dodl*, cit., punto 31 ss.

⁶⁹ Art. 3, lett. b) e i) del regolamento 883/2004.

tualizzate. Ciò consente di ridurre le incertezze applicative, soprattutto con riferimento alle regole di priorità in caso di cumulo delle prestazioni previste secondo le legislazioni di più Stati membri per lo stesso periodo e per gli stessi familiari.

4. Ai fini della determinazione dei regimi di sicurezza sociale applicabili ai lavoratori e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, l'art. 13 del regolamento 1408/71 sancisce il principio dell'unicità della legislazione applicabile⁷⁰ e dispone che i lavoratori migranti siano soggetti alla sola legislazione dello Stato dell'occupazione (quello cioè in cui lavorano), anche se risiedono nel territorio di un altro Stato membro⁷¹.

Come rilevato da costante giurisprudenza, le citate “disposizioni del titolo II del regolamento 1408/71, di cui fa parte l'art. 13, costituiscono un sistema completo ed uniforme di norme di conflitto”, volto ad impedire la simultanea applicazione delle prescrizioni normative di più Stati membri (con le complicazioni che potrebbero conseguirne) ed a garantire ai soggetti interessati una normativa di riferimento per attivare le opportune tutele in materia di previdenza sociale⁷².

La *ratio* della *lex loci laboris* è dunque quella di evitare la doppia contribuzione e garantire la parità di trattamento in materia di previdenza sociale senza distinzioni di nazionalità.

Pur costituendo il criterio di collegamento generale della disciplina di coordinamento, tuttavia, questo principio non è esente da eccezioni o deroghe⁷³. La stessa Corte di giustizia ha infatti consentito l'applicazione delle disposizioni di

⁷⁰ Secondo questo principio, ogni persona è soggetta alla legislazione di un solo Stato membro. Questo principio risulta rafforzato nel regolamento 883/2004, che ha ridotto sensibilmente le ipotesi (relative alle prestazioni di invalidità) per le quali era consentito l'assoggettamento a due legislazioni.

⁷¹ Sull'applicazione del principio di territorialità v. R. CORNELISSEN, *The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Security (Regulations 1408/71 and 574/72)*, in *CML Rev.*, 1996, p. 439 ss.; A. CHRISTENSEN, M. MALMSTEDT, *Lex Loci Laboris versus Lex loci Domicilii – An Inquiry into the Normative Foundations of European Social Security Law*, in *European Journal of Social Security*, 2000, p. 69 ss.

⁷² Sentenze della Corte di giustizia dell'11 giugno 1998, causa C-275/96, *A. Kuusijärvi c. Riksförsäkringsverket*, *Raccolta*, p. I-3419, punto 28; del 10 febbraio 2000, causa C-202/97, *Fitzwilliam Executive Search Ltd c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, *ivi*, p. I-883, punto 20; del 9 novembre 2000, causa C-404/98, *Plum c. Allgemeine Ortskrankenkasse Rheinland, Regionaldirektion Köln*, *ivi*, p. I-9379, punto 18.

⁷³ Disposizioni particolari, parzialmente derogatorie rispetto al regime generale, sono previste dagli articoli 14-17 del regolamento 1408/71 (rielaborati e semplificati dagli articoli da 12 a 16 del regolamento 883/2004) che individuano criteri specifici per la determinazione della legislazione applicabile in base alle peculiarità dell'attività svolta, alla durata e al luogo di occupazione. Le categorie soggette a tali disposizioni comprendono i lavoratori subordinati distaccati, i lavoratori frontalieri, i lavoratori autonomi che svolgono attività in diversi Stati membri con riferimento alla durata dell'attività svolta, i lavoratori che esercitano simultaneamente attività in più Stati membri, nonché le categorie particolari di lavoratori quali i marittimi, i pubblici dipendenti, il personale di servizio delle missioni diplomatiche e degli uffici consolari e gli agenti ausiliari delle Comunità europee.

un altro ordinamento nazionale quando, in assenza dei requisiti richiesti dalla legislazione dello Stato competente, sussistano nell'ordinamento giuridico dello Stato di residenza le condizioni per accedere alle prestazioni altrimenti negate⁷⁴. Ulteriore deroga alla competenza dello Stato di occupazione riguarda le situazioni di disoccupazione completa dei lavoratori frontalieri. Applicando le relative disposizioni di cui all'art. 71, par. 1 del regolamento 1408/71, la Corte ha affermato che, mancando un legame effettivo con il precedente (diverso) Stato di occupazione, le prestazioni di sostegno per la ricerca di un nuovo impiego a favore di un lavoratore in disoccupazione completa devono essere preferibilmente erogate dall'istituzione preposta nello Stato di residenza. Diversa sarebbe la situazione di un'occupazione a tempo parziale in uno Stato diverso da quello di residenza, poiché in questo caso la ricerca di un impiego complementare compatibile con il lavoro già svolto sarebbe agevolata dalla concessione di prestazioni di disoccupazione dallo Stato competente in virtù del principio di territorialità⁷⁵.

Le difformità applicative dovute alle numerose fattispecie derogatorie contemplate dalla disciplina sono state peraltro opportunamente attenuate, soprattutto per i lavoratori frontalieri, dal dettato normativo di cui al regolamento 883/2004, che ha rafforzato il principio dell'unicità della legislazione applicabile (art. 11) a favore di una disciplina idonea a ridurre le discrezionalità normative nazionali in merito all'applicazione delle ipotesi derogatorie.

Per quanto riguarda l'ambito specifico delle prestazioni familiari, l'art. 73 del regolamento 1408/71, combinandosi con la regola della *lex loci laboris* enunciata dall'art. 13 dello stesso, dispone che "il lavoratore soggetto alla legislazione di uno Stato membro ha diritto, per i familiari residenti nel territorio di un diverso Stato membro, alle prestazioni familiari previste dalla legislazione del primo Stato, come se essi risiedessero sul territorio di quest'ultimo"⁷⁶. Questa disposizione, attualmente confluita nell'art. 67 del regolamento 883/2004, intende evitare che uno Stato membro possa subordinare la concessione o l'importo di prestazioni familiari alla residenza dei familiari del lavoratore nello Stato membro che eroga le prestazioni, recando inevitabile pregiudizio alla libera circolazione⁷⁷. In termini analoghi, la Corte ha riconosciuto al figlio mino-

⁷⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2008, causa C-352/06, *B. Bosmann c. Bundesagentur für Arbeit -Familienkasse Aachen*, Raccolta, p. I-3827, punto 10. Nella fattispecie la signora Bosmann, residente con i propri figli in Germania ed occupata nei Paesi Bassi, si vedeva negato il diritto agli assegni familiari poiché la normativa olandese, a differenza di quella tedesca, non ne prevedeva la concessione per i figli di età superiore ai 18 anni. La Corte, nell'esaminare della questione, richiama la sentenza *Effing*, cit., punto 39.

⁷⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2001, causa C-444/98, *R. J. de Laat c. Bestuur van het Landelijk instituut sociale verzekeringen*, Raccolta, p. I-2229, punto 36.

⁷⁶ Fatte salve le disposizioni di cui all'Allegato VI del regolamento 1408/71, riguardante modalità particolari di applicazione delle legislazioni di taluni Stati membri ed ivi indicate.

⁷⁷ Sentenza *Hoever e Zacow*, cit., punto 32. Con questa pronuncia la Corte ha riconosciuto ai coniugi residenti in Olanda di lavoratori occupati in Germania il diritto alle prestazioni familiari tedesche, dichiarando inapplicabile la contraria normativa olandese.

renne di un lavoratore migrante il diritto di avvalersi direttamente dell'anticipo su assegno alimentare, pur risiedendo in uno Stato diverso da quello competente all'erogazione⁷⁸.

L'inapplicabilità di una condizione interna di residenza nei confronti dei familiari si evince, in linea di principio, anche dall'art. 7 del regolamento 1612/68 che, come illustrato, sancisce la parità di trattamento nell'accesso ai vantaggi sociali. L'affermazione di questo principio induce infatti a rilevare che una simile condizione, incidendo più sui lavoratori migranti e frontalieri che su quelli nazionali, sarebbe indirettamente discriminatoria poiché potenzialmente sfavorevole nei loro confronti e potrebbe produrre l'effetto di dissuadere il lavoratore comunitario dall'esercitare il proprio diritto alla libera circolazione⁷⁹.

Un temperamento al generale principio di territorialità è tuttavia ammesso nei casi in cui l'imposizione da parte degli Stati membri di un requisito quale la residenza sul territorio nazionale "sia basata su considerazioni oggettive ed indipendenti dalla cittadinanza delle persone considerate e, soprattutto, sia adeguatamente commisurata allo scopo perseguito dall'ordinamento nazionale"⁸⁰. In tale prospettiva i principi di necessità e proporzionalità diventano parametri essenziali per accertare il nesso reale tra la natura della prestazione concessa e il tipo di collegamento prescritto dalla legislazione nazionale, in modo da accertarne la legittimità in relazione agli interessi specifici degli Stati membri.

⁷⁸ Sentenza *Humer*, cit., punti 38 ss. In questa pronuncia rileva altresì l'inclusione nell'ambito di applicazione del regolamento 1408/71 delle situazioni familiari conseguenti a un divorzio, pur in assenza di espressa previsione normativa. La Corte osserva che, a seguito di un divorzio, l'eventuale spostamento della residenza del figlio insieme al genitore affidatario in uno Stato membro diverso da quello d'origine non può ledere il diritto ad una prestazione familiare quale l'anticipo sugli alimenti erogato dallo Stato in cui l'altro genitore, tenuto a corrispondere un assegno alimentare, lavora o è disoccupato (v. in particolare punto 42). Sulle norme di conflitto relative al diritto agli anticipi sugli alimenti per inadempimento da parte del genitore tenuto all'obbligo di mantenimento si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 25 maggio 2004, presentate nel caso *Effing*, cit. Egli afferma in particolare che, considerando che "il collegamento alla legge di più Stati membri sarebbe incompatibile con gli obiettivi perseguiti dall'art. 13 del regolamento 1408/71, nell'individuazione dei diritti dei familiari occorre applicare soltanto la legge applicabile al debitore principale" (punto 34 delle conclusioni).

⁷⁹ Cfr. la sentenza *Hartmann*, cit., punto 28 ss. Nella fattispecie la Corte ha sostenuto che uno Stato membro non può escludere dal beneficio di un vantaggio sociale quale l'assegno parentale per l'educazione dei figli il coniuge disoccupato del lavoratore migrante per il solo motivo che non abbia la residenza o la dimora abituale nello Stato di occupazione competente all'erogazione. Sulle ipotesi di discriminazione dissimulata riconducibili a criteri fondati sulla residenza cfr. M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *op. cit.*, p. 111 s.

⁸⁰ Così la Corte nelle sentenze del 24 novembre 1998, causa C-274/96, *H. O. Bickel e U. Franz*, *Raccolta*, p. I-7637, punto 27, nonché la sentenza *Collins*, cit., punto 66 ss. (in quest'ultima pronuncia si ritiene legittima la concessione di una indennità per persone in cerca di lavoro sul presupposto di una condizione di residenza, funzionale ad accertare l'esistenza di un nesso reale fra chi cerca lavoro e il mercato del lavoro dello Stato che, per tali ragioni, la prescrive); cfr. anche la sentenza del 18 gennaio 2007, causa C-332/05, *A. Celozzi c. Innungskrankenkasse.Baden-Württemberg*, *Raccolta*, p. I-563, punto 25 e giurisprudenza ivi citata.

Alla stregua di tali valutazioni sono state ritenute giustificate, ad esempio, la condizione di residenza prescritta nell'ambito della politica familiare nazionale per le prestazioni erogate come incentivo all'incremento demografico. Ugualmente valide, a giudizio della Corte, sono risultate le clausole di residenza richieste per la concessione di una indennità di disoccupazione in ragione del controllo nazionale della situazione familiare e professionale dei disoccupati⁸¹. In ulteriori ipotesi, a seconda delle circostanze, il requisito di un periodo di previa residenza degli studenti per l'erogazione di un sussidio agli studi potrebbe considerarsi idoneo a provare il grado di integrazione nello Stato membro che concede la prestazione⁸². Appare evidente, quindi, che la possibilità di delimitare il beneficio delle prestazioni sociali esclusivamente nel territorio dello Stato membro di residenza è ancorata a presupposti strettamente connessi con l'ambiente sociale caratteristico dello Stato che lo ha istituito⁸³. Questo comporta, in prima battuta, la responsabilità dei giudici nazionali nella valutazione concreta delle circostanze ritenute, su questi presupposti, idonee ad inibire il principio generale di esportabilità delle prestazioni. Al di là della peculiarità delle fattispecie citate, infatti, il criterio di collegamento fondato sulla residenza si applica solo in via sussidiaria e sulla base di valutazioni molto rigorose che, come dedotto in giurisprudenza, ne determinano una applicazione decisamente restrittiva, stante l'effetto discriminatorio da esso potenzialmente derivante.

Ulteriore principio che influisce sulla determinazione della legislazione applicabile attiene al divieto di cumulo delle prestazioni omogenee concesse per lo stesso familiare e nello stesso periodo assicurativo⁸⁴. Come rilevato dalla Corte, pur costituendo una regola generale, l'art. 73 del regolamento 1408/71

⁸¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2006, causa C-406/04, *G. De Cuyper c. Office national de l'emploi*, Raccolta, p. I-6947, punto 41 ss. Su questa pronuncia v. M. COUSINS, *Citizenship, Residence and Social Security*, in *ELR*, 2007, p. 386 ss.; nonché V. PASKALIA, *op. cit.*, p. 1186 ss.

⁸² Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2005, causa C-209/03, *D. Bidar c. London Borough of Ealing, Secretary of State for Education and Skill*, Raccolta, p. I-2119, punto 57 ss. In merito va evidenziato però che, pur giustificando in linea generale la condizione della previa residenza richiesta dalla legislazione del Regno Unito, la Corte ha rilevato, nel caso di specie, la violazione dell'art. 12 TCE (che vieta ogni discriminazione in base alla nazionalità). Infatti, la presenza di norme interne che impedivano in ogni caso al cittadino di un altro Stato membro, in quanto studente, la possibilità di acquisire lo *status* di residente stabile sul proprio territorio, di fatto escludeva *ab origine* la possibilità di beneficiare del sussidio (v. punto 63 della sentenza, sulla quale v. E. TRIGGIANI, *La cittadinanza europea per la "utopia" sopranazionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 451). Discriminatoria è invece ritenuta la condizione di un certo periodo di residenza sul territorio nazionale prevista dalla normativa belga per accedere ai sussidi per handicappati e al reddito minimo garantito per gli anziani (sentenza del 10 novembre 1992, causa C-326/90, *Commissione c. Regno del Belgio*, Raccolta, p. I-5517, punto 1 del dispositivo).

⁸³ Cfr. sentenza *Leclere*, cit., punto 32 e giurisprudenza ivi citata.

⁸⁴ Il divieto di cumulo delle prestazioni è affermato dall'art. 12 del regolamento 1408/71, confluito nell'art. 10 del regolamento 883/2004, secondo il quale "il presente regolamento non conferisce né mantiene, salvo disposizioni contrarie, il diritto di fruire di varie prestazioni di uguale natura relative ad uno stesso periodo di assicurazione obbligatoria".

non ha valore assoluto⁸⁵ e, in caso di contestuali diritti conferiti da Stati membri diversi, deve essere confrontato con le norme anticumulo di cui all'art. 76 del regolamento 1408/71 e dell'art. 10 del 574/72, recante le norme di attuazione⁸⁶.

Secondo queste norme, le indennità versate nei confronti del lavoratore dallo Stato di occupazione prevalgono su quelle ugualmente concesse per lo stesso familiare e per lo stesso periodo dalla legislazione dello Stato di residenza, determinandone la sospensione. Tuttavia, in presenza di un'ulteriore attività lavorativa svolta nello Stato di residenza dal coniuge o dal compagno cui è assegnata la custodia dei figli, la norma dispone un'inversione delle priorità a favore della competenza dello Stato di residenza. In tal senso, se il coniuge del beneficiario è ivi occupato, vengono sospesi i diritti derivati dal citato art. 73 e, in presenza di una differenza tra i due importi, allo Stato dell'occupazione spetta esclusivamente l'erogazione di un assegno integrativo⁸⁷.

L'applicazione delle norme anticumulo si è rivelata particolarmente controversa a motivo della interazione delle molteplici normative nazionali di settore, spesso collidenti con le disposizioni citate, insufficienti a disciplinare le varie fattispecie evidenziate nella giurisprudenza comunitaria.

Le soluzioni prospettate dalla Corte, intervenuta a colmare le lacune e a chiarire la disciplina per evitare la sovracompensazione degli oneri familiari, sono in parte confluite nel regolamento 883/2004. Già nel 35° "considerando" della nuova disciplina si evidenzia chiaramente la necessità di introdurre norme di priorità idonee ad evitare cumuli ingiustificati di prestazioni in caso di una pluralità di legislazioni competenti. Rispetto all'art. 76 del regolamento 1408/71, infatti, l'art. 68 della nuova disposizione prevede una disciplina più puntuale delle regole di priorità da applicare in caso di cumulo. In relazione ai casi di prestazioni dovute da più Stati membri a diverso titolo, la norma individua un ordine di priorità che privilegia in primo luogo i diritti conferiti in relazione all'attività lavorativa, seguiti da quelli conferiti per l'erogazione di una pensione

⁸⁵ Così la Corte nella sentenza *Dodl*, cit., punto 49.

⁸⁶ L'art. 76 del regolamento 1408/71, relativo alle regole di priorità in caso di cumulo dei diritti a prestazioni familiari a norma della legislazione dello Stato competente e della legislazione dello Stato membro di residenza dei familiari, dispone che "quando, nel corso dello stesso periodo, per lo stesso familiare ed a motivo dell'esercizio di un'attività professionale, determinate prestazioni familiari sono previste dalla legislazione dello Stato membro nel cui territorio i familiari risiedono, il diritto alle prestazioni familiari dovute a norma della legislazione di un altro Stato membro, all'occorrenza in applicazione dell'articolo 73 o 74, è sospeso a concorrenza dell'importo previsto dalla legislazione del primo Stato membro".

⁸⁷ Così la sentenza *Mcmanamin*, cit., punti 17 e 18, nonché le sentenze *Dodl*, cit., punto 64 e del 7 luglio 2005, causa C-153/03, *Caisse nationale des prestations familiales c. U. Weide, Raccolta*, p. I-6017. Entrambe le cause riguardavano l'individuazione della legislazione competente in via prioritaria a versare l'assegno per l'educazione dei figli nel caso di un lavoratore i cui familiari risiedono in uno Stato membro diverso dallo Stato competente, nonché l'eventuale pertinenza dell'applicazione delle norme anticumulo previste dall'art. 76, par. 1 del regolamento 1408/71 e dall'art. 10, par. 1 del regolamento 574/72 (come modificato e aggiornato dal regolamento n. 410/2002 della Commissione, del 27 febbraio 2002, *GUUE* L 62, 5 marzo 2002, p. 17), recante le relative norme di attuazione.

o di una rendita e, infine, da quelli conferiti a titolo della residenza. Per le prestazioni derivanti dal medesimo titolo, ovvero da un'attività professionale, prevale invece la legislazione del luogo di residenza dei figli⁸⁸. Tali norme, tuttavia, andranno valutate principalmente in sede di applicazione alla luce delle disposizioni di cui al definitivo regolamento di attuazione che disciplina più in dettaglio i criteri di ripartizione delle prestazioni.

La disciplina sulla previdenza e sicurezza sociale è infine informata al principio della esportabilità delle prestazioni, che in sostanza vieta qualunque tipo di compressione o modifica delle prestazioni sociali in ragione della residenza del beneficiario in uno Stato diverso da quello della istituzione debitrice. Questo principio, sancito dapprima dall'art. 10 del regolamento 1408/71 ed ora riformulato nell'art. 7 del regolamento 883/2004, costituisce una misura indispensabile a garanzia della mobilità dei lavoratori sul territorio degli Stati membri. Pertanto, stante la possibilità per il legislatore comunitario di adottare disposizioni in deroga alla "revoca delle clausole di residenza"⁸⁹, tali disposizioni devono essere interpretate restrittivamente⁹⁰. Secondo l'art. 10 *bis* del regolamento 1408/71, sono soggette al regime derogatorio le prestazioni speciali a carattere non contributivo, il cui beneficio è condizionato alla residenza nel territorio dello Stato che ne riconosce il diritto, secondo la legislazione interna⁹¹. L'inclusione nel sistema di coordinamento speciale in deroga all'esportabilità prevede che le prestazioni considerate, oltre ad avere carattere speciale e non contributivo, soddisfino cumulativamente due ulteriori condizioni: che siano espressamente menzionate nell'allegato II del regolamento⁹² e siano previste da una normativa applicabile soltanto in una parte del territorio di uno Stato membro⁹³. In quest'ambito rientrano gli assegni di natalità e maternità, per i quali è espressamente esclusa l'esportabilità⁹⁴ e, in alcuni casi, gli assegni parentali.

⁸⁸ Art. 68 del regolamento 883/2004, cit.

⁸⁹ In particolare previste per i trattamenti di disoccupazione, le prestazioni di malattia e quelle per i familiari.

⁹⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 4 novembre 1997, causa C-20/96, *Snares*, *Raccolta*, p. I-6057, punto 41.

⁹¹ Per prestazioni speciali a carattere non contributivo si intendono, ai sensi dell'art. 4, par. 2 *bis* del regolamento 1408/71, le prestazioni: a) previste in via suppletiva, complementare o accessoria per le eventualità corrispondenti ai settori di cui alle lett. da a) ad h) del par. 1, oppure b) destinate unicamente alla tutela specifica dei minorati. Precisazioni in merito agli elementi costitutivi di queste prestazioni nella sentenza della Corte del 18 ottobre 2007, causa C-299/05, *Commissione delle Comunità europee c. Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, *Raccolta*, p. I-8695, punti 55 e 56.

⁹² Che elenca, per ciascuno Stato membro, le prestazioni speciali a carattere non contributivo che non rientrano nel campo di applicazione del regolamento.

⁹³ Sentenze della Corte di giustizia dell'8 marzo 2001, causa C-215/99, *F. Jauch c. Pensionsversicherungsanstalt der Arbeiter*, *Raccolta*, p. I-1901, punti 19 e 21; del 21 febbraio 2006, causa C-286/03, *S. Hosse c. Land Salzburg* (in futuro *Hosse*), *ivi*, p. I-1771, punto 25.

⁹⁴ Anche in presenza di tale indicazione è capitato che la Corte abbia eccepito la legittimità del requisito di residenza imposto da alcuni Stati per prestazioni che, in base alla peculiare formulazione della disciplina nazionale, risultavano in contrasto con i principi e gli obiettivi generali

Con riferimento ai benefici sociali a favore dei familiari, la valutazione della possibilità di subordinare il diritto ad una condizione di residenza verte essenzialmente sulla natura della prestazione richiesta, in modo da accertare se questa sia effettivamente riconducibile alle indicate categorie cui è applicabile il regime derogatorio. Qualora ne fosse esclusa, il familiare che risieda in uno Stato diverso da quello di occupazione del lavoratore avrebbe il diritto di richiedere la prestazione all'istituzione competente del luogo di impiego, purché sussistano gli altri requisiti per la concessione e non abbia diritto ad una analoga prestazione contemplata dalla normativa dello Stato membro nel quale risiede⁹⁵. In base alle indicazioni fornite dalla Corte, la riformulazione dell'art. 10 *bis* del regolamento 1408/71, ad opera dell'art. 70 del regolamento 883/2004, appare rinnovata già nella definizione delle categorie di prestazioni da includere nella nozione di prestazioni speciali in denaro a carattere non contributivo, per le quali è prevista una deroga al principio generale di esportabilità. Esse infatti, in ragione delle peculiarità delle legislazioni nazionali che ne riconoscono il diritto in relazione al contesto economico e sociale di riferimento, sono erogate esclusivamente nello Stato membro di residenza del beneficiario e ai sensi della sua legislazione⁹⁶.

Va rilevato, infine, che il regolamento 1612/68 non prevede disposizioni in materia di cumulo né norme relative all'esportabilità dei vantaggi sociali. L'assenza di previsioni specifiche in tal senso ha indotto a dubitare della possibilità dei lavoratori frontalieri di avvalersi delle disposizioni di cui all'art. 7 del regolamento stesso, proponendo un'interpretazione restrittiva della norma. Questa obiezione è stata confutata dalla Corte di giustizia che, fondandosi sul 4° "considerando" del regolamento in parola (secondo il quale il diritto alla libera circolazione deve essere riconosciuto indistintamente ai lavoratori permanenti, stagionali o frontalieri) ha escluso qualsiasi riserva e riconosciuto quali destinatari della norma "tutti i lavoratori cittadini di uno Stato membro"⁹⁷.

della libera circolazione sanciti dagli articoli 39 e 42 TCE. In tal senso la Corte si è espressa nella sentenza *Leclere*, cit., punto 34 ss., affermando che l'assegno lussemburghese di maternità, pur incluso nell'Allegato II *bis* del regolamento 1408/71, non può considerarsi assegno speciale in rapporto alle prestazioni di cui all'art. 4, n. 1 del regolamento stesso, in quanto la disciplina interna prevede che sia versato ad ogni donna incinta e ad ogni donna che abbia partorito alla sola condizione che questa abbia la propria residenza in Lussemburgo al momento del sorgere del diritto. Non costituendo una prestazione speciale a carattere non contributivo la concessione di questa specifica prestazione va esclusa dal regime derogatorio alla revoca della clausola di residenza previsto all'art. 10 *bis* del regolamento.

⁹⁵ Sentenza *Hosse*, cit., punto 56, relativa al pagamento di un assegno di assistenza riconducibile alle prestazioni di malattia in denaro a favore della figlia disabile di un lavoratore dipendente frontaliero impiegato in Austria e residente con la famiglia in Germania.

⁹⁶ Cfr. art. 70, par. 2, lett. a) e b) del regolamento 883/2004. Sul punto v. G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 26 s., che in argomento a sua volta rinvia a P. BOZZAO, *Le prestazioni non contributive nel reg. n. 1408/71*, in *Dir. lav.*, 1999, p. 184 ss., P. PASSALQUA, *Prestazioni speciali non contributive, abolizione della clausola di residenza e ipergarantismo della Corte di giustizia*, *ivi*, 2006, p. 183 ss.

⁹⁷ Così la Corte nella sentenza *Meints*, cit., punto 50.

5. Quella che è stata inizialmente indicata come una “integrazione negativa”, finalizzata cioè a rimuovere gli ostacoli all’affermazione delle libertà economiche piuttosto che alla concreta attuazione di un intervento sul piano sociale, si è progressivamente arricchita di contenuti positivi e di strumenti di tutela indirizzati all’individuo, inteso non più soltanto nella veste di lavoratore (quale fattore produttivo strumentale alla creazione del mercato interno), ma anche e soprattutto come destinatario di diritti e tutele in parte collegati, ma non limitati, ad aspetti di carattere economico⁹⁸.

Il merito di questa diversa impostazione va principalmente attribuito all’introduzione della cittadinanza europea⁹⁹. Essa ha dato un fortissimo impulso all’emersione e al riconoscimento di diritti che, inizialmente compressi dalle logiche economiche, si inseriscono in un processo evolutivo teso a valorizzare l’individuo in una più elevata dimensione umana, politica e sociale¹⁰⁰.

Basti pensare all’effetto prodotto sulla libertà di circolazione e soggiorno che, dapprima attribuita ai soli lavoratori (e soggetta a regimi diversi a seconda che il motivo dello spostamento in un altro Stato membro fosse imputabile allo svolgimento di un’attività economica, allo stabilimento o ad una prestazione di servizi), con l’introduzione dell’art. 18 TCE si eleva a diritto autonomo, esteso a tutti i titolari della cittadinanza europea e svincolato da motivi di carattere economico¹⁰¹.

⁹⁸ Tema diffusamente argomentato da S. GIUBBONI, *op. cit.*, p. 92 ss., e S. BORRELLI, *op. cit.*, p. 630.

⁹⁹ Il Trattato sull’Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, ha introdotto gli articoli 17-22 TCE recanti le disposizioni sulla cittadinanza europea. Vastissima la letteratura in materia: per tutti si veda E. TRIGGIANI, *op. cit.*, p. 435 ss., (in particolare pp. 441-445 sulla libertà di circolazione e soggiorno del cittadino europeo); P. MENGOZZI, *Istituzioni*, cit., p. 295 ss.; A. IANNIELLO-SILICETI, *La cittadinanza dell’Unione europea*, in P. DE CESARI (a cura di), *op. cit.*, p. 139 ss.; U. DRAETTA, *I principi democratici dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in questa *Rivista*, 2008, p. 513 ss., in particolare p. 519. Tra i documenti ultimi delle istituzioni comunitarie meritano menzione, inoltre, la Quinta relazione della Commissione europea sulla cittadinanza dell’Unione, COM(2008)85 def., del 15 febbraio 2008, nonché la successiva proposta di risoluzione del Parlamento europeo sui problemi e le prospettive concernenti la cittadinanza europea (2008/2234/INI) in cui, esaminate le più recenti iniziative di settore ed i persistenti ostacoli normativi nazionali all’acquisizione e all’esercizio dei diritti derivanti dalla cittadinanza europea, si sollecitano Stati membri e istituzioni ad adottare soluzioni concrete a favore di una crescente integrazione, nel rispetto dei principi di uguaglianza e non discriminazione tra i cittadini dell’UE. Nello specifico, si esorta la Commissione ad approfondire la sua analisi della situazione dei migranti intracomunitari e a intraprendere le misure opportune al fine di garantire che essi godano effettivamente dei diritti di cittadini dell’Unione, sottolineando che il diritto di libera circolazione e di libero soggiorno, che è parte integrante della cittadinanza dell’Unione, ha un enorme impatto sulla vita familiare (punti 33 e 36 della risoluzione).

¹⁰⁰ Cfr. R. DEL PUNTA, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2001, p. 336 ss.

¹⁰¹ Come risulta da copiosa giurisprudenza comunitaria, “lo status di cittadino dell’Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di loro si trovi nella medesima situazione di ottenere nell’ambito di applicazione *ratione materiae* del Trattato, indipendentemente dalla loro cittadinanza e fatte salve le eccezioni espressamente

Il percorso compiuto in questa direzione ha influenzato molti profili legati alla politica sociale ed è segnato da pronunce cruciali della Corte di giustizia che hanno contribuito a mettere a fuoco, attraverso la lente della cittadinanza, l'interazione tra disciplina comunitaria e nazionale, con particolare attenzione all'applicazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità¹⁰².

Questo principio, sancito dall'art. 12 TCE, costituisce uno dei principi generali del diritto comunitario, trasversale alle politiche comunitarie¹⁰³. Esso rappresenta il presupposto indispensabile all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori (come disposto nello specifico dall'art. 39, par. 2 TCE) ed, in questa prospettiva, il fulcro attorno al quale si è articolata la normativa sociale europea, diretta a rendere omogenee le posizioni previdenziali nella Comunità abolendo tutte le discriminazioni derivanti dalle legislazioni degli Stati membri¹⁰⁴.

Conseguenza rilevante, nell'ambito della politica sociale, è nella possibilità di estendere i vantaggi sociali (derivanti dalla disciplina relativa alla libera circolazione dei lavoratori) anche a coloro che abbiano esercitato, in ragione della cittadinanza europea, il diritto allo spostamento in uno Stato membro diverso da quello d'origine per motivi indipendenti dalla ricerca o dallo svolgimento di una

previste a tale riguardo, il medesimo trattamento giuridico" (v., segnatamente, le sentenze del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *R. Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, Raccolta, p. I-6193, punto 31; dell'11 luglio 2002 causa C-224/98, *M. N. D'Hoop c. Office national de l'emploi*, *ivi*, p. I-6191, punti 27 e 28; del 17 settembre 2002, causa C-413/99, *Baumbast c. Secretary of State for the Home Department*, *ivi*, p. I-7091, punti 18 e 80 ss.; del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia-Avello*, *ivi*, p. I-11613, punti 22 e 23; del 29 aprile 2004, causa C-224/02, *H. A. Pusa c. Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, *ivi*, p. I-5763, punto 16; sentenza *Collins*, *cit.*, punto 61).

¹⁰² Secondo giurisprudenza consolidata, il principio della parità di trattamento vieta sia le discriminazioni dirette basate sulla cittadinanza, sia quelle dissimulate che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, portino allo stesso risultato. Si considerano pertanto indirettamente discriminatorie le condizioni poste dagli ordinamenti nazionali che, benché indistintamente applicabili secondo la cittadinanza, riguardino essenzialmente o principalmente i lavoratori migranti nonché le condizioni indistintamente applicabili che possano più agevolmente essere soddisfatte dai lavoratori nazionali rispetto a quelli migranti, incidendo negativamente sulla posizione di questi ultimi. Tra le pronunce recenti, che richiamano i precedenti più significativi, v. le sentenze della Corte di giustizia del Celozzi, *cit.*, punti 22-25; Klöppel, *cit.*, punto 17 s.; dell'11 settembre 2008, causa C-228/07, *J. Petersen c. Landesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice Niederösterreich*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 53-55.

¹⁰³ Con la prossima, auspicata, entrata in vigore del Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, l'attuale art. 12 TCE confluirà nell'art. 18 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE).

¹⁰⁴ In letteratura straniera, sul principio di non discriminazione in relazione alla libera circolazione dei lavoratori e all'accesso ai vantaggi sociali v. E. JOHNSON, D. O'KEEFFE, *From Non-Discrimination to Obstacle to Free Movement: Recent Developments Concerning Free Movement of Workers*, in *CML Rev.*, 1994, p. 1313 ss.; HILSON, *Discrimination in Community Free Movement Law*, in *ELR*, 1999, p. 445 ss.; R. ALLEN, *Equal Treatment, Social Advantages and Obstacles: In Search of Coherence in Freedom and Dignity, The Legal Framework and Social Consequences of Free Movement of Persons in the European Union*, The Hague, 1999, p. 31 ss.; R. GIESEN, *Posting – Social Protection of Workers vs. Fundamental Freedoms?*, in *CML Rev.*, 2003, p. 143 ss.; V. PASKALIA, *op. cit.*, p. 1213 ss.

occupazione. Nel caso *Hartmann*¹⁰⁵, ad esempio, il giudice *a quo* chiedeva in via pregiudiziale alla Corte se un cittadino di uno Stato membro, ivi occupato, potesse avvalersi dello *status* di “lavoratore migrante” ai sensi del regolamento 1612/68 qualora avesse trasferito la propria residenza nello Stato membro del coniuge continuando ad esercitare, in qualità di lavoratore frontaliero, la propria attività nello Stato d’origine. Le argomentazioni presentate dai governi interessati propendevano per una soluzione negativa, motivata dall’assenza di ragioni professionali alla base del trasferimento, escludendo i benefici (nel caso di specie, gli assegni parentali richiesti dal coniuge) derivanti dalle norme sulla libera circolazione dei lavoratori. Tale posizione era condivisa dall’Avvocato generale Geelhoed, secondo il quale la fattispecie esaminata sarebbe riconducibile esclusivamente all’ambito di applicazione dell’art. 18 TCE sulla cittadinanza¹⁰⁶. Richiamando un precedente significativo in tal senso¹⁰⁷, la Corte di giustizia respingeva queste argomentazioni temperando l’asserita distinzione tra la libera circolazione dei lavoratori e il medesimo diritto derivante dalla titolarità della cittadinanza europea, in sostanza svincolando l’applicazione della normativa dai motivi dello spostamento intracomunitario. Essa evidenziava che l’esercizio di questo diritto per ragioni indipendenti dallo svolgimento di un’attività professionale non giustificava il diniego al richiedente della qualifica di lavoratore migrante; detta qualifica era acquisita di fatto (in seguito allo spostamento della residenza) con l’esercizio della propria attività come lavoratore frontaliero. Accertato tale *status*, doveva essere applicato il principio del trattamento nazionale nel beneficio dei vantaggi sociali e fiscali previsti dalla legislazione dello Stato di occupazione¹⁰⁸.

Al di là della sussistenza della qualifica di lavoratore migrante ai fini dell’accesso alle prestazioni previdenziali, l’introduzione della cittadinanza europea ha

¹⁰⁵ Sentenza *Hartmann*, cit., annotata da F. KESSLER, *L’exportation des avantages sociaux soumise à de nouvelles conditions “d’intégration” ou “d’attaches économiques et sociales”*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2007, p. 1016 ss.

¹⁰⁶ Conclusioni dell’Avvocato generale Geelhoed nel caso *Hartmann*, cit., punto 34 ss. Egli rilevava, in tal senso, che i diritti derivanti dalla cittadinanza europea sono diversi e ridotti rispetto a quelli che derivano dalle libertà economiche, pertanto “al fine di determinare quale disposizione del Trattato e, di conseguenza, quale regime giuridico sia applicabile ad una data situazione, è essenziale stabilire in maniera oggettiva il motivo che ha indotto la persona interessata ad esercitare il proprio diritto di spostarsi in uno Stato membro. Tale motivo costituisce il fattore di collegamento con l’una o con l’altra disposizione del Trattato sulla libera circolazione”. A sostegno di questa tesi è richiamata la sentenza *Werner* (23 gennaio 1993, causa C-112/91, *Raccolta*, p. I-429) pur evidenziandone l’antioriorità rispetto all’entrata in vigore delle disposizioni sulla cittadinanza.

¹⁰⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 21 febbraio 2006, causa C-152/03, *Ritter-Coulais*, *Raccolta*, p. I-1711, punti 31 e 32, che ha statuito il diritto dei ricorrenti, che continuavano a svolgere un’attività lavorativa nello Stato d’origine (Germania) pur avendo trasferito l’effettiva residenza in uno Stato membro diverso (Francia), di invocare l’art. 48 TCE al fine di richiedere che le perdite di reddito da locazione relative all’abitazione utilizzata nello Stato di residenza fossero prese in considerazione ai fini del calcolo delle imposte sul reddito di cui gli interessati erano debitori in Germania.

¹⁰⁸ In particolare punti 17-20, sentenza *Hartmann*, cit.

prodotto una dilatazione dell'ambito di applicazione della normativa sulla sicurezza sociale; viene così consentito anche a un cittadino economicamente non attivo di invocare l'art. 12 TCE sulla parità di trattamento per fruire dell'assistenza sociale qualora disponga, nello Stato ospitante, di un diritto di soggiorno acquisito per applicazione diretta dell'art. 18, par. 1 TCE¹⁰⁹.

In termini di vantaggi sociali, il principio della parità di trattamento produce i propri effetti anche nei confronti dei familiari del lavoratore migrante. Pur in assenza di un'esplicita indicazione nell'art. 7 del regolamento 1612/68, la giurisprudenza ha confermato la possibilità di estendere ai familiari del lavoratore migrante il diritto al trattamento nazionale, sebbene indirettamente ed esclusivamente nella misura in cui il beneficio richiesto possa considerarsi come vantaggio sociale per il lavoratore stesso¹¹⁰. In tal modo si intende evitare che una discriminazione diretta nei confronti dei familiari costituisca indirettamente un danno nei confronti del lavoratore. Questa impostazione, che mira ad alleviare gli oneri familiari gravanti sul lavoratore, implica che i vantaggi sociali previsti dalla disciplina siano concessi esclusivamente per i familiari nei confronti dei quali sussista un onere di mantenimento, rimanendo esclusi i discendenti non più a carico o che non siano essi stessi lavoratori¹¹¹. Nell'ambito del regolamento 1408/71 la previsione sulla parità di trattamento di cui all'art. 3 risulta più chiara rispetto all'inclusione dei familiari, stante l'esplicito riferimento ad essi quali destinatari della disciplina in esso contenuta, e la medesima disposizione è ripresa nell'art. 4 del regolamento 883/2004.

Se indubbia è la logica economica che ha portato all'inclusione dei familiari nell'ambito della normativa in esame, non può negarsi la tendenza ad ampliare

¹⁰⁹ Così si è espressa la Corte di giustizia nella sentenza del 7 settembre 2004, causa C-456/02, *M. Trojani c. Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, *Raccolta*, p. I-7573, punti 43, 46 e 2 del dispositivo. La Corte ivi precisa che “un cittadino dell'Unione europea che non fruisce nello Stato membro ospitante di un diritto di soggiorno in forza degli articoli 39 TCE, 43 TCE o 49 TCE può, in virtù esclusivamente della sua qualità di cittadino dell'Unione, fruirvi di un diritto di soggiorno per applicazione diretta dell'art. 18, n. 1 TCE. L'esercizio di tale diritto è soggetto ai limiti e alle condizioni di cui alla detta disposizione, ma le autorità competenti devono provvedere a che l'applicazione di detti limiti e condizioni avvenga nel rispetto dei principi generali del diritto comunitario, in particolare del principio di proporzionalità. Tuttavia, una volta accertato che una persona che si trovi in una situazione come quella del ricorrente nella causa principale dispone di un titolo di soggiorno, detta persona può avvalersi dell'art. 12 TCE affinché le sia accordato il beneficio di una prestazione di assistenza sociale quale il *minimex*”. Si veda la nota critica di A. M. ROMITO, *La cittadinanza dell'Unione ed il diritto di soggiorno al vaglio della Corte di giustizia*, in *Sud in Europa*, 2004, n. 3, p. 6 ss.

¹¹⁰ Cfr. sentenza *Lebon*, cit., punto 12.

¹¹¹ Come affermato nelle sentenze *Deak*, cit., punto 22 (che richiama la sentenza *Cristini*, cit., e quella del 16 dicembre 1976, causa 63/76, *V. Inzirillo c. Caisse d'allocations familiales de l'arrondissement de Lyon*, *Raccolta*, p. 2057) e *Bernini*, cit., punto 26, il principio della parità di trattamento sancito dall'art. 7 del regolamento 1612/68 mira ad impedire le discriminazioni a danno dei discendenti che siano a carico del lavoratore, altrimenti l'onere del mantenimento potrebbe indurlo a non rimanere nello Stato membro in cui si è stabilito ed ha trovato lavoro. Nella sentenza *Deak*, cit., si afferma l'irrelevanza della cittadinanza straniera del familiare di un lavoratore cittadino di uno Stato membro ai fini dell'acquisto del beneficio sociale.

lo spazio accordato a finalità più propriamente sociali e politiche. Questa intenzione appare in linea con la disposizione di cui all'art. 136 TCE che, indicando la Carta sociale europea del 1961 e la Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989 quali parametri per l'azione comunitaria di settore, esprime obiettivi decisamente ambiziosi, tra i quali il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, lo sviluppo delle risorse umane e la lotta contro l'emarginazione. Tali obiettivi suggeriscono implicitamente la necessità di adottare parametri di valutazione e strumenti di intervento fondati su valori e principi che, operando in maniera trasversale nell'ordinamento comunitario, consentano di rafforzare i diritti e le tutele garantite ai singoli, nella prospettiva di un avvicinamento del diritto comunitario all'individuo attraverso una maggiore integrazione tra le disposizioni nazionali a tutti i livelli. In tal senso, la crescente valorizzazione dei diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU)¹¹² prima, e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹¹³ poi, mostra il progressivo consolidamento delle posizioni giuridiche riconducibili al cittadino europeo quale denominatore comune del processo di integrazione in chiave giuridico-politica degli Stati membri¹¹⁴. I diritti fondamentali, infatti, costituiscono un "patrimonio di valori dotato di formidabile capacità di aggregazione e di espansione"¹¹⁵ nel quale gli ordinamenti nazionali, pur conservando le specificità conseguenti all'autonomia legislativa ed ereditate dalle tradizioni nazionali, sono chiamati a riflettersi e a trovare una comunanza di presupposti in grado di ricondurre ad una tendenziale unitarietà i processi nazionali di normazione¹¹⁶.

¹¹² Sulla controversa questione dell'adesione dell'UE alla CEDU, che dovrebbe risolversi positivamente con la prossima entrata in vigore del Trattato di Lisbona (cfr. art. 6, paragrafi 2 e 3 del nuovo TUE), v. L. S. ROSSI, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RDIPP*, 1997, p. 97 ss.; U. VILLANI, *Sul valore della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano*, in questa *Rivista*, 2008, p. 17 ss.

¹¹³ Considerata la vastissima bibliografia sulla Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza nel 2001, si richiamano, *ex multis*, R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO, *L'Europa dei diritti: Commentario alla Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001; R. MASTROIANNI, *Il contributo della Carta europea alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1880 ss.; L. S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano, 2002; E. PAGANO, *Il valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali e le competenze dell'Unione*, in *DPCE*, 2003, p. 1723 ss.; U. VILLANI, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *DUE*, 2004, p. 73 ss.; P. CARETTI, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, *ivi*, 2005, p. 375 ss., F. SEATZU, *La Carta dei diritti fondamentali: un nuovo parametro di legittimità degli atti comunitari?*, in questa *Rivista*, 2007, p. 377 ss.

¹¹⁴ R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 337.

¹¹⁵ Il rilievo è di A. RUGGIERI, *Carte internazionali di diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti di sistema*, in www.forumcostituzionale.it, reperibile on-line, p. 2.

¹¹⁶ *Ibidem*.

Tra i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea rileva, in primo luogo, il valore della dignità umana che, seppur timidamente accennato dal regolamento 1612/68 ed occasionalmente richiamato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di libera circolazione¹¹⁷, riveste un ruolo centrale nel quadro dei diritti fondamentali. Ciò si evince chiaramente dalla sua collocazione in apertura della Carta stessa. Infatti, secondo l'art. 1 la dignità umana è un valore inviolabile e la sua tutela costituisce presupposto indispensabile per il pieno rispetto di tutti gli altri diritti ivi enunciati¹¹⁸. Questo valore, recentemente sancito dal Trattato di Lisbona del 2007 (art. 2 del nuovo TUE) è stato considerato quale fondamento e “paradigma interpretativo dell'intero Trattato di riforma”: in tal senso esso risulta essenziale nel rafforzare il carattere di autonomia della cittadinanza dell'Unione, affrancando progressivamente il cittadino comunitario dai vincoli di matrice economica inizialmente prevalenti¹¹⁹.

Più strettamente connesso con la materia in esame rileva, inoltre, il diritto al rispetto della vita familiare affermato dall'art. 7 della Carta di Nizza¹²⁰ (ribadito nel successivo art. 33, che statuisce la protezione della vita familiare sul piano giuridico, economico e sociale), di diretta derivazione dall'art. 8 CEDU, di contenuto analogo¹²¹.

¹¹⁷ Il 5° “considerando” del regolamento 1612/68 esprime la necessità di garantire l'esercizio della libera circolazione in condizioni uniformi di libertà e dignità, assicurando di fatto e di diritto la parità di trattamento ed implementando la promozione sociale dei lavoratori e l'integrazione della famiglia nella società del Paese ospitante. In giurisprudenza v. le sentenze della Corte di giustizia del 3 luglio 1974, causa 9/74, *D. Casagrande c. Landeshauptstadt München*, in *Raccolta*, p. 773, e dell'11 aprile 2000, causa C-356/98, *A. Kaba c. Secretary of State for the Home Department*, *ivi*, p. I-2623 (annotata da S. PEERS, *Dazed and Confused: Family Members' Residence Rights and the Court of Justice*, in *ELR*, 2001, p. 76 ss.).

¹¹⁸ Sul valore della dignità umana v. F. POCAR, *Dignità-Giustizia*, in L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 87 ss.

¹¹⁹ Così E. TRIGGIANI, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, Supplemento speciale di *Sud in Europa*, 2008, p. 32 s., cui si rinvia per una riflessione generale su peculiarità ed innovazioni del Trattato di riforma.

¹²⁰ Sull'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali v. T. GROPPI, *Rispetto della vita privata e familiare*, in AA. VV., *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, p. 76 ss.; F. CAGGIA, *Il rispetto della vita familiare*, in *Famiglia e diritto*, 2002, n. 2, p. 212 ss.; L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 17 ss.; P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia*, *cit.*, p. 229 ss.

¹²¹ Sull'art. 8 della CEDU v. C. PARAVANI, *Art. 8, Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in C. DEFILIPPI, D. BOSI, R. HARVEY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali commentata e annotata*, Napoli, 2006, p. 291 ss. (che si segnala anche per l'ampio esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, orientata ad evidenziare la responsabilità degli Stati nel promuovere e garantire le tutele e il godimento di un'effettiva vita familiare); S. HOLT, *Family, Private Life, and Cultural Rights*, in *Universal Minority Rights, A Commentary on the Jurisprudence of International Courts and Treaty Bodies*, Oxford, 2007, p. 203 ss. (in particolare pp. 205-217 su definizione ed estensione del vincolo familiare); V. ZAGREBELSKY, *Famiglia e vita familiare nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in M. C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, 2007, p. 115 ss.; N. A. MOREHAM, *The Right to Respect for Private Life in the European Convention on Human Rights: A Re-examination*, in *EHRLR*, 2008, p. 44 ss.; I. QUERIOLO, L. SCHIANO DI PEPE, *Lezioni*

Altri diritti di rilevanza sociale inclusi nella Carta riguardano i bambini, i disabili, gli anziani e l'istruzione¹²². Essi costituiscono un importante riferimento nell'interpretazione della normativa comunitaria da parte della Corte di giustizia che, pur senza menzionare esplicitamente la Carta di Nizza nelle proprie pronunce¹²³, ha mostrato un atteggiamento vigile nella salvaguardia dei rapporti interpersonali e familiari, spingendosi spesso al di là del dato normativo fornito dal diritto derivato¹²⁴. La progressiva considerazione rivolta ai diritti fondamentali espressi dalla Carta di Nizza lascia presagire che, una volta acquisito lo stesso valore giuridico dei Trattati all'esito dell'entrata in vigore della riforma di Lisbona¹²⁵, queste disposizioni possano perdere il carattere "accessorio" rispetto al diritto comunitario ed essere elevate a basi normative per interventi diretti e più efficaci anche in materia familiare. Questo settore, come noto, esula dalle competenze normative dirette delle istituzioni comunitarie ed è saldamente ancorato alle tradizioni sociali, culturali e religiose degli Stati membri che presentano ancora profonde differenze. Tuttavia, la dottrina appare concorde nell'affermare che una "politica materiale di famiglia è già concretamente presente nel panorama normativo comunitario", soprattutto considerando che molte delle politiche tradizionalmente rientranti nelle competenze della Comunità incidono sensibilmente sugli ambiti personali e familiari dei soggetti cui sono indirizzate¹²⁶.

di diritto dell'Unione europea e relazioni familiari, Torino, 2008, p. 260 ss. (che si soffermano diffusamente sul bilanciamento tra gli interessi individuali alla riunificazione del nucleo familiare e gli interessi statali relativi alle politiche di immigrazione)

¹²² Con riferimento ai diritti sociali tutelati nell'ordinamento comunitario e al loro rapporto con i diritti sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 335 ss.; J.-P. JACQUÈ, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne: présentation générale*, in L. S. ROSSI (a cura di), *op. cit.*, p. 55 ss., in particolare p. 72 ss.; O. DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella "Carta dei diritti fondamentali"*, in G. ZAGREBELSKY (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Bari, 2003, p. 192 ss.

¹²³ Il primo richiamo esplicito alla Carta di Nizza si rinviene nella sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, C-540/03, *Parlamento europeo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-5796, punti 31 e 38, con riferimento al diritto al rispetto della vita familiare nell'ambito dell'applicazione della direttiva 2003/86/CE sul ricongiungimento familiare dei cittadini di Stati terzi (sulla pronuncia citata v. F. SEATZU, *op. cit.*, p. 377 ss.). In precedenza, tuttavia, numerosi i riferimenti della Corte al proprio ruolo a tutela dei diritti fondamentali della persona quali principi generali del diritto comunitario (sin dalle sentenze del 12 novembre 1969, causa 29/69, *E. Stauder c. Stadt Ulm-Sozialam*, *Raccolta*, p. 419, e del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, *ivi*, p. 1125).

¹²⁴ Alcune recenti pronunce della Corte sono esaminate in E. BERGAMINI, *op. cit.*, p. 347 ss.

¹²⁵ Cfr. l'art. 6 del nuovo TUE, nonché la Dichiarazione n. 1 allegata allo stesso. Sul valore giuridico della Carta nella prospettiva dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona v., da ultimo, L. DANIELE, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2008, p. 655 ss.

¹²⁶ Così C. HONORATI, *Verso una competenza della comunità europea in materia di diritto di famiglia?*, in S. BARIATTI (a cura di), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, 2007, p. 38 ss. Molto ampia la letteratura sull'argomento, che evidenzia come i temi della famiglia stiano acquisendo crescente importanza sul piano comunitario: tra i contributi più recenti v. G. DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 1093 ss.; M. BONINI BERARDI, *op. cit.*, p. 821; R. BARATTA, *op. cit.*, p. 573 ss.; G. BISOGNI, *Il diritto comunitario e la costruzione di un diritto di famiglia*

Va evidenziato, inoltre, che l'attenzione rivolta alla valorizzazione e alla salvaguardia dei vincoli familiari nell'ambito delle tutele sociali riflette l'evoluzione della coscienza sociale europea nella prospettiva di fornire contenuti concreti al principio di solidarietà, che costituisce uno dei valori essenziali alla base dell'ordinamento giuridico comunitario¹²⁷. Ad esso, infatti, è interamente dedicato il titolo IV della Carta di Nizza (articoli 27-38) che include un elenco ampio e variegato di diritti di rilevanza sociale (per lavoratori, bambini, anziani e disabili). Tra questi, in particolare, l'art. 34, par. 2 della Carta afferma il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali, a favore di tutti coloro che risiedano o si spostino legalmente all'interno dell'Unione, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni o prassi nazionali. Il tenore di questa disposizione, che nella prima parte riprende chiaramente l'obiettivo di protezione dei lavoratori sancito dalla Carta sociale europea del 1961, esprime una progressione concisa ma esaustiva di tutele sociali culminante nel riconoscimento *erga omnes* del diritto di accesso ai benefici sociali, svincolato cioè dallo svolgimento di una attività lavorativa e condizionato esclusivamente dalla presenza legittima sul territorio di uno Stato membro. È stato opportunamente rilevato, però, che l'apprezzabile portata innovativa di questa disposizione (chiaramente allineata con il principio di non discriminazione e con le disposizioni in materia di libera circolazione) appare però limitata dalla previsione, in chiusura, del rispetto della competenza degli Stati membri in materia, "che sembra rispondere all'intento prudenziale di ridurre la portata dei diritti in questione e di prevenirne interpretazioni estensive"¹²⁸. È possibile osservare, inoltre, che l'ampiezza delle generiche indicazioni di "prestazioni di sicurezza sociale" e "benefici sociali" recata dalla Carta di Nizza non trova equivalente riscontro normativo nella novellata disciplina di cui al regolamento 883/2004. Le categorie di prestazioni in esso elencate infatti, seppur arricchite rispetto alla disciplina previgente, non comprendono quelle di assistenza sociale e quelle assimilabili alle prestazioni di malattia e, come rilevato sovente in giurisprudenza, hanno carattere esaustivo. L'operatività del diritto derivato si presenta pertanto ridotta in partenza rispetto al più generale riconoscimento dei diritti sociali che emerge

europo, in M. C. ANDREINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo, Atti dell'incontro di studio "Un nuovo diritto di famiglia europeo"*, Padova, 2007, p. 17 ss.; P. DE CESARI, *Il diritto della famiglia*, cit., in specie p. 227 ss.

¹²⁷ Ne è conferma la recente inclusione del principio di solidarietà nell'art. 2 del nuovo TUE, che individua i valori comuni agli Stati membri su cui si fonda l'Unione europea. Questo valore costituisce presupposto ed obiettivo delle iniziative nel settore dell'inclusione sociale, nell'ambito del quale il moltiplicarsi degli interventi comunitari a più livelli (si pensi alle disposizioni della direttiva 2004/38/CE sull'accesso ai diritti sociali per i cittadini di altri Stati membri che risiedano nello Stato ospitante per un periodo superiore ai cinque anni) mostra un crescente grado di "responsabilità sociale" e attesta la progressiva affermazione "di una vera e propria dimensione sociale della cittadinanza fondata sulla solidarietà intercomunitaria" (il rilievo è di E. TRIGGIANI, *L'Unione europea secondo la riforma di Lisbona*, cit., p. 33).

¹²⁸ G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 37 ss., che svolge una approfondita analisi della nozione di sicurezza sociale nella Carta di Nizza, evidenziandone i problemi interpretativi ed applicativi (p. 35 ss.).

dalla Carta dei diritti fondamentali¹²⁹. Ma questo “scollamento”, che potrebbe indurre ad affermare il carattere meramente programmatico dei diritti sociali enunciati dal catalogo di Nizza, dovrebbe piuttosto essere considerato come incentivo all’interazione tra diritti e politiche, tra istituzioni e Stati membri, in un costante processo di rinnovamento giuridico necessariamente incentrato sul patrimonio di valori comuni consolidanti la dimensione politica, civile e sociale della cittadinanza europea¹³⁰.

Diversamente, nella CEDU manca l’esplicita previsione di un diritto alla sicurezza sociale. Tuttavia, nelle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo si è palesata la possibilità di garantire l’esercizio del diritto all’accesso alle prestazioni sociali in virtù dell’applicazione del principio di non discriminazione sancito dall’art. 14 CEDU. Aggirando l’ostacolo della lacuna normativa, una consolidata giurisprudenza ha introdotto, infatti, la possibilità di assimilare la concessione di prestazioni sociali ad un diritto civile, includendola nella nozione di proprietà tutelata dall’art. 1 del Protocollo n. 1, per la quale, di conseguenza, diviene applicabile il principio di eguaglianza e di non discriminazione¹³¹.

6. L’azione comunitaria nel settore della sicurezza e della previdenza sociale è tuttora caratterizzata da un’ampia discrezionalità delle legislazioni nazionali che tende inevitabilmente a conservare profonde divergenze in un sistema ancora eterogeneo e frammentato di modelli e normative previdenziali applicabili nei singoli Stati¹³².

Stante l’impossibilità di giungere all’integrale armonizzazione del settore sociale, l’intervento normativo comunitario si è concretizzato, di fatto, nell’introduzione di principi e criteri basilari, funzionali ad un coordinamento rivolto principalmente agli effetti dell’applicazione dei diversi strumenti di tutela nei sistemi nazionali in modo da pervenire, pur partendo da presupposti differenti, ad una tendenziale unitarietà della materia¹³³.

La significativa razionalizzazione della normativa comunitaria di coordinamento sociale realizzata da ultimo con il regolamento 883/2004 e, in particolare, l’ampliamento degli ambiti di applicazione della disciplina esprimono gli ulteriori progressi verso una integrazione politica e sociale in senso lato. Il rafforzamento del principio della parità di trattamento e di esportabilità delle prestazioni, l’introduzione del principio di buona amministrazione, nonché le più rigorose deroghe al principio di territorialità evidenziano la tendenza ad una tutela diffusa

¹²⁹ *Ibidem*, p. 33 s.

¹³⁰ Cfr. R. DEL PUNTA, *op. cit.*, p. 337 s.

¹³¹ C. TOMUSCHAT, *I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in questa *Rivista*, 2007, p. 252 ss., che svolge una puntuale ricostruzione della giurisprudenza in materia. Un riferimento anche in G. ARRIGO, *op. cit.*, p. 29, nota 10.

¹³² Basti rilevare che i sistemi previdenziali nazionali sono autonomi in merito alla determinazione delle condizioni di affiliazione ai regimi previdenziali e ai criteri di contribuzione.

¹³³ Cfr. R. FOGLIA, G. SANTORO PASSARELLI, *Profili di diritto comunitario del lavoro*, Torino, 1996, p. 172 ss.

più consapevole ed efficace. Ne è ulteriore conferma l'estensione delle disposizioni di sicurezza sociale a tutti i cittadini iscritti presso un regime nazionale, non più riservata esclusivamente a quelli appartenenti alla popolazione attiva.

Nell'ambito di questa evoluzione normativa si è rivelato determinante il ruolo svolto dalla giurisprudenza comunitaria. La frequenza con cui la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi su riconoscimento, applicabilità e portata dei diritti sociali, se da un lato ha evidenziato le lacune della disciplina, dall'altro ha consentito un'azione interpretativa che, precisando (e talvolta ampliando) i confini tracciati dalle disposizioni comunitarie di settore, ha orientato la parziale, ma concreta, convergenza degli strumenti nazionali di protezione sociale.

Un apporto essenziale della Corte riguarda, nello specifico, il riconoscimento dei diritti dei familiari dei lavoratori migranti che, quali beneficiari "mediati" delle prestazioni e dei vantaggi sociali, risentono in maggior misura della difficile interazione tra le disposizioni nazionali ed una disciplina comunitaria essenzialmente strutturata attorno alla figura del lavoratore.

Le soluzioni ben bilanciate fornite dai giudici comunitari hanno gradualmente rafforzato la posizione giuridica dei familiari, non solo con il riconoscimento di un diritto proprio nell'accesso ai benefici sociali ma, soprattutto, attraverso una impostazione metodologica che, adottando una "prospettiva familiare", ha privilegiato i criteri interpretativi fondati sulla valutazione "funzionale" dei diritti e delle prestazioni sociali. Questa impostazione, che evidenzia una generale apertura ai temi della famiglia e sottende la costante attenzione alla tutela dei diritti fondamentali, ha consentito alla Corte di ampliare significativamente i confini tracciati dalle disposizioni normative.

A fronte del considerevole lavoro svolto dalla giurisprudenza comunitaria, tuttavia, non si può non rilevare che le persistenti lacune della disciplina sociale impongono alla Corte un ulteriore sforzo interpretativo delle vigenti prescrizioni normative. È infatti necessario realizzare una sintesi più adeguata tra interessi nazionali e obiettivi comuni di integrazione, tra uguaglianza e tutela diffusa che, in un settore particolarmente complesso e delicato come quello della previdenza e dell'assistenza sociale, appare ancora lontana dalla piena realizzazione.

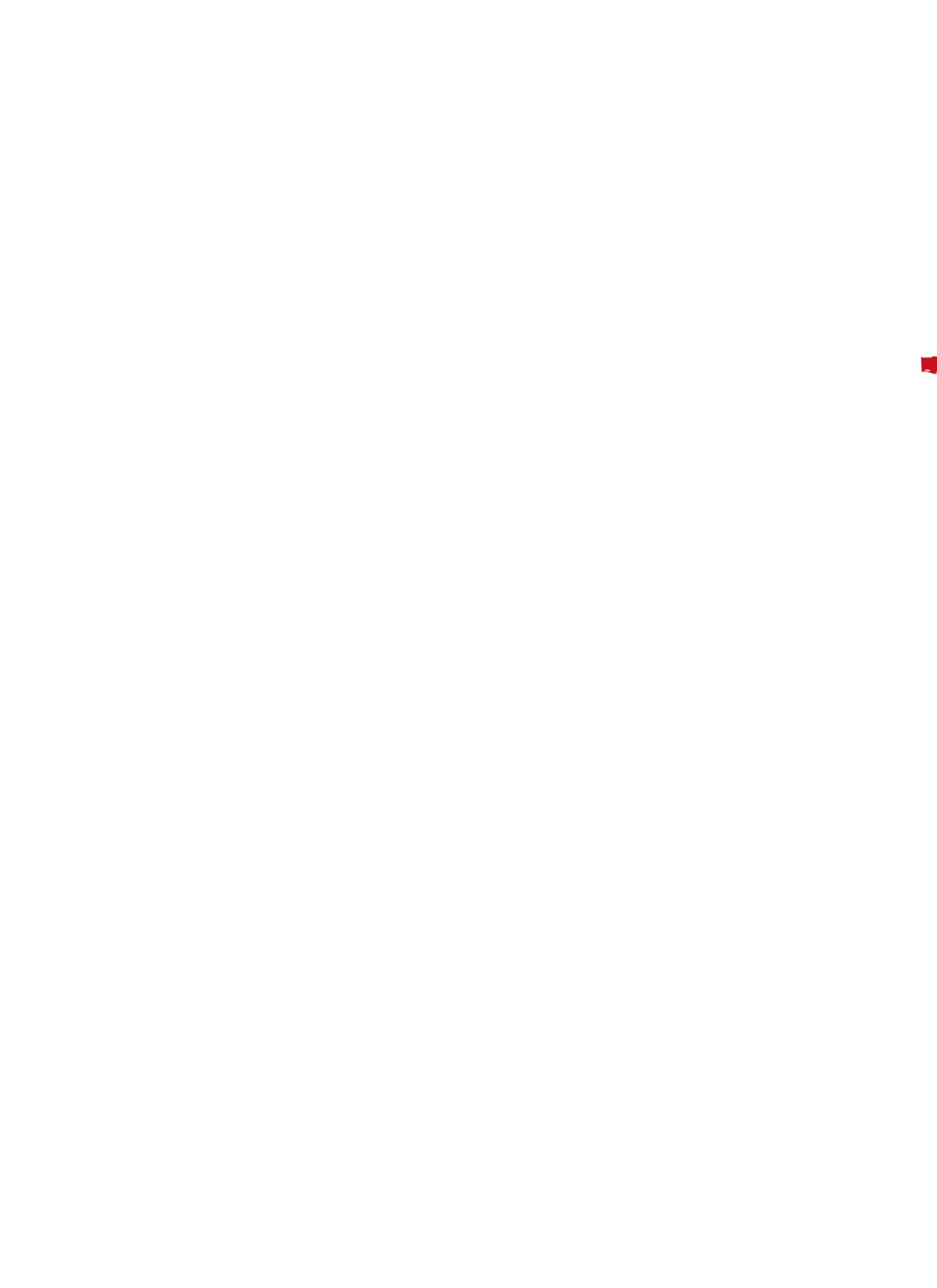
Abstract

Social Advantages for Relatives of European Migrant Workers According to the Court of Justice Case-law

This article deals with the social benefits allowable to the relatives of migrating workers in the EU. The analysis is based on the sentences of the Court of Justice, which proved extremely useful for assessing several conflicts and discrepancies in the application of the EC law in the area of social policy. Attaining to concurrent responsibility of

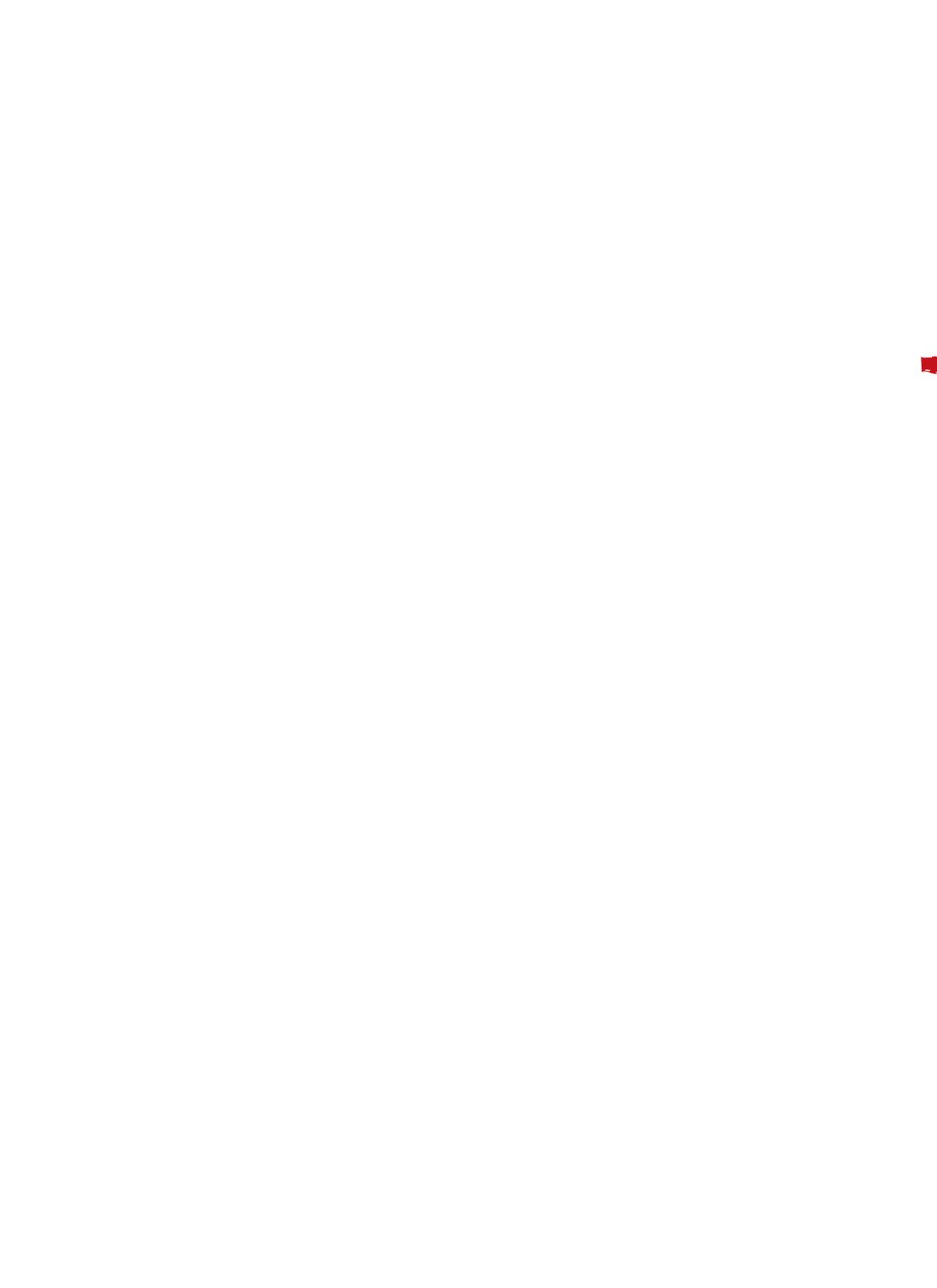
the EC, the social policy leaves wide legislative autonomy to Member States, allowing different application of the European law and prejudice towards the *no discrimination* and *free movement* general principles.

Through a better definition in the field of application of the social policy, the Court reinforced the right to social benefits for relatives of migrant workers. Moreover, it has established a new methodology for evaluating the efficacy of social assistance from a *parental perspective*, paying a greater attention to the family and to the fundamental rights of human beings. Such a new approach re-addressed the evolution of the sector law, starting with Regulation (EC) No. 1612/68 and Regulation (EC) No. 1408/71 and is currently based on Directive 2004/38/EC (of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States) and Regulation (EC) No. 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems. However, further efforts by the Court are required in order to achieve a better synthesis between EC and national laws toward a larger integration and equal opportunity in social assistance.





Note e Commenti



Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le considerazioni della Corte sulla natura dell'UE e sui rapporti tra il suo ordinamento e quello tedesco. – 3. Altri temi trattati dalla sentenza: *deficit* democratico, politica commerciale comune, materia penale, diritto di famiglia, politica di difesa. – 4. Rilievi di incostituzionalità della Corte: la procedura di revisione semplificata e le “passerelle”. – 5. Conclusione.

1. La Corte costituzionale tedesca ha emesso il 30 giugno 2009 un'importante sentenza¹ sulla legittimità costituzionale di tre leggi interne relative all'immissione del Trattato di Lisbona nell'ordinamento tedesco: la legge dell'8 ottobre 2008 di approvazione del Trattato di Lisbona (“legge di approvazione”), la legge di emendamento degli articoli 23, 45 e 93 della Costituzione tedesca dell'8 ottobre 2008 (“legge di emendamento”) e la legge di estensione e rafforzamento dei diritti del Bundestag e del Bundesrat su materie relative al funzionamento dell'UE (“legge di estensione”). Quest'ultima legge², al momento della sentenza della Corte, era stata approvata dai due rami del Parlamento ma non ancora firmata dal Presidente della Repubblica federale tedesca. Gli emendamenti alla Costituzione tedesca resisi necessari in vista dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona ed introdotti con la “legge di emendamento” e la “legge di estensione” sono illustrati nel corso nella sentenza³. Essi sono tesi a creare le condizioni per l'esercizio da parte del Bundestag e del Bundesrat dei diritti di partecipazione ai processi decisionali dell'UE, attribuiti ai Parlamenti nazionali dal Trattato di Lisbona, con particolare riferimento alla partecipazione ad una delle procedure di revisione semplificata dei Trattati, al monitoraggio del rispetto del principio di sussidiarietà, al veto in materia di diritto di famiglia e

¹ Vedine sul sito www.bundesverfassungsgericht.de il testo in tedesco e in inglese. Le note che seguono sono tratte dal testo inglese reperibile *on line* su quest'ultimo sito. Per un primo commento, v. l'Editorial Comment, *Karlsruhe Has Spoken: “Yes” to the Lisbon Treaty, but ...*, in *CML Rev.*, 2009, p. 1023 ss. V. anche i numerosi commenti di vari autori in *GLJ*, 2009, n. 8, Agosto 2009 (reperibile *on line* all'indirizzo www.germanlawjournal.com).

² Documento *Bundestag* n. 16/8489.

³ Paragrafi 78-96 della sentenza.

alla valutazione e controllo delle attività di Eurojust ed Europol⁴. Vengono, in particolare, ripartite tra Bundestag e Bundesrat alcune delle competenze al riguardo, ripartizione sulla quale non è il caso di soffermarci ai nostri fini, mentre sugli aspetti problematici della “legge di estensione” diremo in appresso.

Un notevole numero di ricorrenti, includenti persone fisiche, tra cui membri del Parlamento, nonché il gruppo parlamentare Die Linke, sostenevano che tali leggi violassero la Costituzione tedesca, con particolare riferimento ai suoi articoli 20, par. 1, 20, par. 2, 23, par. 1 e 79, par. 3. Nella sua sentenza, la Corte illustra in dettaglio tali motivi di ricorso⁵, che riguardavano, in sostanza, la pretesa violazione di principi costituzionali quali quello di democrazia, di separazione dei poteri, di tutela dei diritti fondamentali, nonché l’asserita perdita di sovranità della Germania in virtù dell’instaurazione di fatto, con il Trattato di Lisbona, di una struttura federale. Le posizioni assunte nel procedimento dal Bundestag, dal Bundesrat, dal Governo federale e dal Parlamento del Land Breden-Wuerttemberg, tutte per l’inammissibilità o infondatezza dei motivi di ricorso, sono ugualmente passate in rassegna dalla Corte⁶.

La Corte, anzitutto, ripercorre la storia dell’integrazione europea dalle origini fino al Trattato di Lisbona, del quale offre un’analisi dettagliata, di estremo interesse per qualsiasi operatore del diritto dell’UE⁷. Essa svolge, quindi, una serie di argomentazioni di cui daremo brevemente conto, a conclusione delle quali, la Corte dichiara inammissibili, per una varietà di ragioni, buona parte dei motivi di ricorso⁸. Tra quelli dichiarati ammissibili, la Corte ne ritiene fondati solo alcuni, tutti riguardanti la “legge di estensione”, che essa non considera sufficientemente elaborata sotto il profilo dei diritti di partecipazione del Bundestag e del Bundesrat ad alcuni processi decisionali nell’ambito dell’UE. Conclude, pertanto, che lo strumento di ratifica del Trattato di Lisbona può essere depositato solo dopo che la “legge di estensione” sarà stata adeguatamente modificata⁹. Le altre due leggi (la “legge di approvazione” e la “legge di emendamento”) sono dichiarate legittime dal punto di vista costituzionale.

La sentenza della Corte è di ampio respiro e appare subito, anche ad un superficiale lettore, di altissimo livello. Essa si ricollega ad alcune precedenti ben note sentenze della Corte stessa sui rapporti tra diritto dell’UE e diritto tedesco¹⁰, ma il discorso viene, con questa sentenza, ulteriormente sviluppato ed

⁴ V., rispettivamente, l’art. 12 TUE, l’art. 48, par. 7, 3° comma, TUE, i Protocolli n. 1 e n. 2 sul ruolo dei Parlamenti nazionali nell’Unione europea e sul principio di sussidiarietà e proporzionalità allegati al testo di Lisbona, nonché l’art. 81, par. 3, 3° comma, TFUE, l’art. 85, par. 1, 3° comma, TFUE e l’art. 88, par. 2, 2° comma, TFUE.

⁵ Paragrafi 99-135 della sentenza.

⁶ Paragrafi 136-166 della sentenza.

⁷ Paragrafi 4-77 della sentenza.

⁸ Le motivazioni della Corte relative all’ammissibilità di alcuni soltanto dei motivi di ricorso sono contenute nei paragrafi 167-206 della sentenza.

⁹ Par. 4 del dispositivo della sentenza.

¹⁰ V., ad esempio, l’ordinanza del 29 maggio 1974, n. 18, *Solange I* (2BvL 52/71), in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht*, Bd. 37, p. 271 ss.; le sentenze del 22 ottobre 1986, *Solan-*

assume una dimensione di maggiore sistematicità, introducendo anche elementi di assoluta novità.

2. Ai fini della sua decisione, la Corte parte dalla premessa che l'UE, allo stato attuale, è ancora un'organizzazione internazionale, basata su un Trattato (*Staatenverbunde* e non *Bundestaat*). Secondo la Corte, quindi, tra organizzazione internazionale e Stato federale *tertium non datur*¹¹ e non v'è spazio per soluzioni intermedie volte a spiegare la natura dell'UE al di fuori di questa dicotomia. L'ordinamento dell'UE non è originario, ma derivato, in quanto "concesso" dagli Stati membri, e questo nonostante la proclamazione della personalità giuridica dell'UE¹². Gli Stati membri conservano la loro sovranità e, al riguardo, la Corte ripete come un *leit-motif* quanto da essa già detto molte volte in passato e, cioè, che essi restano i "padroni dei Trattati"¹³.

A conforto di questa posizione sulla natura dell'UE, la Corte ricorda proprio tutti quei limiti di rappresentatività delle istituzioni dell'UE, che molti lamentano e vorrebbero vedere superati. Tali limiti sono, invece, visti dalla Corte come conferme che il processo decisionale dell'UE non si è evoluto in senso federale e, quindi, non minaccia la sovranità della Germania. La Corte ricorda, in proposito, che il Consiglio non è equiparabile ad una seconda camera legislativa, ma rappresenta gli Stati. In questo contesto, non pare alla Corte nemmeno un problema il fatto che il Parlamento europeo non rappresenti effettivamente un popolo europeo, ma i popoli degli Stati membri, né che la Commissione, non essendo un governo, non sia responsabile nei confronti dell'elettorato in una maniera comparabile a quanto avviene negli Stati¹⁴.

Sono molto interessanti, al riguardo, le considerazioni che la Corte svolge, in particolare, sul Parlamento europeo e sulla sua composizione. Secondo la

ge II (2BvR 197/83); del 12 ottobre 1993, relativa al Trattato di Maastricht (2BvR 2134/92 e 2BvR 2159/92), in *Europäische Gründrechte Zeitschrift*, 1993, p. 429 ss., e in *CML Rev.*, 1994, p. 57; del 7 giugno 2002, *Bananen* (2BvL 1/97), nonché la famosa sentenza del 18 luglio 2005 sul mandato d'arresto europeo (2BvR 2236/04, caso *Darkanzali*).

¹¹ Così anche il citato Editorial Comment, p. 1032.

¹² Par. 231 della sentenza.

¹³ Quest'affermazione è ripetuta ben sei volte: paragrafi 150, 231, 235, 271, 298 e 334 della sentenza.

¹⁴ Paragrafi 263-271 della sentenza. In particolare, v. par. 271: "On the European level, the Council is not a second chamber as it would be in a federal state but the representative body of masters of the Treaties; correspondingly, it is not constituted according to proportional representation but according to the image of the equality of states. As a representative body of the peoples that is directly elected by the citizens of the Union, the European Parliament is an additional independent source of democratic legitimisation (see BVerfGE 89, 155, 184-185). As a representative body of the peoples in a supranational community, which as such is characterised by a limited willingness to unite, it cannot, and need not, as regards its composition, comply with the requirements that arise on the state level from the citizens' equal political right to vote. As a supranational special body, also the Commission need not extensively fulfil the conditions of a government that is fully accountable either to Parliament or to the majority decision of the electorate because the Commission itself is not obliged to the will of the electorate in a comparable manner".

Corte, nonostante l'affermazione del principio della democrazia rappresentativa, contenuta nell'art. 10, par. 1, TUE, e l'affermazione sulla rappresentanza da parte del Parlamento stesso dei cittadini dell'Unione, contenuta nell'art. 14, par. 2, TUE, il Parlamento europeo non rappresenta un popolo sovrano, ma solo le persone facenti parti del contingente di parlamentari rispettivamente assegnati a ciascuno Stato membro¹⁵. Il criterio della rappresentanza "degressivamente proporzionale" (art. 14, par. 2, TUE) non rispecchia il principio "un cittadino-un voto", tipico delle democrazie interne, ma tiene ancora conto in larga misura del principio classico di diritto internazionale sulla eguaglianza degli Stati ("uno Stato-un voto"), principio che, come osserva la Corte, è, del resto, pienamente rispettato nella composizione delle altre istituzioni dell'UE: Consiglio europeo, Consiglio, Commissione, Corte di giustizia¹⁶. Infatti, il rapporto tra ogni membro del Parlamento europeo ed il numero dei cittadini che lo eleggono varia significativamente tra Stato e Stato (per esempio, per il Lussemburgo è dieci volte superiore a quello della Germania e, per Malta, dodici volte superiore¹⁷). Non rappresentando, quindi, la maggioranza dei cittadini dell'UE, il Parlamento europeo non potrebbe mai esprimere un governo dell'UE¹⁸. In questo contesto, nel quale, nonostante il rafforzamento dei poteri del Parlamento europeo, il funzionamento dell'UE continua ad essere caratterizzato dall'influenza di negoziati intergovernativi, la Corte riscontra, però, già elementi di "eccessivo federalismo"¹⁹.

Insomma, secondo la Corte, il Trattato di Lisbona rimane conforme alla costituzione tedesca solo nella misura in cui rispetta l'identità costituzionale della Germania basata sulla legittimazione democratica da parte dei propri cittadini (principio di democrazia) e non implica soluzioni di tipo federale che non

¹⁵ Paragrafi 280-282 della sentenza.

¹⁶ Par. 288 della sentenza.

¹⁷ Par. 285 della sentenza.

¹⁸ Par. 281 della sentenza: "Therefore the formation, from within Parliament, of an independent government vested with the competences that are usual in states would meet with fundamental objections".

¹⁹ Il par. 288 della sentenza merita di essere riportato quasi integralmente, essendo un passaggio chiave del ragionamento della Corte: "It is true that the democracy of the European Union is approximated to federalised state concepts; measured against the principle of representative democracy, however, it would to a considerable degree show excessive federalisation. With the personal composition of the European Council, of the Council, the Commission and the Court of Justice of the European Union, the principle of the equality of states remains linked to national rights of determination, rights which are, in principle, equal. Even for a European Parliament elected with due account to equality, this structure would be a considerable obstacle for asserting a representative will of the parliamentary majority with regard to persons or subject-matters. Also after the entry into force of the Treaty of Lisbon, the Court of Justice, for instance, must always be staffed according to the principle "one state, one judge" and under the determining influence of the Member States regardless of their number of inhabitants. The functioning of the European Union continues to be characterised by the influence of the negotiating governments and the subject-related administrative and formative competence of the Commission even though the rights of participation of the European Parliament have been strengthened on the whole".

siano approvate dal Parlamento tedesco²⁰. Perché questa situazione rimanga tale, secondo la Corte, è necessario, però, che (a) l'UE goda solo di competenze di attribuzione, (b) non abbia alcuna competenza a determinare le proprie competenze (*Kompetenz-Kompetenz*), (c) ogni trasferimento di competenze all'UE possa essere revocabile e (d) il recesso da parte di uno Stato membro sia assicurato (la Corte distingue opportunamente tra recesso da un'organizzazione internazionale, implicito nella natura stessa di un tale ente, e recesso da uno Stato federale)²¹. È, in particolare, tale diritto di recesso, previsto in generale dall'art. 54, lett. a) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati e, specificamente, dall'art. 50 TUE, a sottolineare la persistente sovranità degli Stati membri e la non irreversibilità del processo di integrazione europea²².

Sarebbero, invece, in contrasto con la Costituzione tedesca norme dell'UE contenenti procedimenti di revisione dei Trattati “in bianco”, che possano risultare nell'attribuzione di ulteriori competenze all'UE eccedenti quelle che possano eventualmente derivare dall'applicazione del principio dell'effetto utile o dalla necessità di colmare lacune. Ogni specifica revisione dei Trattati e delle competenze dell'UE deve essere, infatti, espressamente approvata dal Parlamento tedesco perché la volontà sovrana del popolo tedesco non venga aggirata. La Corte costituzionale si riserva espressamente il sindacato in merito, il quale potrebbe portare alla eventuale dichiarazione di inapplicabilità di norme dell'UE in Germania. Questo possibile sindacato non è visto dalla Corte come confligente con i principi di leale cooperazione e del primato del diritto dell'UE²³.

²⁰ Paragrafi 226-230 della sentenza.

²¹ Par. 233 della sentenza: “The Basic Law does not grant the German state bodies powers to transfer sovereign powers in such a way that their exercise can independently establish other competences for the European Union. It prohibits the transfer of competence to decide on its own competence (*Kompetenz-Kompetenz*) (...) Also a far-reaching process of independence of political rule for the European Union brought about by granting it steadily increased competences and by gradually overcoming existing unanimity requirements or rules of state equality that have been decisive so far can, from the perspective of German constitutional law, only take place as a result of the freedom of action of the self-determined people. According to the constitution, such steps of integration must be factually limited by the act of transfer and must, in principle, be revocable. For this reason, withdrawal from the European union of integration (*Integrationsverband*) may, regardless of a commitment for an unlimited period under an agreement, not be prevented by other Member States or the autonomous authority of the Union. This is not a secession from a state union (*Staatsverband*), which is problematical under international law (...), but merely the withdrawal from a *Staatenverbund* which is founded on the principle of the reversible self-commitment”.

²² Paragrafi 329-330 della sentenza. Al diritto di recesso fa anche riferimento il par. 299 della sentenza.

²³ Paragrafi 233-242 della sentenza. In particolare (par. 239): “Accordingly, the Act approving an international agreement and the national accompanying laws must therefore be such that European integration continues to take place according to the principle of conferral without the possibility for the European Union of taking possession of *Kompetenz-Kompetenz* or to violate the Member States' constitutional identity which is not amenable to integration, in this case, that of the Basic Law”.

Sul primato del diritto dell'UE la Corte svolge alcune interessanti considerazioni²⁴, in linea del resto, con proprie precedenti affermazioni. La Corte rifiuta la concezione monista sul primato fatta propria dalla Corte di giustizia. Secondo la Corte, tale primato non è assoluto, perché, se lo fosse, incontrerebbe obiezioni di costituzionalità. Esso esiste, per quanto riguarda l'ordinamento tedesco, solo in virtù dell'atto di esecuzione dei Trattati²⁵ e viene, quindi, ricondotto ad un accordo internazionale da cui esso deriva²⁶, dato che l'ordinamento dell'UE non ha carattere originario. In particolare, il primato del diritto dell'UE sul diritto tedesco esiste solo nei limiti in cui lo ha interpretato la stessa Corte costituzionale tedesca in passato. Più specificamente, i valori di cui all'art. 2 TUE non hanno primato sull'identità costituzionale degli Stati membri, salvaguardata in Germania dall'art. 23 e dall'art. 79, par. 3 della Costituzione. Come sostiene anche la Corte costituzionale italiana, norme interne contrarie ai Trattati non sono invalide ma inapplicabili all'interno dell'ordinamento tedesco²⁷. Di conseguenza, la Corte costituzionale tedesca può rivedere le decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea anche se solo "in principio" ed eccezionalmente, dichiarando, quindi, inapplicabile in Germania una norma dell'UE²⁸. In definitiva, sostiene la Corte, il Trattato di Lisbona non contempla alcun potere sovrano dell'UE di avere "accesso" sopranazionale agli ordinamenti giuridici degli Stati membri²⁹.

In sostanza, è necessario, secondo la Corte, che l'UE rispetti sempre il principio di democrazia vigente in Germania³⁰. In particolare, svolte nel senso di un federalismo, anche strisciante, possono solo essere approvate dal Parlamento tedesco, altrimenti vi sarebbe un *deficit* democratico inaccettabile per la Germania, la quale potrebbe (anzi dovrebbe) decidere in tal caso di stare fuori dall'UE³¹. L'apertura al diritto dell'UE che l'ordinamento tedesco opera³² e che

²⁴ Paragrafi 331-343 della sentenza.

²⁵ Par. 343 della sentenza.

²⁶ Par. 339 della sentenza.

²⁷ Par. 335 della sentenza.

²⁸ Par. 340 della sentenza.

²⁹ Par. 342 della sentenza.

³⁰ Par. 244 della sentenza: "The shape of the European Union must comply with democratic principles as regards the nature and the extent of the transfer of sovereign powers and also as regards the organisational and procedural elaboration of the Union authority acting autonomously (Article 23.1, Article 20.1 and 20.2 in conjunction with Article 79.3 of the Basic Law). European integration may neither result in the system of democratic rule in Germany being undermined (a) nor may the supranational public authority as such fail to fulfil fundamental democratic requirements (b)".

³¹ Par. 264 della sentenza: "If an imbalance between character and the extent of the sovereign powers exercised and the degree of democratic legitimisation arises in the course of the development of the European integration, it is for the Federal Republic of Germany due to its responsibility for integration, to work towards a change, and if the worst comes to the worst, even to refuse to further participate in the European Union".

³² Par. 225 della sentenza.

consente il trasferimento di un sostanziale numero di competenze all'UE³³ non può mettere in discussione la salvaguardia dell'identità costituzionale della Germania e, quindi, la sua capacità di decidere autonomamente su importanti questioni aventi una dimensione sociale, culturale e politica³⁴. È questa, secondo la Corte, l'essenza irrinunciabile della sua sovranità.

La Corte, comunque, sostiene che il pericolo di tali svolte in senso federalista non è attuale in quanto, come dice nelle sue premesse, l'UE non è uno Stato federale. La Germania continua ad essere uno Stato sovrano soggetto di diritto internazionale nonostante le norme sulla cittadinanza europea e conserva la sua integrità territoriale nonostante l'esistenza dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³⁵. La Corte costituzionale veglia a che questa situazione non si modifichi senza il consenso del popolo tedesco espresso attraverso il Parlamento³⁶.

Di conseguenza, la Corte dichiara conformi alla Costituzione sia il Trattato di Lisbona che le prime due leggi sopra menzionate (la "legge di approvazione" e la "legge di emendamento"), in quanto il principio di democrazia sancito dalla Costituzione tedesca è rispettato a causa della limitazione delle competenze dell'UE secondo il principio di attribuzione ed in quanto il Trattato di Lisbona non trasferisce all'UE poteri costituenti che possano portare ad una perdita di sovranità della Germania. In sostanza, l'UE non raggiunge, secondo la Corte, un livello di legittimazione democratica tale da farla somigliare ad uno Stato³⁷. È interessante, al riguardo, rilevare che il *deficit* democratico dell'UE, che pure la Corte impietosamente individua, come diremo appresso, è visto dalla Corte stessa nel suo aspetto positivo, cioè come garanzia della persistente sovranità della Germania. È, infatti, di tutta evidenza che il superamento del *deficit* democratico nell'ambito dell'UE porterebbe ad una legittimazione democratica della stessa che la farebbe diventare uno Stato, con conseguente perdita di sovranità degli Stati membri. Al riguardo, non v'è che da ammirare la lucidità e il realismo della visione della Corte.

3. Nella sentenza in esame, la Corte trova il modo di sviluppare le sue argomentazioni con riferimento ad una varietà di temi specifici, su alcuni dei quali vale la pena fare un breve cenno.

(a) In merito al *deficit* democratico, la Corte individua correttamente la contraddizione insita nel fatto che gli Stati membri sembrano formalmente tesi verso schemi federali senza essere capaci di creare la legittimazione democratica per tali schemi, la quale può passare solo attraverso la creazione di un Parlamento

³³ Par. 226 della sentenza

³⁴ Paragrafi 235 e 249 della sentenza.

³⁵ Paragrafi 344-346 della sentenza.

³⁶ Paragrafi 298-306 della sentenza.

³⁷ Paragrafi 273-279. V., in particolare, par. 276: "With the present status of integration, the European Union does, even upon the entry into force of the Treaty of Lisbon, not yet attain a shape that corresponds to the level of legitimisation of a democracy constituted as a state".

federale e di un governo espresso da tale Parlamento³⁸. Né risulta chiaro alla Corte come gli Stati membri possano pensare di estendere i poteri della Commissione senza fornirle una base democratica di legittimazione³⁹.

Secondo la Corte, tale *deficit* democratico, che risulterebbe contrario al principio di democrazia sancito dalla Costituzione tedesca se le competenze dell'UE venissero estese, non sarebbe affatto compensato dalle disposizioni del Trattato di Lisbona sui principi democratici (articoli 9-12 TUE), attributivi di alcuni diritti ai cittadini⁴⁰ e ai Parlamenti nazionali⁴¹. Nemmeno il nuovo sistema di doppia maggioranza richiesto per le votazioni del Consiglio rispetta il principio di democrazia⁴². In sostanza, la Corte conclude, il Trattato di Lisbona non compie passi in avanti per risolvere il problema del *deficit* democratico⁴³.

(b) Sulla politica commerciale comune, la Corte osserva che, con il Trattato di Lisbona (art. 3, par. 1, lett. e, TFUE e art. 207, par. 1, TFUE), l'UE estende la sua competenza esclusiva anche agli aspetti relativi agli investimenti diretti, agli scambi di servizi e agli aspetti commerciali della proprietà intellettuale (oggetto di GATS e TRIPs). I relativi Accordi internazionali in sede OMC non

³⁸ Par. 296: “The development of the institutional architecture by the Treaty of Lisbon not only contains rights of participation and improves the transparency of decision-making for instance as regards the legislative activity of the Council. It also contains contradictions because with the Treaty, the Member States follow the construction pattern of a federal state without being able to create the democratic basis for this under the Treaties in the form of the equal election of a representative body of representation of the people and of a parliamentary European government that is based on the legitimising power of a people of the Union alone”.

³⁹ Par. 297: “The European Commission has grown into the function of a European government, shared with the Council and the European Council, already under applicable law. It is not apparent how this process of political independence could be promoted even further without directly originating from an election by the demos in which due account is taken of equality, an election which includes the possibility of being voted out of office and thereby becomes politically effective. If the shift of the focus of political action towards the Commission were to continue as it is intended in conceptual proposals for the future of the European Union, and if the President of the Commission were elected legally and factually by the European Parliament alone (see Article 17.7 TEU Lisbon), the election of the Members of Parliament would at the same time decide on a European government beyond the degree regulated today. As regards the legal situation according to the Treaty of Lisbon, this consideration confirms that without democratically originating in the Member States, the action of the European Union lacks a sufficient basis of legitimisation”.

⁴⁰ Par. 295 della sentenza: “Mere participation of the citizens in political rule which would take the place of the representative self-government of the people cannot be a substitute for the legitimising connection of elections and other votes and of a government that relies on it”.

⁴¹ Par. 293 della sentenza: “Also the institutional recognition of the Member States’ Parliaments by the Treaty of Lisbon cannot compensate for the deficit in the direct track of legitimisation of the European public authority that is based on the election of the Members of the European Parliament”.

⁴² Art. 292 della sentenza: “Admittedly, this weighting, which depends on the number of inhabitants, counteracts excessive federalisation, without, however, complying with the democratic precept of electoral equality”.

⁴³ Par. 295 della sentenza: “The Treaty of Lisbon does not lead to a new level of development of democracy”. Su tutti questi ultimi punti, v., in generale, i Paragrafi 289-295 della sentenza.

potranno più essere conclusi come accordi misti, come finora aveva affermato la Corte di giustizia (parere 1/94), ma dovrebbero essere stipulati solo dall'UE. Il ruolo degli Stati membri ne risulterà, quindi, ridotto, e ridotta, almeno sul piano sostanziale, se non su quello formale, sarà la misura della loro partecipazione a titolo individuale all'OMC. L'UE, comunque, afferma la Corte, non potrà mai forzare gli Stati membri a rinunciare alla loro partecipazione all'OMC. La Corte ricorda che gli Stati membri mantengono un loro ruolo nell'ambito dell'OMC e non possono essere interamente sostituiti, al riguardo, dall'UE nelle relazioni commerciali internazionali, quasi che essa fosse un Stato federale⁴⁴.

È interessante rilevare che la Corte si compiace del ruolo che il Trattato di Lisbona attribuisce al Parlamento europeo nella procedura di conclusione degli accordi commerciali internazionali, anche se osserva che l'effettiva portata di tale ruolo non è stata ancora chiarita⁴⁵. La Corte si riferisce, evidentemente, al fatto che l'art. 207, par. 4, TFUE stabilisce che alla procedura di conclusione di detti accordi si applichi l'art. 218 TFUE, salvo quanto disposto dall'art. 207 TFUE stesso. Tale ultima disposizione non parla espressamente di poteri del Parlamento europeo in merito alla conclusione di accordi commerciali. Quindi, potrebbe pensarsi che ora il Parlamento europeo debba essere consultato in merito a tali accordi, sulla base del disposto generale dell'art. 218, par. 6, 2° comma, lett. b), TFUE ("previa consultazione del Parlamento europeo, negli altri casi"), il che già costituirebbe un progresso rispetto alla situazione esistente prima del testo di Lisbona. D'altra parte, potrebbe ritenersi che, invece, il Parlamento europeo abbia addirittura il diritto a dare la sua approvazione in

⁴⁴ Paragrafi 371-376 della sentenza. In particolare, v. par. 375: "It may remain open whether and to what extent the membership of the Member States of the European Union in the World Trade Organization would no longer exist on the substantive level but only on the institutional and formal level. The Treaty of Lisbon may at any rate not force the Member States to waive their member status. This especially applies to the negotiations on multilateral trade relations within the meaning of Article III.2 of the WTO Agreement whose possible future content is not determined by the law of the European Union, and for which therefore a competence of the Member States may therefore emerge in the future, depending on the course of future trade rounds. Therefore an inadmissible curtailment of the statehood presupposed and protected by the Basic Law and of the principle of the sovereignty of the people due to a loss of viability in not insignificant areas of international relations cannot occur. The World Trade Organization remains the central forum for the world-wide dialogue on trade issues and the negotiation of corresponding trade agreements. Even if the Member States will, in practice, normally be represented by the Commission, their legal and diplomatic presence is also the precondition for participating in the discourse on fundamental sociopolitical and economic policy issues and to then explain and discuss the arguments and the results on the national level. When the Federal Government informs the German *Bundestag* and the *Bundesrat* of the topics of the rounds of world trade talks and the negotiation directives adopted by the Council (Article 218.2 TFEU), thereby permitting them to review adherence to the integration programme and the monitoring of the Federal Government's activities, this is not only the normal exercise of its general task of information (see BVerfGE 57, 1, 5; 70, 324, 355; 105, 279, 301 et seq.; 110, 199, 215); it is constitutionally obliged to do so with a view to the joint responsibility for integration and the differentiation of tasks among the constitutional bodies under the separation of powers".

⁴⁵ Par. 373 della sentenza.

merito a tali accordi, sulla base del combinato disposto dell'art. 207, par. 2, TFUE, il quale dispone che il quadro di attuazione della politica commerciale comune è definito con regolamenti adottati secondo la procedura legislativa ordinaria, e l'art. 218, par. 6, 2° comma, lett. a) n. v), TFUE, il quale sancisce che, per gli accordi che riguardano settori ai quali si applica, appunto, la procedura legislativa ordinaria, è richiesta la previa approvazione del Parlamento europeo. Se quest'ultima interpretazione dovesse prevalere, come a noi sembra plausibile, il ruolo del Parlamento europeo passerebbe da una totale mancanza di influenza relativamente agli accordi commerciali ad una situazione in cui tali accordi sarebbero soggetti alla sua approvazione.

(c) Sulla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, la Corte osserva che le norme dell'UE in materia devono essere interpretate in maniera restrittiva per proteggere il principio di democrazia. La cautela in materia è dettata dall'inesistenza di una concezione comune nell'ambito dell'UE delle fattispecie che devono essere criminalizzate e, quindi, ogni decisione in materia deve sostanzialmente rimanere nei poteri dei Parlamenti nazionali. Inoltre, la materia penale fa parte di quel nucleo di questioni costituenti il nucleo dell'identità costituzionale della Germania⁴⁶. Ogni armonizzazione delle legislazioni in materia può solo riguardare aspetti "essenziali" per l'azione dell'UE⁴⁷. Al riguardo, la Corte non manca di effettuare una implicita critica alla decisione quadro in materia di mandato d'arresto europeo⁴⁸.

(d) Ugual necessità di interpretazione restrittiva riguarda, secondo la Corte, le norme dell'UE in materia di diritto di famiglia, data la delicatezza della materia. La Corte non esclude che, in merito, il membro tedesco del Consiglio europeo o del Consiglio debba farsi autorizzare con legge, prima di dare il proprio consenso alle relative decisioni⁴⁹.

(e) In materia di politica di difesa⁵⁰ la Corte non identifica alcun problema di costituzionalità, dato che la Germania mantiene nel settore le sue prerogative nazionali, sulla base dell'art. 43, par. 2, TUE. Qualora, però, tale norma dovesse essere interpretata estensivamente, la Corte osserva che il membro tedesco del Consiglio non dovrà dare la sua approvazione ad un progetto di decisione che violi le prerogative costituzionali del Parlamento tedesco in materia⁵¹, né ad un provvedimento implicante il passaggio a decisioni a maggioranza qualificata, invece che all'unanimità, in materia di difesa.

4. Il punto centrale della sentenza è il rilievo di incostituzionalità, *rectius* di non adeguata elaborazione, della "legge di estensione", in merito ad una delle

⁴⁶ Par. 355 della sentenza.

⁴⁷ Par. 362 della sentenza.

⁴⁸ Sulla materia penale, v. paragrafi 244-253 e paragrafi 352-366 della sentenza. Il riferimento al mandato d'arresto europeo è contenuto nel par. 363.

⁴⁹ Par. 369 della sentenza.

⁵⁰ Paragrafi 381-391 della sentenza,

⁵¹ Par. 388 della sentenza.

procedure di revisione semplificata prevista dal Trattato di Lisbona (c.d. passerella) per passare a decisioni a maggioranza qualificata del Consiglio o alla procedura legislativa ordinaria, nonché per quanto riguarda le necessarie misure interne di adattamento.

Ricordiamo che la seconda delle due procedure di revisione semplificata contemplate dall'art. 48, par. 7, TUE prevede, a sua volta, due casi distinti. Il primo riguarda la possibilità di escludere il requisito dell'unanimità a favore dell'adozione della maggioranza qualificata per quanto concerne le decisioni che il Consiglio può prendere sulla base del TFUE e del solo titolo V TUE relativo all'azione esterna dell'UE (non, però, per decisioni che abbiano implicazioni militari o che rientrino nel settore della difesa). Il secondo riguarda la possibilità di modificare la procedura di decisione del Consiglio da procedura legislativa speciale a procedura legislativa ordinaria per quegli atti legislativi che il Consiglio può adottare in base al TFUE.

In entrambi questi casi, la relativa modifica del TFUE o del TUE può essere adottata dal Consiglio europeo di sua iniziativa (non è richiesta alcuna proposta) con decisione presa all'unanimità, ma è necessaria la previa approvazione del Parlamento europeo. Inoltre, al requisito dell'approvazione o della ratifica da parte degli Stati membri è sostituito un intervento dei Parlamenti nazionali: il Consiglio europeo deve trasmettere ai Parlamenti nazionali il testo della modifica e non può adottarla anche se solo uno di loro notifica entro sei mesi la propria opposizione. Il silenzio dei Parlamenti nazionali entro il termine di sei mesi consente al Consiglio europeo l'adozione della modifica, che entrerà in vigore senza necessità di un'ulteriore ratifica o approvazione da parte degli Stati membri. Si introduce, così, una procedura di conclusione di accordi internazionali non prevista dalle Costituzioni di molti Stati, in quanto l'intervento del Parlamento non avviene in sede di autorizzazione alla ratifica da parte del Capo dello Stato ed emanazione dell'ordine di esecuzione, ma in sede di approvazione *tout court* della modifica stessa. Tale procedura, con riferimento alla norma analoga contenuta nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, non entrato in vigore, era già stata oggetto di critica nella decisione del Conseil constitutionnel francese n. 2004/505 DC del 19 novembre 2004⁵². Ricordiamo che, per espresso disposto dell'art. 353 TFUE, questa seconda procedura di revisione semplificata non si può applicare in materia di bilancio (art. 311, 3° e 4° comma, TFUE; art. 312, par. 2, 1° comma, TFUE), né relativamente alle procedure per l'utilizzo della clausola di flessibilità (art. 352 TFUE), né, infine, per la decisione di sospensione dei diritti di voto di uno Stato membro (art. 354 TFUE).

Accanto a tale "passerella orizzontale", inoltre, vi sono casi di "passerelle settoriali", intese ad agevolare il passaggio dall'unanimità alla maggioranza qualificata in specifiche materie (v. l'art. 31, par. 3, TUE, l'art. 312, par. 2, 2° comma, TFUE, l'art. 333, par. 1, TFUE), nonché il passaggio dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria (v. l'art. 153, par. 2, 3° comma, TFUE,

⁵² Vedila in in *Journal Officiel de la République française* del 24 novembre 2004, p. 19885.

l'art. 192, par. 2, 2° comma, TFUE, l'art. 333, par. 2, TFUE). Non è prevista, in tali casi, la possibilità di opposizione da parte di un Parlamento nazionale. Infine, in materia di diritto di famiglia, l'opposizione di un Parlamento nazionale può bloccare l'adozione di una delibera (art. 81, par. 3, 3° comma, TFUE).

La Corte rileva che l'uso di tali passerelle, o dell'art. 81, par. 3, 3° comma, TFUE in tema di diritto di famiglia, equivale a tutti gli effetti ad una modifica dei Trattati da parte delle istituzioni dell'UE, e che l'effettiva portata di tale modifica, in contrasto con il principio di attribuzione, non è prevedibile in anticipo. Si tratta, quindi, di modifiche “in bianco” (“*blanket modifications*”). La possibilità di opposizione da parte di un Parlamento, anche laddove prevista, è insufficiente ai fini dei requisiti costituzionali in merito alle modifiche dei Trattati e non può essere assolutamente equiparata ad una ratifica, dato che il silenzio del Parlamento nazionale non può essere considerato equivalente alla sua approvazione. Il membro tedesco del Consiglio europeo o del Consiglio, quindi, prima di votare in merito all'uso di una delle suddette clausole, deve munirsi dell'approvazione da parte del Parlamento tedesco attraverso una legge ai sensi dell'art. 23 della Costituzione tedesca⁵³. Questo va specificato nella “legge di estensione”, la quale, quindi, secondo la Corte, non è, a questo riguardo, adeguatamente elaborata dal punto di vista costituzionale⁵⁴.

In particolare, la Corte conclude che: (a) le procedure di revisione semplificata che non necessitano di ratifica (sia quelle generali che quelle speciali) violano le prerogative del Parlamento tedesco⁵⁵ e necessitano per la loro adozione di una previa legge ai sensi dell'art. 23 della Costituzione⁵⁶; (b) le passerelle generali e speciali richiedono, per il loro uso, una preventiva decisione del Parlamento tramite apposita legge⁵⁷; (c) il membro tedesco del Consiglio europeo o del Consiglio può approvare una decisione in merito solo se autorizzato

⁵³ Paragrafi 317-321 e par. 366 della sentenza. In particolare, v. par. 319: “The national parliaments’ right to make known their opposition (Article 48.7(3) TEU Lisbon) is not a sufficient equivalent to the requirement of ratification; therefore the approval by the representative of the German government always requires a law within the meaning of Article 23.1 sentence 2, and if necessary sentence 3, of the Basic Law. It is only in this way that the German legislative bodies exercise their responsibility for integration in a given case and also decide on the question of whether the level of democratic legitimisation is still high enough in the given case to accept the majority decision. The representative of the German government in the European Council may only approve a Treaty amendment brought about by the application of the general bridging clause if the German *Bundestag* and the *Bundesrat* have adopted within a period yet to be determined a law pursuant to Article 23.1 of the Basic Law which takes the purpose of Article 48.7(3) TEU Lisbon as an orientation. This also applies in case of the special bridging clause pursuant to Article 81.3(2) being used”. Cfr. anche il par. 320: “It would be incompatible with the constitutional requirement of a parliamentary decision if the concrete elaboration of the requirement of a time-limit would construe the possible silence on the part of the legislative bodies as their approval”.

⁵⁴ Per un sommario del contenuto della “legge di estensione”, v. paragrafi 407-408 della sentenza.

⁵⁵ Par. 409 della sentenza.

⁵⁶ Par. 412 della sentenza.

⁵⁷ Par. 413 della sentenza.

dal Parlamento, sia del Bundestag che del Bundesrat⁵⁸; (d) la stessa conclusione vale per l'uso di passerelle settoriali che non richiedono l'intervento dei Parlamenti nazionali⁵⁹; (e) una preventiva legge del Parlamento tedesco è ugualmente necessaria per l'esercizio delle competenze dell'UE nell'area della cooperazione giudiziale in materia penale⁶⁰; (f) l'uso della clausola di flessibilità deve essere ugualmente preventivamente autorizzato da una legge⁶¹; (g) lo stesso discorso vale per l'uso da parte del Consiglio del freno di emergenza di cui agli articoli 48, 2° comma, 82, par. 3, e 83, par. 3, TFUE⁶².

Come si vede, i condizionamenti posti all'attività del membro tedesco del Consiglio europeo e del Consiglio sono notevoli. Appaiono perfettamente condivisibili quelli relativi alla procedura di approvazione di modifiche dei Trattati senza una ratifica da parte degli Stati membri, ma basate solo sul silenzio da parte dei Parlamenti nazionali o, addirittura, senza nemmeno prevedere un intervento di tali Parlamenti. Non appare, del resto, improbabile che questo atteggiamento venga condiviso dalle Corti costituzionali di altri Stati membri. In altri casi, come, per esempio, in relazione all'uso della clausola di flessibilità e del freno di emergenza restano alcune perplessità.

Sulla clausola di flessibilità, che finora non aveva creato problemi di costituzionalità, l'atteggiamento della Corte appare forse eccessivo, anche se basato sull'ampliamento, rispetto al testo precedente, della formulazione dell'art. 352, par. 1, TFUE, che fa ora riferimento ad azioni dell'UE necessarie "nel quadro delle politiche definite dai Trattati" e non più soltanto per il "funzionamento del mercato comune".

Sull'uso del freno di emergenza, l'atteggiamento della Corte appare, invece, incoerente. Ricordiamo che tale freno è previsto in materia di sicurezza sociale e penale e consiste nella possibilità per un membro del Consiglio di ottenere la sospensione della procedura legislativa ordinaria per l'adozione di alcuni provvedimenti nella materia ed investire della questione il Consiglio europeo. Tale freno di emergenza opera, quindi, nel senso della tutela delle prerogative nazionali ed in senso opposto a quello delle sopra menzionate passerelle. Sottoporre l'uso del freno di emergenza ad una previa autorizzazione da parte del Parlamento tedesco ha come paradossale conseguenza che, se il membro tedesco del Consiglio decide di non invocare il freno di emergenza, il Parlamento tedesco non può intervenire. Inoltre, la sentenza della Corte parla solo della necessità di

⁵⁸ Paragrafi 414-415 della sentenza.

⁵⁹ Par. 416 della sentenza.

⁶⁰ Par. 419 della sentenza. V. anche par. 366 della sentenza.

⁶¹ Par. 417 della sentenza. Infatti, la Corte sostiene che l'uso della clausola di flessibilità può portare l'UE a decidere sulle sue competenze. Pertanto il suo utilizzo può essere approvato dal membro tedesco del Consiglio solo previa approvazione del Parlamento tedesco (par. 328 della sentenza).

⁶² Par. 418 della sentenza

preventive istruzioni al membro tedesco del Consiglio e non a quello del Consiglio europeo, cui la questione, in ultima analisi, è rimessa⁶³.

5. La sentenza della Corte costituzionale tedesca rende un grande servizio alla causa dell'integrazione europea. Evitando ogni perniciosa retorica, la Corte addita con lucidità le contraddizioni insite nel processo di integrazione europea, implicitamente sottolineando il bivio cui si trova di fronte l'UE, che è ancora lo stesso bivio indicato dalla Dichiarazione di Laeken del 15 dicembre 2001.

Da una parte, non si può procedere oltre nel cammino dell'integrazione europea sulla base del metodo comunitario, data la carenza di legittimazione democratica delle istituzioni dell'UE e del *deficit* democratico che affligge i suoi processi decisionali. Forse, si è già passato il limite consentito dal principio di democrazia vigente in tutti gli Stati membri e la sentenza della Corte tende, appunto, a rimediare ad un clamoroso esempio di tale superamento. Non v'è spazio per un federalismo strisciante che aggiri la volontà dei popoli degli Stati membri. La retorica sui "principi democratici" dell'UE e il relativo coinvolgimento di cittadini europei e Parlamenti nazionali previsti dal Trattato di Lisbona non compensano affatto il *deficit* democratico di cui sopra. Tale *deficit*, del resto e in tutta obiettività, è condizione necessaria per la permanenza della sovranità degli Stati membri che caratterizza l'attuale stadio dell'integrazione europea e che risulterebbe compromessa dal superamento del *deficit* stesso.

Dall'altra, il superamento del *deficit* democratico e la conseguente legittimazione democratica dell'UE, entrambi indispensabili per procedere oltre nel processo di integrazione europea, porterebbero l'UE a somigliare ad uno Stato federale, con conseguente perdita della sovranità degli Stati membri, processo che non può essere affidato al funzionamento del metodo intergovernativo, ma che richiede una esplicita manifestazione di volontà dei popoli degli Stati membri attraverso i rispettivi Parlamenti nazionali, in ossequio al principio di democrazia di cui gli Stati europei vanno orgogliosi.

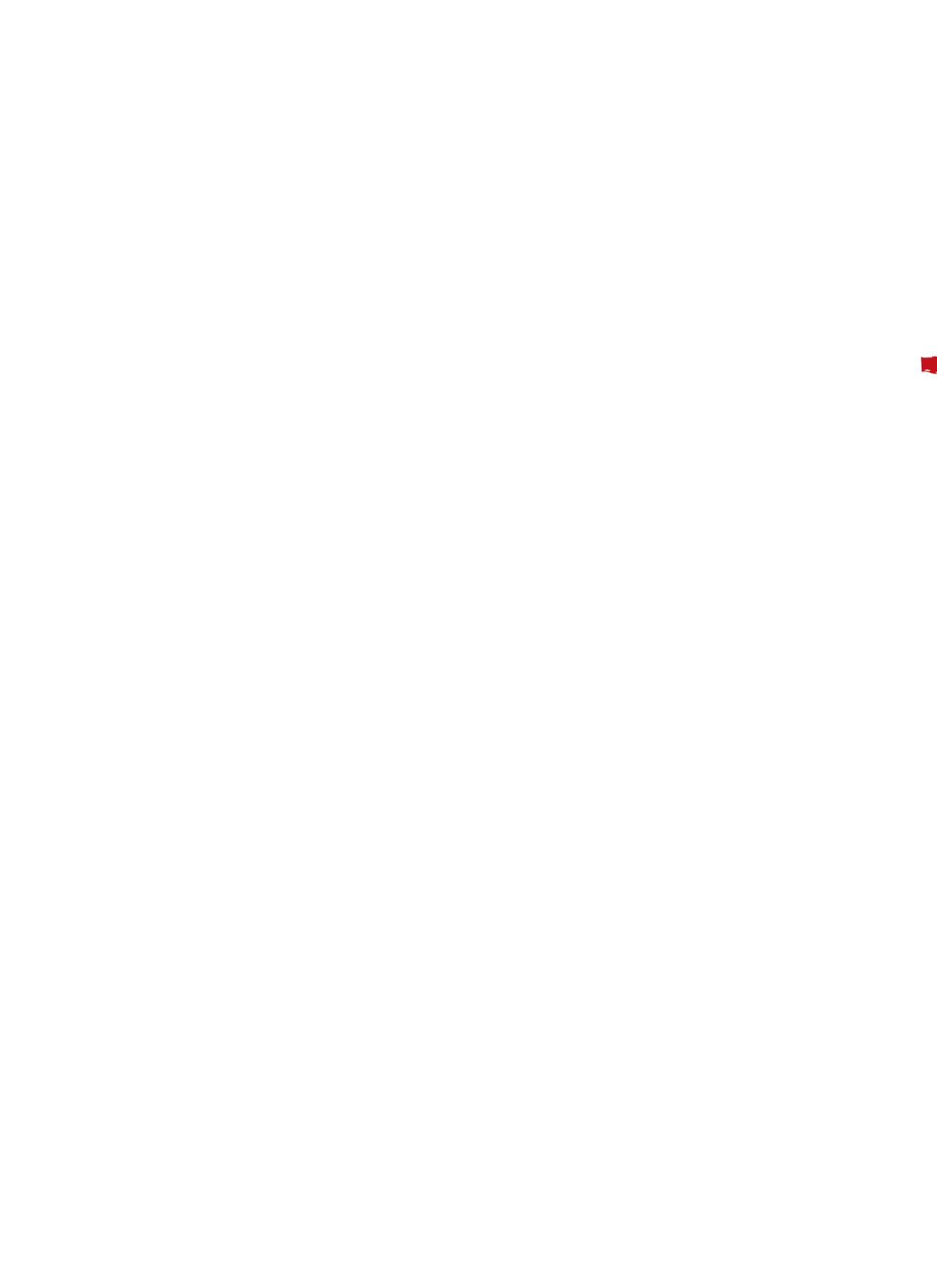
La Corte ci suggerisce, quindi, che né il metodo comunitario, né il metodo intergovernativo sono adeguati a fare fronte alle reali sfide dell'integrazione europea, tra cui la realizzazione di una politica estera, di difesa ed economica veramente uniche. Tali sfide possono essere affrontate solo con il metodo federale, che passa inevitabilmente per la volontà dei popoli degli Stati membri, al di fuori del sistema dell'UE come concepito finora. Il rischio è che l'UE, se non affronterà tali sfide, possa regredire gradualmente verso forme di cooperazione intergovernativa su basi essenzialmente economiche.

⁶³ Cfr., al riguardo, le interessanti osservazioni di D. HALBERSTAM, C. MOELLERS, *The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!"*, in *GLJ*, 2009, n. 8, p. 1243 s

Abstract

Short Notes on the Sentence of the German Constitutional Court of 30 June 2009 on the Lisbon Treaty

The German Constitutional Court has rendered, on June 30, 2009, an important award on the constitutionality of the German statutes approving and implementing the Lisbon Treaty. The Court views the EU as an international organisation and the EU legal order as a secondary order, derived from the one of the Member States, which remain the “masters of the Treaties”. The Court concludes that there is no incompatibility between the Treaty of Lisbon and the Constitution and, therefore, Germany can complete the ratification process. But, according to the Court, the accompanying German statute on the rights of Parliament in EU matters requires modification. This refers in particular to certain provisions of the Treaty of Lisbon that introduce a new simplified procedure for amending the European Treaties and the “passerelle” clauses pursuant to which the Member State governments will be able to move from unanimity to qualified majority voting on certain matters without particular treaty amendments requiring ratification by the Member States. Here, the Court requires that the representative of the German government in the European Council may only approve the application of those clauses after a specific statutory assent of Germany’s legislative bodies consistent with the normal situation of the treaty ratification under German constitutional law.



Licenze di diritti di proprietà intellettuale (IP) e regolamento comunitario sulla giurisdizione*

SOMMARIO: 1. Il caso *Falco*. – 2. La riconducibilità delle licenze di diritti IP non alla categoria di contratti di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)*, ma a quella generale dei contratti *ex art. 5, par. 1, lett. a)* del regolamento 44/2001. – 3. Rilievi sulla decisione della Corte. – 4. Il criterio del foro dell'esecuzione dell'obbligazione.

1. Nel caso *Falco* una fondazione austriaca titolare di diritti d'autore e connessi del defunto cantante austriaco Falco ed un ex membro del suo gruppo musicale avevano agito avanti all'*Handelsgericht* di Vienna contro una persona fisica domiciliata in Germania. Gli attori allegavano in particolare che essi erano titolari di diritti d'autore¹ relativi ad alcune esecuzioni di Falco e del suo gruppo; avevano attribuito alla convenuta una licenza di utilizzare in Austria, Germania e Svizzera alcune registrazioni video di un concerto, ma non le avevano concesso alcun diritto sulle registrazioni audio del medesimo concerto; la convenuta non aveva “pagato i corrispettivi di licenza dovuti sui volumi di vendita (...) delle registrazioni video” del concerto ed aveva inoltre distribuito copia delle registrazioni audio in Austria, Germania e Svizzera. Gli attori qualificavano il mancato pagamento delle *royalties* relative alle registrazioni video come inadempimento contrattuale e la distribuzione di quelle audio come una violazione dei loro diritti d'autore: e chiedevano al giudice austriaco di condannare la convenuta al pagamento dei compensi contrattuali relativi alle registrazioni video ed inoltre al risarcimento dei danni derivanti dall'utilizzo *sine titulo*, quindi illecito delle registrazioni audio.

* Questo studio espone una parte dei risultati di una ricerca finanziata dall'EPO-European Patent Office e dal Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law di Monaco, che qui ringrazio entrambi per la generosa e cordiale ospitalità. I siti internet di seguito indicati sono stati visionati per l'ultima volta il 26 giugno 2009.

¹ Alcune espressioni della sentenza *Falco* lasciano immaginare che nella causa avanti al giudice *a quo* gli attori abbiano azionato anche taluni diritti connessi. L'ordinanza della Corte di cassazione austriaca di rinvio alla Corte di giustizia, le conclusioni dell'Avvocato generale, e la sentenza della Corte di giustizia non precisano tuttavia espressamente quali erano questi possibili diritti. Il seguito di questo studio parlerà perciò esclusivamente di diritti d'autore.

Il giudice austriaco di primo grado constatava che l'attività litigiosa era avvenuta anche in Austria; affermava la sua giurisdizione *ex art. 5, par. 3* del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (di seguito regolamento 44/2001 o regolamento Bruxelles I)² in relazione all'azione *ex delicto* relativa all'utilizzazione non autorizzata delle registrazioni audio; e si dichiarava competente anche a conoscere dell'azione contrattuale di pagamento dei compensi riguardanti le registrazioni video, "in virtù dello stretto collegamento" esistente tra le due azioni contrattuale ed *ex delicto*. Il giudice di appello confermava la propria giurisdizione sulla domanda relativa all'illecito extracontrattuale, mentre la declinava per quello contrattuale, in quanto l'obbligazione controversa in causa era quella pecuniaria di pagamento delle *royalties*-compensi; secondo i diritti materiali austriaco e tedesco essa andava perciò adempiuta al domicilio del debitore e dunque in Germania; e conseguentemente l'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001 fondava la giurisdizione del giudice tedesco anziché di quello austriaco. Gli attori proponevano allora ricorso alla Corte di cassazione austriaca; sostenevano in particolare che il contratto di licenza di diritti d'autore e connessi era riconducibile alla categoria degli accordi di "prestazione di servizi" *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento 44/2001; sottolineavano che in relazione a questi contratti l'art. 5, par. 1, lett. b) fonda la giurisdizione del "luogo (...) in cui i servizi (...) avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto"; e concludevano per l'esistenza della giurisdizione austriaca. A sua volta l'*Oberster Gerichtshof* rimetteva la causa alla Corte di giustizia delle Comunità europee, chiedendole l'interpretazione pregiudiziale dell'art. 5, par. 1 del regolamento 44/2001³ su alcuni quesiti, di cui il primo chiedeva in particolare "se un contratto con il quale il titolare di un diritto di proprietà intellettuale concede alla controparte la facoltà di sfruttare tale diritto (contratto di licenza) costituisca un contratto avente ad

² Il regolamento, pubblicato in *GUCE* L 12, 16 gennaio 2001, p. 1 ss., ha trasformato in atto comunitario (comunitarizzato) la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968. Il 21 aprile 2009 la Commissione ha sottoposto al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo una "relazione (...) sull'applicazione" del regolamento 44/2001, documento COM(2009)174 def. (in eur-lex.eu, reperibile *on line*) ed ha emanato anche un libro verde sulla sua revisione, documento COM(2009)175 def. (reperibile *on line* sul medesimo sito). Sul regolamento Bruxelles I v. per tutti A. BONOMI, *Il sistema della competenza giurisdizionale nel Regolamento "Bruxelles I"*, in A. BONOMI, (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, 2009, 55 ss. V. anche gli studi citati nelle note successive.

³ Sull'art. 5, par. 1 del regolamento Bruxelles I pendono attualmente dinanzi alla Corte di giustizia alcune domande di pronunce pregiudiziali (cause C-204/08; C-381/08; C-19/09; C-147/09 reperibili *on line* sul sito curia.europa.eu). Cfr. A. DE FRANCESCHI, *Il locus destinatae solutionis nella disciplina comunitaria della competenza giurisdizionale*, in *Contr. Imp./E.*, 2008, p. 661; P. MANKOWSKI, *Der Erfüllungsortsbegriff unter Art. 5 Nr 1 lit b EuGVVO – ein immer größer werdendes Rätsel? Aus Anlass der Vorlage BGH 9.7.2008 – VIII ZR 184/07*, in *Internationales Handelsrecht*, 2009, p. 45; M. MICHA, *Distance Selling – Distinction between the Sale of Goods and the Provision of Services for the Purpose of Article 5(1) (b) Brussels I Regulation and Determination of the Place of Delivery*, in *ELF*, 2009, p. 1-6.

oggetto una ‘prestazione di servizi’ ai sensi dell’art. 5, punto 1), lett. b), del regolamento n. 44/2001”. Nel giudizio che ne seguiva, causa C-533/07; l’Avvocato generale Trstenjak ha presentato le proprie conclusioni il 27 gennaio 2009 e la Corte di giustizia ha pronunciato la sua sentenza il 23 aprile 2009⁴.

Nel caso *Falco* la giurisdizione austriaca non era radicata dalla regola generale del domicilio del convenuto (che era ubicato in Germania). Per l’azione *ex delicto* la giurisdizione austriaca era sicuramente fondata dall’art. 5, par. 3 del regolamento Bruxelles I e dal suo criterio del “luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto”. Secondo la sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1995, *Shevill*⁵, tuttavia, l’“espressione ‘luogo in cui l’evento dannoso è avvenuto’ (...), in caso di diffamazione mediante un articolo di stampa diffuso in più Stati contraenti, deve essere interpretata nel senso che la vittima può esperire nei confronti dell’editore un’azione di danni sia dinanzi ai giudici dello Stato contraente del luogo ove è stabilito l’editore della pubblicazione diffamatoria, i quali sono competenti a pronunciarsi sul risarcimento dei danni derivanti dalla diffamazione nella loro integrità, sia dinanzi ai giudici di ciascuno Stato contraente dove la pubblicazione è stata diffusa e dove la vittima assume aver subito una lesione della sua reputazione, i quali sono competenti a conoscere dei soli danni cagionati nello Stato del giudice adito”. Ed ai sensi della giurisprudenza *Shevill* la giurisdizione austriaca sull’uso non autorizzato delle registrazioni audio *ex art. 5, par. 3⁶* si estendeva quindi all’accertamento dell’illecito eventualmente commesso in Austria, riguardava anche la condanna al risarcimento dei danni sofferti in Austria, ma non si estendeva a quelli verificatisi in Germania e Svizzera⁷.

Più problematico era invece argomentare la giurisdizione austriaca in relazione all’azione contrattuale di pagamento dei compensi per la licenza. Il giudice di primo grado aveva rilevato che le due azioni extracontrattuale e contrattuale

⁴ Sentenza e conclusioni sono reperibili soltanto *on line* sul sito curia.eu. Sulla sentenza *Falco* v. il commento di P. DE MIGUEL, di prossima pubblicazione in *REDI*, 2009.

⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 7 marzo 1995, causa C-68/93, *Shevill*, *Raccolta*, p. I-415.

⁶ Si discute sull’*an* e sul *quomodo* dell’applicazione della giurisprudenza *Shevill* alla proprietà intellettuale. Sul punto v. per tutti: J. FAWCETT, P. TORREMANS, *Intellectual Property in Private International Law*, Oxford, 1998, p. 161 ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Cross-Border Adjudication of Intellectual Property Rights and Competition between Jurisdictions*, in *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, 2007, p. 123; C. HEINZE, *Jurisdiction under the CLIP Principles*, Tokyo, May 9, 2009, in www.tomeika.jur.kyushu-u.ac.jp, reperibile *on line*, par. IV.3.a); M. SCHAUWECKER, *Extraterritoriale Patentreletzungsjurisdiktion*, München, 2009, p. 123 ed ivi i necessari riferimenti. Mi permetto di rinviare anche a B. UBERTAZZI, Nota ad App. Milano, 16 luglio 1999, in *Annali italiani del diritto d’autore, della cultura e dello spettacolo*, 2000, p. 777.

⁷ Sulla legge regolatrice del risarcimento dei danni per violazione di diritti IP v. l’art. 8 del regolamento (CE) n. 864/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell’11 luglio 2007, sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II), *GUUE* L 199, 31 luglio 2007, p. 40. Sull’art. 8 e sui suoi lavori preparatori v. per tutti: N. BOSCHIERO, *Infringement of Intellectual Property Rights. Comment on Article 8 of the Rome II Regulation*, in *Yearbook of Private International Law*, 2007, p. 87 ss. ed ivi i riferimenti necessari.

esercitate in causa avevano in comune le parti, le canzoni interpretate, la loro esecuzione, i territori di sfruttamento dei relativi diritti IP: ed aveva ritenuto che la giurisdizione austriaca si estendesse dall'azione *ex delictu* ai sensi dell'art. 5, par. 3 anche a quella contrattuale, in quanto la seconda era "strettamente connessa" alla prima. In realtà il tema della connessione è regolato dagli articoli 6 e 27 del regolamento 44/2001⁸. L'art. 27 riguarda tuttavia soltanto il coordinamento tra cause pendenti di fronte a giudici di Stati membri distinti: e non si applicava dunque al caso *Falco*, che vedeva adita una sola autorità giudicante, e precisamente quella austriaca. A sua volta l'art. 6 del regolamento 44/2001 non era applicabile in causa, in quanto non attribuisce al cumulo oggettivo di domande rilievo sufficiente ad estendere la giurisdizione esistente per una di esse anche alle altre domande cumulate. E si comprende perciò che la Corte di appello austriaca non abbia condiviso l'opinione del giudice di primo grado e non si sia ritenuta dotata di giurisdizione per connessione.

Gli attori del giudizio nazionale *a quo* avevano allora affermato che il contratto azionato in causa doveva venir qualificato come un accordo relativo alla "prestazione di servizi" *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento 44/2001; i servizi prestati dalla fondazione e dal suo litisconsorte erano eseguiti in Austria; ed il giudice austriaco aveva dunque giurisdizione⁹. Se la qualificazione del contratto di licenza proposta dagli attori non poteva invece essere accolta, allora secondo l'art. 5, par. 1, lett. c) del regolamento 44/2001 "la lettera a) si applica nei casi in cui non è applicabile la lettera b)" dell'art. 5, par. 1, e di conseguenza la giurisdizione era determinata dal criterio "del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita" previsto dall'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001. E l'*Oberster Gerichtshof* ha ritenuto opportuno chiedere alla Corte un'interpretazione pregiudiziale su due questioni principali, di cui la prima riguardava la nozione di contratto di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento 44/2001; e l'altra, conseguenziale, concerneva il criterio del luogo di adempimento dell'obbligazione contrattuale *ex art. 5, par. 1, lett. a)*.

2. La Corte ha esaminato anzitutto la prima questione, che riguardava la ricostruzione della nozione di contratto di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento 44/2001 e ad un tempo la verifica dell'estensione di questa categoria anche agli accordi di licenza di diritti IP.

Cominciamo dalla nozione di contratto di prestazione di servizi. A questo proposito è noto che esistono due metodi principali di ricostruzione delle categorie comunitarie di diritto internazionale privato e processuale. Un primo metodo di qualificazione è quello c.d. "conflittuale", e prevede che le categorie delle norme di conflitto e di giurisdizione comunitarie devono venire ricostruite alla luce del diritto materiale di un solo Stato, e precisamente di quello che regola la fattispecie

⁸ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Litispendenza e connessione internazionale. Strumenti di coordinamento tra giurisdizioni statali in materia civile*, Napoli, 2008, *passim*.

⁹ V. il punto 22 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

secondo il diritto internazionale privato del foro¹⁰. Un secondo metodo di qualificazione delle norme di conflitto e di giurisdizione comunitarie è quello “autonomo” o “comparatistico”, per cui le categorie di diritto internazionale privato degli atti comunitari devono essere ricostruite non in base alla legge di uno Stato bensì “riferendosi da una parte agli obiettivi ed al sistema del trattato”¹¹ o del singolo atto in questione¹² “e, d’altra parte, ai principi generali che discendono dall’insieme dei sistemi giuridici degli Stati membri”¹³.

In questo quadro la tesi assolutamente prevalente ritiene che la categoria di contratti di prestazione di servizi deve essere ricostruita in modo autonomo¹⁴. E la sentenza *Falco* ha perciò giustamente accolto questa tesi, ritenendo che la nozione di accordi di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* non debba essere qualificata dalla *lex contractus* ma debba essere interpretata in modo autonomo e quindi “alla luce della genesi, degli obiettivi e dell’impianto sistematico del (...) regolamento” 44/2001¹⁵.

In questo quadro occorre chiedersi se gli accordi di licenza del genere di quello *sub iudice* nel caso *Falco* rientrano nella categoria autonoma di contratti di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento 44/2001. Le convenzioni internazionali non aiutano a ricostruire la categoria dei contratti di licenza di diritti IP¹⁶: esse prevedono infatti la facoltà di “trasferire” contrattualmente questi diritti, a volte obbligano anche gli Stati membri ad introdurre regole di forma e di registrazione dei relativi contratti, ma per il resto ne lasciano la disciplina ulteriore ai singoli Stati¹⁷. Così pure il diritto comunitario non qua-

¹⁰ Sull’applicazione di questo metodo v. l’ultimo par. di questo studio.

¹¹ Così la sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 1976, causa 29/76, *LTU c. Eurocontrol*, *Raccolta*, p. 1541, massima 1.

¹² Cfr. il punto 42 delle conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 18 luglio 2007, nella causa C-175/06, *Tedesco*, *Raccolta*, I-7929. Su tale caso v. C. HEINZE, *Beweissicherung im europäischen Zivilprozessrecht*, in *Praxis des Internationalen Privat – und Verfahrensrechts*, 2008, p. 480; L. FUMAGALLI, *Il caso “Tedesco”: un rinvio pregiudiziale relativamente al Regolamento n. 1206/2001*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Liber Fausto Pocar*, II, Milano, 2009, p. 391 ss. Mi permetto di rinviare anche a B. UBERTAZZI, *Il regolamento comunitario sulle prove e la descrizione della contraffazione*, in *RDIPP*, 2008, p. 689.

¹³ Così la sentenza *LTU c. Eurocontrol*, cit., massima 1.

¹⁴ Vedi A. LAYTON, H. MERCER (eds.), *European Civil Practice*, London, 2004, II ed., p. 451; P. FRANZINA, *La giurisdizione in materia contrattuale*, Padova, 2006, p. 303; P. MANKOWSKI, *Article 5*, in U. MAGNUS, P. MANKOWSKI (eds.), *Brussels I Regulation*, München, 2007, p. 130; P. BERLIOZ, *La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1b) du règlement Bruxelles I*, in *JDI*, 2008, p. 678 ed ivi i riferimenti giurisprudenziali.

¹⁵ Così il punto 20 della sentenza *Falco*.

¹⁶ V. il punto 49 delle conclusioni dell’Avvocato generale Trstenjak.

¹⁷ V., ad esempio, l’Accordo dell’Aja sulla registrazione internazionale dei disegni e modelli, che all’art. 12 regola la trascrizione degli atti; la Convenzione di Monaco sul brevetto europeo, secondo cui la “cessione della domanda di brevetto europeo deve essere fatta con atto scritto e richiede la firma delle parti contraenti” (così l’art. 72); ed il regolamento di esecuzione della Convenzione di Monaco ora detta, che agli articoli 20, 21 e 22 riguarda la trascrizione degli atti. Sui necessari riferimenti relativi a questi atti mi permetto di rinviare a B. UBERTAZZI, *La legge applicabile ai contratti di trasferimento di tecnologia*, in *Riv. dir. ind.*, 2008, I, p. 118; ed in *Actas de*

lifica espressamente i contratti relativi a diritti IP del genere di quello *sub iudice* nel caso *Falco*¹⁸: perché disciplina anch'esso la facoltà di “trasferire” contrattualmente i diritti IP, a volte obbliga anche gli Stati membri ad introdurre norme di forma e di registrazione degli accordi, ma per il resto ne lascia la regolamentazione ulteriore ai singoli Stati¹⁹. Così ancora i diritti materiali della maggior parte dei Paesi UE (tra cui l'Italia) non aiutano a ricostruire la nozione autonoma di contratti di licenza del genere di quello azionato nel caso *Falco*²⁰: perché questi diritti non prevedono una regolamentazione generale ad essi espressamente relativa e lasciano perciò all'autonomia privata la possibilità di forgiare una serie indefinita di contratti atipici del genere di quello *sub iudice*. Nei diritti materiali²¹ dei diversi Stati i contratti atipici di licenza di diritti IP possono avere causa semplice: come avviene ad esempio nell'accordo azionato in giudizio nel caso *Falco*. I contratti di licenza possono alle volte avere invece causa mista: come avviene ad esempio nel caso di conferimento di (licenze di) diritti IP in società²², ove l'accordo ha la causa propria della licenza dei diritti e ad un tempo quella tipica del conferimento di beni per “dotare la società del capitale di rischio iniziale per lo svolgimento dell'attività di impresa”²³. I contratti ora in esame possono poi essere complessi: come avviene con le licenze incrociate di diritti IP, che nell'ambito di un'operazione complessa vedono entrambi i contraenti

derecho industrial, 2006-2007, p. 447. In particolare sulla Convenzione sul brevetto comunitario v. anche la nota 43 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

¹⁸ V. il punto 49 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

¹⁹ V. ad esempio il regolamento (CE) n. 2100/94 del Consiglio, del 27 luglio 1994, concernente la privativa comunitaria per ritrovati vegetali, *GUCE L 227*, 1° settembre 1994, p. 1 ss., che all'art. 23 regola forma e trascrizione; il regolamento (CE) n. 6/2002 del Consiglio, del 12 dicembre 2001, su disegni e modelli comunitari, *GUCE L 3*, 5 gennaio 2002, p. 1 ss., che agli articoli 27, 32 e 33 disciplina ancora una volta forma e trascrizione; l'art. 4, paragrafi 4, 5 e 6 della direttiva sui *microchips* – direttiva 87/54/CEE del Consiglio, del 16 dicembre 1986, sulla tutela giuridica delle topografie di prodotti a semiconduttori, *GUCE L 24*, 27 gennaio 1987, p. 36 ss. –, che obbligano gli Stati membri ad introdurre alcune regole di forma e di registrazione dei trasferimenti dei relativi diritti; e l'art. 4, par. 3 della medesima direttiva, che facoltizza inoltre gli Stati membri ad “esigere che i trasferimenti dei diritti sulle topografie tutelate siano registrati”. Per i necessari riferimenti relativi a questi atti v. B. UBERTAZZI, *La legge*, cit., p. 121. Per altri esempi di atti comunitari rilevanti sul punto v. la nota 41 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

²⁰ V. il punto 48 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

²¹ V. anche per tutti: P. DE MIGUEL ASENSIO, *Applicable Law in the Absence of Choice to Contracts Relating to Intellectual or Industrial Property Rights*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, p. 212; P. TORREMANS, *Licenses and Assignments of Intellectual Property Rights under the Rome I Regulation*, in *Journal of Private International Law*, 2008, p. 405; N. BOSCHIERO, *I contratti relativi alla proprietà intellettuale alla luce della nuova disciplina comunitaria di conflitto. Analisi critica e comparatistica*, in N. BOSCHIERO (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, 2009, p. 520.

²² Sulla conferibilità in società di diritti di IP cfr. per tutti: G. PORTALE, *I conferimenti in natura “atipici” nella SpA: profili critici*, Milano, 1974, p. 2; M. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2004, p. 182; A. GRAZIANI, G. MINERVINI, U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2004, p. 224.

²³ Così M. CAMPOBASSO, *op. cit.*, p. 179. V. anche P. DE MIGUEL ASENSIO, *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, Madrid, 2000, II ed., p. 91.

“trasferirsi” i diritti IP di cui sono titolari, o come avviene anche con gli accordi di *franchising*, che hanno sempre “tante singole cause quante sono di volta in volta le operazioni che le parti realizzano (compravendita, somministrazione, cessione dei diritti, licenza di marchio e di brevetto, assistenza tecnica)”²⁴.

In questa situazione una prima tesi è stata proposta tra l'altro dalla Commissione, che qualifica gli accordi di licenza del genere azionato nel caso *Falco* come contratti di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)*, ed invoca a questo fine due diversi argomenti²⁵.

Il primo rileva che il diritto comunitario primario relativo alla libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali qualifica come servizio le attività che non rientrano nelle categorie di (prestazioni relative a) merci, persone e capitali, e così facendo introduce una nozione residuale di servizi, che “è oggetto di una definizione in senso ampio”²⁶ idonea a ricomprendervi tutte le attività escluse dalle altre tre categorie di libertà. Così pure il diritto comunitario secondario relativo all'IVA²⁷ assoggetta a tributo comunitario le “cessioni di beni” da un lato e le attività relative a servizi dall'altro, ed introduce così anch'esso una nozione residuale di servizi, che è oggetto di una definizione in senso ampio idonea a comprendere tutte le attività economiche che non rientrano nella categoria della “cessione di beni”. L'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento 44/2001 non indica di voler adottare una nozione più stretta di servizi; il criterio dell'interpretazione letterale suggerisce allora di leggere in modo estensivo anche l'art. 5, par. 1, lett. b), e di includervi perciò anche i contratti di licenza.

Il secondo argomento ricorda che l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles prevede un sistema complesso di determinazione della competenza in materia contrattuale, che si avvicina al limite del circolo vizioso, in quanto il giudice “anzitutto deve accertare quale obbligazione contrattuale costituisca l'oggetto della controversia tra le parti; successivamente deve determinare, sulla base delle norme di diritto internazionale privato del suo ordinamento, la legge sostanziale applicabile al rapporto giuridico tra le parti (*lex causae*); infine, sulla base di tale legge sostanziale, deve stabilire dove si trovi il luogo di adempi-

²⁴ Cfr. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 1353. V. anche P. DE MIGUEL ASENSIO, *op. ult. cit.*, p. 84 ss.

²⁵ V. Il punto 22 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

²⁶ Così il punto 23 della conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak. Una nozione ampia di contratti di prestazione di servizi è utilizzata in realtà anche dalla direttiva 2006/123 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, sui servizi nel mercato interno, *GUUE* L 376, 27 dicembre 2006, p. 36 e dal 19° “considerando” del regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I), *GUUE* L 177, 4 luglio 2008, p. 6. Sul punto v. N. BOSCHIERO, *I contratti*, cit., p. 518 ed ivi ulteriori riferimenti. Su questo regolamento in generale v. per tutti: P. LAGARDE, A. TENENBAUM, *De la Convention de Rome au règlement Rome I*, in *Rev. cr. DIP*, 2008, p. 727 e N. BOSCHIERO (a cura di), *op. cit.*, *passim* ed ivi i riferimenti. Mi permetto di rinviare anche a B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008, *passim*, ed ivi i necessari ulteriori riferimenti.

²⁷ V. i riferimenti alla nota 13 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

mento dell'obbligazione contrattuale controversa"²⁸: e con ciò la determinazione del foro è partita dalla giurisdizione per passare poi alla legge applicabile e ritornare infine alla giurisdizione. Questo meccanismo della Convenzione di Bruxelles era stato criticato nel corso dei lavori preparatori del regolamento 44/2001: tra l'altro perché rende "imprevedibile" la giurisdizione (difatti "è possibile che la *lex causae* nei diversi Stati membri individui un differente luogo di adempimento per uno stesso tipo di obbligazioni" e "renda competenti giudici diversi nell'ipotesi in cui sulla base di un unico rapporto contrattuale vengano instaurate più cause"²⁹); la individua in un giudice che non "presenta il più stretto collegamento con la controversia" (difatti la verifica sulla base del luogo di adempimento della prestazione non caratteristica del contratto ma dedotta in giudizio³⁰); e "complica" il processo (difatti "l'individuazione del giudice competente risulta in pratica esageratamente difficile"³¹). Il regolamento 44/2001 ha allora tenuto fermo il meccanismo della Convenzione di Bruxelles soltanto con la regola dell'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001; essa è apparentemente una clausola generale; il suo ambito di applicazione è stato tuttavia limitato di molto dall'art. 5, par. 1, lett. b) ed ha dunque una portata sostanzialmente residuale; e con l'art. 5, par. 1, lett. b) il legislatore comunitario ha voluto adottare una nozione autonoma e circoscrivere l'area di applicazione del "quasi circolo vizioso" introdotto dal precedente art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles³². In questo quadro l'interpretazione storico-teleologica suggerisce perciò di leggere la regola ora detta dell'art. 5, par. 1, lett. b) in modo estensivo.

I due argomenti ora detti non sono stati condivisi dalla sentenza *Falco*. Il primo non è stato condiviso per due ragioni. Anzitutto la categoria di servizi prevista dalle regole comunitarie ora dette sulla circolazione dei servizi deve essere interpretata in modo estensivo per "far sì che il maggior numero di attività economiche non ricadenti nell'ambito della libera circolazione dei beni, dei

²⁸ Così il punto 80.

²⁹ Così il punto 82.

³⁰ Così la nota 87 delle conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak.

³¹ Così il punto 82.

³² Anche se il circolo vizioso rimane quantomeno in parte anche riguardo all'art. 5, par. 1, lett. b), perché secondo l'opinione prevalente i luoghi di consegna dei beni o di prestazione dei servizi devono venire identificati-qualificati (anzitutto dal contratto ed in mancanza) secondo la *lex contractus* e le norme di diritto materiale uniforme volta a volta applicabili. Vedi A. LAYTON, H. MERCER (eds.), *op. cit.*, p. 449, che si riferiscono ad un'"apparent circularity". V. più specificamente B. HESS, T. PFEIFFER, P. SCHLOSSER, *The Brussels I Regulation 44/2001*, München, 2008, p. 54 ed ivi i riferimenti. Sul punto v. anche P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 391; F. POCAR, *The New Lugano Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, p. 6; P. SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht*, München, 2009, III ed., p. 56 secondo cui "die Ansicht der Kommission in der Vorbereitung der EuGVVO, auf einen allseits erkennbaren rein 'faktischen' Lieferort abstellen zu können ist illusionär". V. infine F. POCAR, *Explanatory Report on the Convention on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters Signed in Lugano on 30 October 2007*, p. 32, in www.ejpd.admin.ch, reperibile *on line*. Per una ricostruzione delle varie tesi esistenti in materia v. A. DE FRANCESCHI, *op. cit.*, p. 652.

capitali, o delle persone non sia escluso dall'applicazione del Trattato CE"³³. La categoria di servizi prevista dalle direttive comunitarie sopra ricordate sull'IVA dev'essere poi interpretata in senso ampio perché queste direttive "considerano quali operazioni imponibili all'interno del territorio della Comunità soltanto due categorie di attività economiche, ossia la cessione di beni e la prestazione di servizi" ed adottano perciò "una definizione negativa" di servizi "che è, per sua stessa natura, necessariamente ampia, dal momento che la nozione di 'prestazione di servizi' viene ivi definita come ogni operazione che non costituisca cessione di beni"³⁴. L'art. 5, par. 1 del regolamento 44/2001 si applica invece comunque a qualsiasi contratto, e non soltanto a quelli di vendita di beni e di prestazione di servizi; la sua categoria di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* non è dunque residuale; al contrario la nozione residuale *ex art. 5* è quella prevista dalla sua *lett. a)*; e di conseguenza non vi è alcuna esigenza di interpretare la nozione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* in modo estensivo e "secondo il metro delle soluzioni"³⁵ del diritto comunitario relativo alla libera circolazione dei servizi. In secondo luogo, la sentenza *Falco* ha ricordato che "il sistema e l'economia delle norme sulla competenza enunciate dal regolamento 44/2001 pongono la necessità (...) di interpretare restrittivamente le norme sulle competenze speciali"³⁶; tra queste ultime rientra anche l'art. 5, par. 1, lett. b) qui in esame; e di conseguenza la sua categoria (anche) di servizi non deve essere qualificata in modo estensivo ma deve venire ricostruita in senso riduttivo.

La Corte di giustizia, nella sentenza *Falco*, non ha inoltre condiviso nemmeno il secondo argomento: perché con il criterio di giurisdizione previsto dall'art. 5, par. 1, lett. b) per i contratti di compravendita e di servizi il legislatore comunitario ha perseguito un obiettivo diverso da quello proprio del criterio del luogo di adempimento dell'obbligazione adottato dall'art. 5, par. 1, lett. a) per tutti gli altri contratti; il primo criterio persegue un obiettivo di "certezza"³⁷, mentre il secondo vuole soddisfare un'esigenza di prossimità³⁸; il legislatore comunitario non ha voluto considerare il primo criterio come prevalente rispetto al secondo; e la Corte segnala giustamente che "estendere l'ambito di applicazione dell'art. 5, punto 1, lett. b), secondo trattino, del regolamento n. 44/2001 avrebbe l'effetto di eludere l'intenzione del legislatore comunitario a questo riguardo e pregiudicherebbe l'effetto utile dell'art. 5, punto 1, lett. (...) a)"³⁹.

La sentenza *Falco* afferma allora che quando "il titolare di un diritto di proprietà intellettuale concede alla controparte la facoltà di sfruttarlo in cambio del paga-

³³ Così il punto 35 della sentenza *Falco*.

³⁴ Così il punto 39.

³⁵ Così il punto 34.

³⁶ Così il punto 37.

³⁷ Così il punto 22.

³⁸ V. il punto 24.

³⁹ Così il punto 43.

mento di un corrispettivo”⁴⁰ il contratto di licenza non rientra nella categoria degli accordi di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento 44/2001.

Questa conclusione è argomentata dalla Corte sulla base soltanto del criterio dell’interpretazione testuale: affermando che “la nozione di servizi implica, quanto meno, che la parte che li fornisce effettui una determinata attività”⁴¹: mentre il titolare di un diritto IP che ne concede l’utilizzo assume nei confronti della controparte “unicamente l’obbligo di non contestarne” l’esercizio, ma non deve tenere alcun comportamento attivo⁴². E la prima delle due affermazioni ora dette della Corte, relativa al riferimento usuale della parola servizio ad un’attività positiva e non invece ad un comportamento negativo, di astensione, sembra *self evident*, ed è confermata dalla giurisprudenza prevalente degli Stati UE, che interpretano la categoria di servizi come comprensiva soltanto di prestazioni corrispondenti ad un’obbligazione (non negativa di astensione ma) positiva di fare⁴³.

Le conclusioni della Corte sono suggerite anche da un argomento adombrato dall’Avvocato generale Trstenjak e qui sviluppato. L’argomento, precisamente, è tratto dal criterio dell’interpretazione sistematica *stricto sensu*, e cioè dalla lettura del regolamento Bruxelles I nel contesto dell’intero sistema di diritto internazionale privato comunitario, ed in particolare tenendo conto del regolamento Roma I⁴⁴. L’art. 4 della proposta della Commissione che ha condotto a questo regolamento individuava⁴⁵ la legge applicabile (tra l’altro) agli accordi relativi alla prestazione di servizi e rispettivamente alla “proprietà intellettuale o industriale”; sottoponeva i primi alla legge dello Stato in cui il prestatore di servizi ha la propria residenza abituale ed i secondi a quella del Paese “nel quale colui che trasferisce o concede i diritti ha la residenza abituale”; così facendo “tipizzava” allora “la prestazione caratteristica, cioè ne individuava la prestazione da ritenere (obbligatoriamente) come tale”⁴⁶, ed identificava in particolare la prestazione caratteristica degli accordi di prestazione di servizi in quella del prestatore del servizio e la prestazione caratteristica dei contratti relativi a diritti IP in quella del licenziante. Questa proposta veniva tuttavia duramente criticata da chi ravvisava la prestazione caratteristica degli accordi concernenti diritti IP in quella del licenziatario anziché

⁴⁰ Così il punto 15.

⁴¹ Così il punto 29. V. anche il punto 56 delle conclusioni dell’Avvocato generale.

⁴² Così il punto 31 della sentenza.

⁴³ V. di prossima pubblicazione in *unalex workshop* (www.unalex.eu) la decisione dell’OGH (AT) 7 febbraio 2006, 4 Nc 5/06g, Case AT-266, secondo cui “der Begriff der Dienstleistung” *ex art. 5, par. 1, lett. b)* regolamento Bruxelles I “umfasst alle Verträge, die eine tätigkeitsbezogene Leistung zum Gegenstand haben oder bei denen ein tatsächlicher Erfolg geschuldet wird”. V. nel medesimo senso, *ibidem*, OGH (AT) dell’8 maggio 2008, 60b63/08w, Case AT-348; OGH (AT) del 17 febbraio 2005, 6 Ob 148/04i, Case AT- 109. In senso contrario v. tuttavia P. BERLIOZ, *op. cit.*, p. 687.

⁴⁴ V. per tutti: P. SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁵ In mancanza di scelta di legge.

⁴⁶ Cfr. U. VILLANI, *La legge applicabile in mancanza di scelta tra vecchia e nuova disciplina*, in AA. VV., *Il nuovo diritto europeo dei contratti: dalla Convenzione di Roma al regolamento «Roma I»*. Atti del convegno (Bari, 23-24 marzo 2007), Milano, 2008, p. 70.

del licenziante⁴⁷; “in seno al Consiglio” non si creava allora “un consenso in ordine alla questione di quale fosse la parte contrattuale tenuta a fornire la prestazione caratteristica di tale tipo di contratti”⁴⁸; la formulazione definitiva dell’art. 4 del regolamento Roma I manteneva perciò la categoria dei contratti di prestazione di servizi ma eliminava invece quella degli accordi riguardanti diritti IP⁴⁹; secondo le conclusioni dell’Avvocato generale Trstenjak nel caso *Falco* i lavori preparatori del regolamento Roma I rendevano tuttavia “evidente” che “non era necessario ricondurre i contratti in parola nella categoria dei contratti di prestazione di servizi”⁵⁰. Secondo l’interpretazione storica del regolamento Roma I i contratti relativi a diritti IP rientrano allora nella sua categoria generale di accordi anziché in quella particolare di contratti di prestazione di servizi⁵¹. Il regolamento Roma I costituisce un atto di diritto internazionale privato comunitario al pari del regolamento 44/2001. Secondo l’interpretazione sistematica il primo può allora contribuire ad interpretare le disposizioni del secondo. E ciò è d’altro canto ricordato espressamente dal 7° e dal 17° “considerando” del regolamento Roma I, secondo cui “il campo di applicazione materiale e le disposizioni del presente regolamento dovrebbero essere coerenti con il regolamento” Bruxelles I, ed “è opportuno dare alla nozione di ‘prestazione di servizi’ (...) la stessa interpretazione utilizzata nell’applicazione dell’articolo 5 del regolamento (CE) n. 44/2001”.

A me pare che l’argomento addotto dalla sentenza *Falco* e quello invocato dall’Avvocato generale Trstenjak siano ragionevolmente condivisibili⁵². Ed essi possono essere affiancati dai seguenti argomenti ulteriori.

La conclusione della sentenza *Falco* è anzitutto suffragata da un’interpretazione sistematica *lato sensu* del regolamento 44/2001, e cioè della sua lettura nel

⁴⁷ Cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 70. V. anche CLIP, *Intellectual Property and the Reform of Private International Law – Sparks from a Difficult Relationship*, in *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2007, p. 290; P. DE MIGUEL ASENSIO, *Applicable*, cit., p. 212; P. TORREMANS, *Licenses*, cit., p. 403; N. BOSCHIERO, *Spunti critici sulla nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti relativi alla proprietà intellettuale in mancanza di scelta ad opera delle parti*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *op. cit.*, p. 151. Per le specificità relative ai contratti sul diritto d’autore v. A. METZGER, *Transfer of Rights, License Agreements, and Conflict of Laws: Remarks on the Rome Convention of 1980 and the Current ALI Draft*, in J. BASEDOW, J. DREXL, A. KUR, A. METZGER (eds.), *Intellectual Property in the Conflict of Laws*, Tübingen, 2005, p. 77; H. SCHACK, *Internationally Mandatory Rules in Copyright Licensing Agreements*, *ivi*, p. 114.

⁴⁸ Così il punto 68 delle conclusioni dell’Avvocato generale.

⁴⁹ Il regolamento individua tuttavia ancora espressamente la legge applicabile ai contratti di *franchising* e di distribuzione. Vedi M. E. ANCEL, *The Rome I Regulation and Distribution Contracts*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, p. 221; L. GARCÍA GUTIÉRREZ, *Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts*, *ivi*, p. 233.

⁵⁰ Così il punto 68 delle conclusioni dell’Avvocato generale. In realtà sulla non “evidenza” di questa soluzione v. per tutti N. BOSCHIERO, *I contratti*, cit., p. 519 ed *ivi* i riferimenti.

⁵¹ V. sul punto N. BOSCHIERO, *op. ult. cit.*, p. 519.

⁵² Sull’argomento della Corte v. tuttavia il par. 3, *infra*. Su quello dell’Avvocato generale v. tuttavia la nota 50, *supra*.

contesto del sistema complessivo costituito dal diritto comunitario e ad un tempo da quello internazionale. Nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio vige infatti un Accordo generale sugli scambi di servizi (c.d. GATS) che vuole applicarsi a "qualunque servizio fornito in qualsivoglia settore" (art. 1, par. 3, lett. b); gli Stati hanno tuttavia regolato i diritti IP ed alcuni aspetti dei contratti di licenza ad essi relativi non nel GATS, ma in un altro trattato sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio (e precisamente nel c.d. TRIPs⁵³). La Comunità ha sottoscritto e concluso anch'essa il GATS ed il TRIPs e ha dato ad essi esecuzione⁵⁴. Secondo l'art. 300, par. 7 TCE "gli accordi conclusi" dalla Comunità "sono vincolanti per le istituzioni comunitarie e per gli Stati membri"; per corollario essi prevalgono sul diritto comunitario derivato⁵⁵; questo deve essere interpretato in senso conforme ad essi⁵⁶; ed in un eventuale dubbio la nozione comunitaria di contratti di prestazione di servizi del regolamento 44/2001 deve venire ricostruita in senso conforme al GATS ed al TRIPs⁵⁷, e precisamente (e per quanto qui interessa) come non estesa ai contratti di licenza di diritti IP. E le medesime conclusioni possono d'altro canto essere raggiunte prendendo a riferimento gli accordi bilaterali e multilaterali conclusi dalla Comunità europea con altri Stati o gruppi di Stati per elevare (tra l'altro) il livello di tutela dei diritti di proprietà intellettuale nel mondo⁵⁸ (c.d. TRIPs *plus*⁵⁹).

⁵³ V. ad esempio l'art. 21 dell'Accordo TRIPs su "licenza e cessione" di marchi; o ancora la sezione VIII della parte seconda dell'Accordo TRIPs su "controllo delle pratiche anticoncorrenziali nel campo delle licenze contrattuali".

⁵⁴ V. la decisione 94/800/CE del Consiglio, del 22 dicembre 1994, relativa alla conclusione a nome della Comunità europea, per le materie di sua competenza, degli accordi adottati nell'ambito dei negoziati multilaterali dell'Uruguay Round (1986-1994), *GUCE* L 336, 23 dicembre 1994, p. 1. In particolare, la Comunità ha dato esecuzione al TRIPs anche con la direttiva 2004/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa al rispetto dei diritti di proprietà intellettuale, *GUUE* L 157, 30 aprile 2004, p. 16.

⁵⁵ E qui fra i tanti v. T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione europea*, Padova, 2007, p. 92. V. anche T. M. MOSCHETTA, *Sull'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario*, in questa *Rivista*, 2007, p. 87. V. recentemente con particolare riguardo al diritto d'autore la sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 2008, causa C-456/06, *Peek & Cloppenburg KG*, punto 30 ss. V. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 25 giugno 2009, causa C-301/08, *Irène Bogiatzi, coniugata Ventouras c. Deutscher Luftpool Luxair SA, Comunità europee, Stato del Granducato di Lussemburgo, Le Foyer Assurances SA*, punto 53 ss., reperibili *on line* all'indirizzo curia.eu.

⁵⁶ V. il punto 35 della sentenza della Corte di giustizia del 7 dicembre 2006, causa C-306/05, *SGAE contro Rafael Hoteles SA, Raccolta*, p. I-11519.

⁵⁷ V. per tutti: A. DI BLASE, *L'attuazione delle norme internazionali sulla proprietà intellettuale nell'ordinamento comunitario*, in questa *Rivista*, 2008, p. 269 ss. ed ivi i necessari riferimenti bibliografici e giurisprudenziali (anche e soprattutto comunitari).

⁵⁸ V. ad esempio e per tutti l'EC-CARIFORUM States EPA Agreement, firmato il 15 ottobre 2008 ed entrato in vigore il 1° novembre 2008, in cui le licenze di diritti IP sono (parzialmente) regolate non nel titolo II (anche) sui "services" ma nel *chapter 2* su "innovation and intellectual property", del titolo IV su "trade-related issues". V. questo Accordo e la decisione del Consiglio che lo ratifica in *rtais.wto.org*, reperibile *on line*.

⁵⁹ V. i TRIPs *plus* ed in generale i "regional trade agreements" sul recente database del WTO in *rtais.wto.org*, reperibile *on line*. Su questo database v. C. WEERTH, *WTO: New Database on Re-*

La conclusione della sentenza *Falco* è inoltre confermata da un'interpretazione teleologica. L'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I fonda infatti la giurisdizione del giudice del luogo "in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati"; così facendo la norma in esame "without using the word, () adopts the principle of the characteristic obligation"⁶⁰; l'art. 5, par. 1, lett. b) esclude dunque che questa prestazione sia costituita dai pagamenti previsti dal contratto, che sono fisiologici nella maggior parte di accordi di ogni genere⁶¹; e conclude che essa è integrata dalla prestazione del servizio. La sussunzione dei contratti di licenza del genere di quelli azionati nel caso *Falco* nella categoria degli accordi di prestazione di servizi esclude dunque che la prestazione caratteristica sia quella del licenziatario relativa al pagamento del corrispettivo; e per converso la identifica nella prestazione del licenziante, e precisamente in quella relativa ai diritti licenziati. La Corte di giustizia ha tuttavia affermato nel caso *Besix* che l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles⁶² è inapplicabile quando "il luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio non può essere determinato", perché "l'obbligazione contrattuale controversa consiste in un impegno di non fare" ed "è caratterizzata da una pluralità dei luoghi in cui è stata o deve essere eseguita"⁶³. Queste conclusioni possono essere trasposte (anche) all'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I. Quest'articolo fonda infatti la giurisdizione del giudice del luogo di prestazione del servizio. Il "luogo di prestazione dei servizi" ex art. 5, par. 1, lett. b) deve essere determinato (anche) in base alla legge regolatrice del contratto⁶⁴. La giurisprudenza *Besix* esclude che questo luogo possa essere individuato e rende dunque inapplicabile (anche) l'art. 5, par. 1, lett. b) quando il servizio "caratteristico" del contratto consiste in una prestazione negativa, in un'astensione, che per giunta deve avvenire in una pluralità di Paesi. I contratti di licenza del genere di quello azionato nel caso *Falco* realizzano entrambi i requisiti previsti dalla giurisprudenza *Besix*. Qualificarli come contratti di prestazione di servizi ex art. 5, par. 1, lett. b) comporta allora che quest'ultimo articolo diventa inapplicabile

gional Trade Agreements, in *Global Trade and Customs Journal*, 2009, p. 211.

⁶⁰ Così F. POCAR, *The New Lugano*, cit., p. 6, che si riferisce all'art. 5, par. 1, lett. b) della Convenzione di Lugano (del 30 ottobre 2007, conclusa tra la CE e alcuni Paesi membri dell'EFTA – Svizzera, Norvegia e Islanda – concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in www.ejpd.admin.ch, reperibile *on line*), che riprende il contenuto dell'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento 44/2001. V. la decisione 2009/430/CE del Consiglio, del 27 novembre 2008, relativa alla conclusione della Convenzione di Lugano, *GUUE* L 147, 10 giugno 2009, p. 1.

⁶¹ Sul criterio della prestazione caratteristica cfr. per tutti: M. MAGAGNI, *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, Milano, 1989, *passim*; M. E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Paris, 2002, *passim*. V. anche U. VILLANI, *op. cit.*, p. 98.

⁶² Ora art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I.

⁶³ V. il punto 55 della sentenza della Corte di giustizia del 19 febbraio 2002, causa C-256/00, *Besix*, *Raccolta*, p. I-1699. Su questa sentenza v. per tutti: M. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis*, in *International Litigation*, supplemento al *Corriere giuridico*, 2002, p. 114.

⁶⁴ V. la nota 32.

ai sensi della giurisprudenza *Besix*. Questa conclusione contrasta tuttavia con il principio (anche) di diritto comunitario dell'effetto utile secondo cui nel dubbio occorre adottare l'interpretazione che non tolga alla norma qualsiasi pratica efficacia⁶⁵. Se invece i contratti di licenza qui considerati sono soggetti non all'art. 5, par. 1, lett. b) ma all'art. 5, par. 1, lett. a), per applicare questa norma occorre individuare il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale (non caratteristica ma) azionata in causa. Questa obbligazione è raramente quella di astensione propria del licenziante, ed invece è generalmente una di quelle a contenuto positivo che sono proprie del licenziante o del licenziatario: e così ad esempio nel caso *Falco* l'obbligazione contrattuale dedotta in giudizio riguardava il pagamento dei compensi dovuti dal licenziatario per l'esercizio dei diritti IP licenziatigli.

In altre parole, secondo la giurisprudenza *Besix* la riconduzione dei contratti di licenza qui considerati alla categoria degli accordi di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* non consente di applicare il suo criterio di determinazione della giurisdizione. Al contrario l'esclusione della riconducibilità dei contratti di licenza alla categoria di accordi di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* e la loro soggezione all'art. 5, par. 1, lett. a) permette pienamente l'applicazione del criterio di giurisdizione previsto da quest'ultima norma. E nel dubbio appare allora preferibile l'interpretazione della sentenza *Falco*, in quanto è l'unica che consente di adire il foro speciale contrattuale, in alternativa a quello generale del domicilio.

La conclusione della sentenza *Falco* è inoltre suggerita anche dall'interpretazione storica e da quella sistematica *stricto sensu*. Difatti l'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I fonda la giurisdizione del giudice del luogo "in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati". Come si è già ricordato i contratti relativi a diritti IP non sono sempre "semplici" come quello azionato in giudizio nel caso *Falco*, ma alle volte sono invece complessi o, secondo il caso, a causa mista. Nei contratti di licenza complessi o a causa mista risulta allora difficile se non impossibile identificare la prestazione caratteristica del licenziante: perché ad esempio nelle licenze incrociate entrambi i contraenti effettuano il medesimo tipo di prestazione; nei contratti di *franchising* o di distribuzione il licenziante-*franchisor* si obbliga a "trasferire" non soltanto il diritto IP ma anche i prodotti che lo incorporano; e nei contratti che conferiscono (licenze di) diritti IP in società il licenziante non mira a percepire *royalties* ma vuole "dotare la società del capitale di rischio iniziale per lo svolgimento dell'attività di impresa"⁶⁶. Il regolamento Roma I ha quindi ritenuto opportuno non tipizzare la prestazione caratteristica dei contratti che comportino (anche) una licenza di diritti IP, e cioè ha ritenuto preferibile "non individuarne la prestazione da ritenere (obbligatoriamente) come tale"⁶⁷. Già si è visto che l'art. 5,

⁶⁵ V. per tutti W. VAN DER MEERSCH, *L'ordre juridique des communautés européennes et le droit international*, in *RCADI*, 1975-V, 148, p. 280. V. anche P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 403.

⁶⁶ Cfr. sopra in questo paragrafo ed ivi i riferimenti necessari.

⁶⁷ Così sempre U. VILLANI, *op. cit.*, p. 70.

par. 1, lett. b) tipizza la nozione di servizio caratteristico. È da chiedersi se l'art. 5, par. 1, lett. b) tipizzi anche quella di prestazione caratteristica propria dei contratti di licenza del genere di quello azionato nel caso *Falco*. Una conclusione negativa è suggerita da due argomenti. Il primo deriva dall'interpretazione storica e sistematica dei regolamenti Roma I e 44/2001, che per il secondo come per il primo suggerisce di escludere che il legislatore CE abbia voluto tipizzare la prestazione caratteristica dei contratti relativi a diritti IP. Il secondo argomento deriva da considerazioni di opportunità: perché quelle che hanno escluso la tipizzazione di quest'ultima prestazione caratteristica nel regolamento Roma I la sconsigliano anche nell'interpretazione del regolamento Bruxelles I.

La conclusione della sentenza *Falco* è infine suggerita anche da un argomento *ab inconvenienti* e di opportunità. Come si è detto l'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I fonda infatti la giurisdizione del giudice del luogo "in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati" ed identifica così soltanto una giurisdizione competente per tutti i contratti di servizi, a prescindere dall'obbligazione concretamente azionata. L'art. 5, par. 1, lett. b) utilizza quindi un criterio di giurisdizione estremamente rigido ed appare così un "ritorno al passato"⁶⁸, in controtendenza rispetto alle norme di diritto internazionale processuale di origine interna e internazionale, europee ed extracomunitarie, che adottano invece criteri di giurisdizione flessibili, ispirati al "principio di prossimità", secondo cui occorre fondare la giurisdizione del giudice più prossimo rispetto alla controversia concreta, designando più autorità giudicanti astrattamente competenti e consentendo all'attore di scegliere quella più vicina al caso azionato⁶⁹. E le medesime ragioni di opportunità che sconsigliano l'adozione di criteri rigidi suggeriscono anche di non ricondurre gli accordi di licenza del genere azionato con il caso *Falco* all'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I, ma di sussumerli nell'art. 5, par. 1, lett. a) del medesimo regolamento, che si fonda appunto sul principio di prossimità e lascia perciò maggiore flessibilità all'interprete.

3. Restano alcuni rilievi sull'itinerario argomentativo e sulle conclusioni della sentenza *Falco*. Il primo riguarda la nozione di contratti di prestazione di servizi. La Corte ha giustamente ritenuto che essa sia autonoma; non ne ha tuttavia fornito una definizione generale; ha adottato una linea interpretativa cauta; e si è limitata alle affermazioni minime necessarie per escludere la qualificazione del contratto concretamente azionato in causa come accordo di prestazione di servizi.

⁶⁸ Così P. LAGARDE, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, in *Rev. cr. DIP*, 2006, p. 339, che si riferisce all'art. 4 della proposta di regolamento Roma I. Le sue considerazioni sono tuttavia estensibili anche all'art. 5, par. 1 del regolamento 44/2001.

⁶⁹ Sul principio di prossimità in materia di giurisdizione v. per tutti P. LAGARDE, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, in *RCADI*, 1986-I, 196, p. 127; D. FERNÁNDEZ ARROYO, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, *ivi*, 2006, 323, p. 9.

Una seconda osservazione concerne la struttura e gli effetti dei contratti di licenza di diritti di proprietà intellettuale. Nel ricostruire gli effetti di un contratto di licenza occorre individuare anzitutto la sua legge regolatrice. Immaginiamo che la *lex contractus* sia il diritto italiano. Nel nostro ordinamento l'art. 1322 c.c. lascia largo spazio all'autonomia contrattuale. La tesi prevalente ritiene che i contratti di licenza di diritti di proprietà intellettuale sono per solito strutturati secondo gli archetipi della vendita o, secondo i casi, della locazione. Nel contratto di licenza costruito secondo il modello della locazione il licenziante ha l'obbligo di non contestare l'utilizzazione del licenziatario, considerato dalla sentenza *Falco* come elemento caratteristico del contratto e tale da escludere la sua riconducibilità alla categoria degli accordi di prestazione di servizi. Nel contratto di licenza costruito secondo l'archetipo della vendita si può invece ritenere ragionevolmente che la licenza abbia effetti "costitutivi" (non tanto di un'obbligazione di astensione del licenziante dal contestare il licenziatario, quanto specialmente) "di un diritto" reale "di utilizzazione dipendente da quello del titolare del bene"⁷⁰. La sentenza *Falco* sembra avere pronunciato in relazione ad un contratto di licenza modellato secondo lo schema della locazione e dunque costitutivo di una posizione del licenziatario che non è riconducibile ad un diritto reale frazionario ma riposa su un'obbligazione (principale) di astensione del licenziante dal contestare le attività del licenziatario. Ed in relazione a questo modello di contratto la sentenza *Falco* sembra condivisibile sia nella conclusione di escludere l'applicazione della regola dell'art. 5, par. 1, lett. b) relativa ai contratti di prestazione di servizi, sia nella motivazione di questa conclusione sia nel corollario affermato dalla Corte e relativo all'applicabilità dell'art. 5, par. 1, lett. a).

La situazione è invece diversa nei contratti che secondo la *lex causae* (in ipotesi italiana) siano modellati secondo l'archetipo della vendita. In questo caso l'esclusione dell'applicazione della regola di giurisdizione relativa ai contratti di prestazione di servizi appare subito ragionevole *a fortiori*. Resta tuttavia ancora da chiedersi se i contratti di licenza qui considerati debbano essere ricondotti alla categoria della vendita prevista dall'art. 5, par. 1, lett. b), primo trattino, e così alla regola secondo cui "nel caso della compravendita di beni" la giurisdizione appartiene ai giudici del "luogo, situato in uno Stato membro, in cui i beni sono stati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto".

Per una prima tesi la risposta a questa domanda è positiva⁷¹. Questa tesi invoca a suo sostegno due argomenti. Il primo si fonda su un'interpretazione sistematico-evolutiva dei regolamenti Bruxelles I e Roma I: perché quest'ultimo

⁷⁰ Così T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, Milano, 1960, III ed., p. 386. V. poi P. AUTERI, *Territorialità del diritto di marchio e circolazione di prodotti "originali"*, Milano, 1973, p. 297 che parla di un "trasferimento (derivativo) costitutivo di diritti reali a contenuto minore". Per gli ordinamenti svizzero e tedesco v. i riferimenti in R. HILTY, *Lizenzvertragsrecht*, Bern, 2001, p. 8; G. HENN, *Patent- und Know-how-Lizenzvertrag*, Heidelberg, 2003, V ed., p. 65; G. SCHRICKER, *Urheberrecht Kommentar*, München, 2006, III ed., p. 593.

⁷¹ Cfr. N. BOSCHIERO, *I contratti*, cit., p. 520.

ha “reso del tutto superfluo il requisito della ‘tangibilità’ del bene nei contratti di vendita” conclusi con consumatori, e ciò è “certamente idoneo a riflettersi anche sulla nozione di ‘vendita di beni’ ai sensi dell’art. 5 del regolamento Bruxelles I”⁷². Il secondo argomento invocato dalla tesi in esame è di opportunità: perché per gli accordi di vendita di beni il regolamento Roma I individua la *lex contractus* in quella dello Stato in cui risiede il prestatore caratteristico; il regolamento Bruxelles I fonda la giurisdizione nel Paese in cui la prestazione caratteristica è stata o deve essere eseguita; “nel caso dei contratti semplici di proprietà intellettuale questi due luoghi normalmente (...) coincidono, posto che il trasferimento del diritto di proprietà intellettuale avviene di regola nel paese ove risiede il licenziante o il concedente”⁷³; e di conseguenza ricondurre le licenze “semplici” di diritti IP alla categoria della vendita di beni *ex art. 5, par. 1, lett. b)*, primo trattino del regolamento Bruxelles I realizzerebbe “una perfetta saldatura tra *forum* e *jus*, con tutti i vantaggi che questa coincidenza comporta”.

In realtà questa tesi non viene accolta dall’opinione prevalente, per cui l’art. 5, par. 1, lett. b), primo trattino del regolamento Bruxelles I riguarda soltanto la vendita di beni mobili e perciò non si estende ai contratti traslativi di diritti di proprietà intellettuale o costitutivi di diritti reali frazionari su di essi⁷⁴. E questa opinione di maggioranza sembra suggerita da non pochi argomenti. Il primo è di carattere testuale: perché le versioni linguistiche principali dell’art. 5, par. 1, lett. b), primo trattino del regolamento Bruxelles I impiegano “espressioni meno generiche del nostro ‘beni’ (quali ‘marchandises’, ‘goods’ e ‘mercaderías’), riferibili ai soli oggetti mobili corporali”⁷⁵. Il secondo è offerto da un’interpretazione sistematica *lato sensu* dell’art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I con la Convenzione di Vienna del 1980 sui contratti di vendita internazionale di beni mobili: perché quest’ultima appunto non si applica a quelli immateriali. Il terzo argomento segnala che “il criterio cui la norma affida l’individuazione del giudice competente – cioè la *consegna* dei beni medesimi – può condurre ad una localizzazione pregnante ed effettiva della lite proprio in relazione a dei beni mobili materiali, e non ad altri”⁷⁶, ed in particolare (e per quanto qui interessa) di diritti di proprietà intellettuale. L’opinione di maggioranza è infine avvalorata, *mutatis mutandis*, da tutti gli argomenti che escludono che i contratti di licenza di diritti IP del genere di quello azionato nel caso *Falco* sono riconducibili alla categoria dei contratti di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento Bruxelles I. E per conseguenza anche le azioni contrattuali relative ai contratti di licenza modellati secondo lo schema della vendita sono sottoposte all’art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ V. sul punto P. FRANZINA, *op. cit.*, p. 301 ed ivi i necessari riferimenti. V. anche P. MANKOWSKI, *Article 5*, cit., p. 126; P. SCHLOSSER, *op. cit.*, p. 56.

⁷⁵ Così P. FRANZINA, *op. loc. ul. cit.*

⁷⁶ *Ibidem*.

La terza osservazione riguarda anch'essa gli effetti del contratto di licenza, in particolare le obbligazioni che secondo la *lex causae* possono discenderne. Nel caso *Falco* il primo quesito della Corte di cassazione austriaca aveva ricordato che con il contratto azionato in causa “il titolare di un diritto di proprietà intellettuale concede alla controparte la facoltà di sfruttare tale diritto (contratto di licenza)”. La sentenza *Falco* ha ritenuto che con questo contratto “il titolare del diritto concesso assume nei confronti della controparte unicamente l’obbligo di non contestare lo sfruttamento del diritto da parte di quest’ultimo”. A ben vedere, in realtà, il contratto di licenza dei diritti d’autore e connessi può imporre spesso al licenziante anche altre obbligazioni: e così ad esempio nel contratto di licenza di riproduzione e vendita di copie di fonogrammi (quale verosimilmente era l’accordo *sub iudice*) il licenziante ha tipicamente un’obbligazione di consegnare al licenziatario il *master* necessario per ricavarne le copie del caso o ancora un’obbligazione di manlevare e garantire il licenziatario da eventuali pretese di terzi⁷⁷.

La Corte si ferma sull’obbligazione di non contestazione e non considera invece le altre obbligazioni. Secondo la sentenza *Falco* gli elementi rilevanti ad escludere la qualificazione di una licenza come contratto di prestazione di servizi sembrano allora soltanto quelli che riguardano l’obbligazione (negativa) del licenziante⁷⁸. Tale conclusione pare tuttavia in qualche modo influenzata dal dibattito relativo all’individuazione della legge regolatrice dei contratti (anche) di licenza secondo il criterio della prestazione caratteristica, ed in particolare dall’orientamento pregresso secondo cui quest’ultima è quella propria (non del licenziatario ma) del licenziante. Questa parte della conclusione della sentenza *Falco* sembra allora antistorica, inopportuna e non coerente dal punto di vista sistematico per quanto appena ricordato. In realtà, la decisione *Falco* tipizza la prestazione caratteristica dei contratti di licenza di diritti IP proprio per escluderli dall’ambito di applicazione della norma che li tipizzerebbe per individuarne la giurisdizione competente. In altre parole, la sentenza *Falco* tipizza la prestazione caratteristica di questi contratti proprio per non tipizzarli nel loro complesso: e così con un ragionamento non proprio lineare raggiunge un risultato senz’altro meritevole di accoglimento perché in linea con l’esigenza di determinare (anche) il foro competente degli accordi di licenza di diritti IP non in astratto ed *a priori* ma in concreto, caso per caso.

Il quarto rilievo concerne infine l’ambito di applicazione della giurisprudenza *Falco*. La decisione della Corte è stata calibrata sul tipo di contratto concretamente azionato in causa. Ci si può chiedere tuttavia se le conclusioni della sentenza *Falco* possano essere estese anche ad altri accordi relativi a diritti di

⁷⁷ Sulle obbligazioni tipiche del licenziante nei contratti di licenza di diritti IP di contenuto positivo v. R. HILTY, *op. cit.*, p. 12; G. HENN, *op. cit.*, p. 40; G. SCHRICKER, *op. cit.*, p. 593; K. BARTENBACH, *Patentlizenz- und Know-how-Vertrag*, Köln, 2007, VI ed., p. 40. Sulla licenza “negativa” v. invece per tutti: B. BARTENBACH, *Die Patentlizenz als negative Lizenz*, Köln, 2002, *passim*.

⁷⁸ Cfr. N. BOSCHIERO, *I contratti*, cit., p. 527.

proprietà intellettuale. Senza qui affrontare completamente il tema, sembra possibile distinguere in particolare due categorie di contratti. Una prima categoria comprende ad esempio i contratti di cessione di diritti IP, gli accordi di cessione dei crediti a compenso che derivino da contratti relativi a diritti IP, i contratti costitutivi di diritti di garanzia su di essi, e gli accordi che trasferiscano l'una o l'altra delle situazioni soggettive attive ora dette. E per questa prima categoria pare ragionevole estendere le conclusioni della sentenza *Falco* e ritenere che la giurisdizione relativa alle obbligazioni derivanti dai contratti ora detti è regolata dall'art. 5, par. 1, lett. a) e non invece dall'art. 5, par. 1, lett. b) riguardante gli accordi di prestazione di servizi. Una seconda categoria comprende invece, ad esempio, il contratto tra l'impresario e l'artista per la sua interpretazione dell'opera musicale in concerto, come pure l'accordo tra il discografico e l'artista per la registrazione della sua interpretazione dell'opera musicale: entrambi questi contratti hanno ad oggetto (principale) una prestazione dell'artista; ed essi appaiono allora ragionevolmente riconducibili ai contratti di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)* del regolamento 44/2001⁷⁹.

4. In sintesi la Corte di giustizia conclude giustamente che la categoria dei contratti relativi alla prestazione di servizi prevista dall'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento 44/2001 non comprende gli accordi di licenza di diritti di proprietà intellettuale. Questi ultimi non rientrano nemmeno nei contratti di vendita *ex art. 5, par. 1, lett. b)*. Ed essi ricadono allora sotto l'art. 5, par. 1, lett. a), secondo cui "la persona domiciliata nel territorio di uno Stato membro può essere convenuta in un altro Stato membro: 1 a) in materia contrattuale, davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o dev'essere eseguita". A questo punto⁸⁰ la Corte di cassazione austriaca chiedeva e la sentenza *Falco* ha esaminato "se la competenza" *ex art. 5, par. 1, lett. a)* del regolamento 44/2001 "debba tuttora essere valutata sulla base dei principi enunciati dalla giurisprudenza della Corte" relativa all'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles, secondo cui le nozioni di obbligazione dedotta in giudizio e di "luogo di esecuzione" devono venir ricostruite (non in modo autonomo ma) secondo la *lex contractus* determinata dal diritto internazionale privato del foro.

Il quesito della Cassazione austriaca riguarda la qualificazione delle categorie di obbligazione e di luogo di esecuzione *ex art. 5, par. 1, lett. a)* del regolamento Bruxelles I. A questo proposito già si è detto⁸¹ che i metodi di qualificazione delle categorie comunitarie di diritto internazionale privato sono quello

⁷⁹ V. sul punto anche P. DE MIGUEL ASENSIO, *Applicable*, cit., p. 208. V. di prossima pubblicazione in *unalex workshop* (www.unalex.eu) la recente sentenza (del 19 marzo 2009) del Bezirksgericht di Neusiedl, (AT) 6C1136/08g, Case AT-614, che qualifica i contratti di *franchising* come accordi di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)*, secondo trattino del regolamento 44/2001.

⁸⁰ La Corte comunitaria ritiene che la sua opinione sulla prima questione pregiudiziale le renda non necessario rispondere alla seconda che le era stata sottoposta dalla Cassazione austriaca.

⁸¹ V. il par. 2 di questo studio.

conflittuale e quello autonomo. Il primo viene ancora seguito dalla Corte di giustizia (tra l'altro) proprio in relazione alla nozione di luogo di esecuzione dell'obbligazione dedotta in giudizio *ex art. 5, par. 1* della Convenzione di Bruxelles. E difatti la sentenza *Besix* ha ricordato che “non è possibile (...) dare un'interpretazione autonoma della nozione di luogo di esecuzione”⁸² *ex art. 5, par. 1* di questa Convenzione, ma occorre qualificarla secondo la *lex contractus*, determinata a sua volta dal diritto internazionale privato del foro.

In questo quadro una prima tesi potrebbe dare una risposta negativa al quesito sottoposto alla Corte di giustizia da quella austriaca: ed in particolare potrebbe non estendere all'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I la giurisprudenza sull'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles e ritenere che non solo la nozione di contratto di prestazione di servizi *ex art. 5, par. 1, lett. b)*, ma anche quelle di obbligazione e di luogo di esecuzione dell'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001 debbono essere qualificate autonomamente; si verrebbe a individuare così per i contratti di licenza di diritti IP del genere di quello dedotto in giudizio nel caso *Falco* una sola giurisdizione che in astratto sarebbe sempre competente, a prescindere dall'obbligazione concretamente azionata.

Questa tesi sembra avanzata timidamente dall'Avvocato generale Trstenjak, ma in maniera non proprio lineare: anzitutto propone alla Corte la soluzione opposta e cioè di estendere la giurisprudenza sull'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles anche all'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001; in seguito definisce tuttavia questa soluzione “non priva di pecche”; ancora poi ritiene “davvero auspicabile” una “nuova e diversa interpretazione” dell'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001⁸³; ed infine individua, ma sempre cautamente e soltanto parzialmente, le seguenti possibili ragioni del *revirement* giurisprudenziale che invoca. Una prima ragione muove dalla osservazione che l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles attribuisce la giurisdizione contrattuale al “giudice del luogo in cui l'obbligazione dedotta in giudizio è stata o deve essere eseguita” e che la Corte di giustizia ha qualificato le categorie di obbligazione e di suo luogo di esecuzione non in modo autonomo ma secondo il metodo conflittuale. Sulla base dei criteri di qualificazione elaborati dalla Corte per le categorie di obbligazione e di luogo di esecuzione dell'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles il giudice nazionale accerta perciò anzitutto “quale obbligazione contrattuale costituisca l'oggetto della controversia tra le parti; successivamente determina, sulla base delle norme di diritto internazionale privato del suo ordinamento, la legge sostanziale applicabile al rapporto giuridico tra le parti (*lex causae*); infine, sulla base di tale legge sostanziale, stabilisce dove si trovi il luogo di adempimento dell'obbligazione contrattuale controversa”⁸⁴. In questo contesto la prima “ragione” adombrata dall'Avvocato generale a favore di un *revirement* giurisprudenziale ricorda che il legislatore comunitario ha introdotto

⁸² Così la sentenza della Corte di giustizia *Besix*, cit., punto 36.

⁸³ Così le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, punti 95 e 98.

⁸⁴ Così il punto 80.

l'art. 5, par. 1, lett. b) del regolamento Bruxelles I per evitare di applicare i criteri di qualificazione elaborati dalla Corte per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles; ritiene allora che individuare il foro competente per i contratti di licenza sulla base dell'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I interpretato secondo i criteri delineati dalla Corte per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles “produce un'incoerenza nell'interpretazione della lettera a) e della lettera b) dell'art. 5, par. 1 del regolamento 44/2001”⁸⁵; e conclude che il criterio dell'interpretazione sistematica richiede di non estendere all'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I la giurisprudenza relativa all'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles.

Una seconda possibile ragione deriva dalle numerose e vivaci critiche mosse ai criteri di qualificazione elaborati per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles dalla giurisprudenza comunitaria⁸⁶; queste critiche si estenderebbero all'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I qualora esso venisse interpretato sulla base dei criteri in questione. Quest'argomento potrebbe essere ulteriormente sviluppato ricordando che le ragioni di critica potrebbero essere ancor maggiori quando vengono azionati contratti di licenza di diritti IP, perché non è agevole determinarne la *lex contractus*⁸⁷; nell'ipotesi qui introdotta la legge regolatrice del contratto identifica tuttavia la giurisdizione competente secondo i criteri elaborati per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles, e sulla base di questi ultimi criteri risulta perciò estremamente complesso individuare il foro contrattuale. E questo argomento conclude che l'interpretazione *ab inconvenienti* richiede di non estendere all'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I la giurisprudenza relativa all'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles.

Un'ultima ragione a favore di un *revirement* giurisprudenziale, ma non è stata sin qui evocata nemmeno dall'Avvocato generale Trstenjak, potrebbe essere sollevata ricordando anzitutto che quando in base ad un contratto di licenza di diritti IP il licenziatario aziona in giudizio l'obbligazione del licenziante di non esercitare lo *jus excludendi* in più Stati, la giurisprudenza *Besix* rende inapplicabile l'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001 interpretato in base ai criteri elaborati dalla Corte di giustizia per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles. Al contrario, quando il licenziante aziona l'obbligazione del licenziatario di pagare le *royalties*, la sentenza *Besix* non rende inapplicabile l'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I nemmeno ove esso venga interpretato in base ai criteri elaborati dalla Corte per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles. Qualificare l'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento 44/2001 secondo i criteri stabiliti per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles discriminerebbe allora le parti di un medesimo contratto di licenza di diritti IP: perché il licenziatario potrebbe adire soltanto il giudice del domicilio

⁸⁵ Così il punto 97.

⁸⁶ V. *supra*, par. 2.

⁸⁷ *Ibidem*.

del convenuto *ex art. 2* del regolamento Bruxelles I, mentre il licenziante potrebbe rivolgersi anche al foro contrattuale *ex art. 5, par. 1, lett. a)*. Questa discriminazione sarebbe ingiustificata *ex art. 12 TCE*. Ed il criterio dell'interpretazione gerarchica-teleologica richiederebbe allora di non estendere all'*art. 5, par. 1, lett. a)* del regolamento Bruxelles I la giurisprudenza relativa all'*art. 5, par. 1* della Convenzione di Bruxelles.

Peraltro questi argomenti non convincono. Non il primo, perché l'*art. 5, par. 1* prevede espressamente, alla *lett. b)*, un regime internazionalprocessualistico per gli accordi di vendita di beni e di prestazione di servizi diverso da quello introdotto dall'*art. 5, par. 1, lett. a)* per i contratti (anche) di licenza di diritti IP; questa diversità di trattamento non deriva da "un'incoerenza" interpretativa bensì da una scelta manifesta del legislatore CE; ed occorre rispettare la volontà espressa del legislatore comunitario di non costruire l'*art. 5, par. 1, lett. a)* sul modello dell'*art. 5, par. 1, lett. b)*, e dunque di non qualificare in modo autonomo la categoria di obbligazione derivante dai contratti di licenza di diritti IP *ex art. 5, par. 1, lett. a)*⁸⁸, ma di ricostruire questa categoria sulla base dei criteri di qualificazione elaborati per l'*art. 5, par. 1* della Convenzione di Bruxelles.

Non convince neppure il secondo argomento addotto dalla tesi qui contestata. Anzitutto le ragioni di critica alla giurisprudenza sull'*art. 5, par. 1* della Convenzione di Bruxelles dovrebbero tendere ad una modifica di questa giurisprudenza nel suo complesso, mentre non possono riguardare la sua estensione all'*art. 5, par. 1* del regolamento Bruxelles I. Ad ogni modo, proprio la difficoltà di individuare la legge applicabile ai contratti relativi a diritti IP ha indotto il regolamento Roma I a non adottare un criterio di collegamento rigido, ma a ricondurre questi accordi a quello generale, che si fonda appunto sul principio di prossimità e lascia perciò maggiore flessibilità all'interprete. Ed il criterio dell'interpretazione sistematica evidenzia allora che le medesime difficoltà di individuare il foro competente (che derivano tra l'altro proprio dalla complessità di determinare la *lex contractus*) per questi contratti dovrebbero consigliare di qualificare le categorie dell'*art. 5, par. 1, lett. a)* del regolamento Bruxelles I non in modo rigido e autonomo ma flessibile, e quindi sulla base dei criteri di qualificazione elaborati per l'*art. 5, par. 1* della Convenzione di Bruxelles.

Non convince infine neppure il terzo argomento. Anzitutto nei contratti relativi a diritti IP i licenziatari azionano generalmente le obbligazioni del licenziante di carattere positivo (ad esempio quella di garantirli e manlevarli da eventuali pretese di terzi, o ancora quella di consegnare al licenziatario il *master* necessario per ricavarne le copie di fonogrammi del caso), anziché quelle di natura negativa (come l'obbligazione del licenziante di non esercitare lo *jus excludendi*); la giurisprudenza *Besix* non si applica perciò alla maggior parte dei casi concreti relativi ai contratti qui in esame e ciò riduce notevolmente l'area e le dimensioni della discriminazione ipotizzata poc'anzi. Ad ogni modo, l'argomento qui criticato non convince anche perché la discriminazione in esame

⁸⁸ Come invece avviene per le categorie di obbligazioni *ex art. 5, par. 1, lett. b)*.

deriva non tanto dall'interpretazione dell'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I, quanto dalla giurisprudenza *Besix*; di conseguenza la critica qui analizzata dovrebbe in realtà unirsi a quelle che criticano l'interpretazione data dalla Corte all'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles ed invocano perciò una modifica della giurisprudenza *Besix*, mentre non può avere effetti sull'interpretazione dell'art. 5, par. 1 del regolamento Bruxelles I.

Al contrario, la sentenza *Falco* ha ritenuto giustamente che i criteri di qualificazione stabiliti dalla Corte di giustizia per l'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles si applicano anche all'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I. Questa conclusione è suggerita alla Corte anzitutto dall'interpretazione testuale: perché l'art. 5, par. 1, lett. a) del regolamento Bruxelles I è “rigorosamente identico”⁸⁹ e dunque ha la medesima formulazione dell'art. 5, par. 1 della Convenzione di Bruxelles, ed in mancanza di indicazioni distinte il primo deve dunque essere interpretato in modo analogo al secondo. La medesima conclusione è inoltre suggerita dall'interpretazione storica: perché i lavori preparatori del regolamento Bruxelles I dimostrano l'“espressa intenzione del legislatore comunitario”⁹⁰ di “disciplinare autonomamente il luogo di adempimento dell'obbligazione per i contratti di compravendita di beni e di fornitura di servizi e, per gli altri contratti, conservare le regole sulla determinazione della competenza quali risultanti dall'interpretazione della Corte relativa all'art. 5, punto 1, della Convenzione di Bruxelles”⁹¹. La conclusione della sentenza *Falco* è infine consigliata dall'interpretazione teleologica: perché le esigenze “di coerenza” e “di certezza del diritto” impongono anzitutto “di non mettere in discussione una tradizione giurisprudenziale della Corte rispetto alla quale il legislatore comunitario non ha inteso intervenire”⁹², ed obbligano inoltre a seguire il “principio di continuità interpretativa tra il regolamento 44/2001 e la Convenzione di Bruxelles”⁹³, ricordato tra l'altro anche dal 19° “considerando” del regolamento Bruxelles I⁹⁴.

Abstract

IP Rights Licence Agreements and EC Regulation on Jurisdiction

IP rights licence agreements could be considered as contracts for the provision of services in accordance with Art. 5, para. 1(b) of the EC Regulation 44/2001, that grants jurisdiction to the courts of the State “where, under the contract, the services were pro-

⁸⁹ Così la sentenza *Falco*, punto 48.

⁹⁰ Così le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, punto 92.

⁹¹ Così il punto 94.

⁹² Così la sentenza *Falco*, punti 51 e 53.

⁹³ Così le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, punto 86.

⁹⁴ V. il punto 88.

vided or should have been provided”. If this characterization is not concurrent, then, jurisdiction is to be determined according to the criterion of the “place of performance of the obligation in question” *ex* Art. 5, para. 1(a) of the same Regulation. In the *Falco* case, the Austrian Supreme Court referred to the ECJ a first question, that concerned whether a licensing agreement should be considered as a contract regarding the provision of services *ex* Art. 5, para. 1(b), and a second subordinate question, related to the place of performance of the contractual obligation *ex* Art. 5, para. 1(b). This paper analyses the ECJ answers to both questions, with particular regard to the nature of the IP rights licence agreement involved.

Responsabilità extracontrattuale della Comunità europea e norme OMC: i casi *FIAMM* e *Fedon* dinanzi la Corte di Lussemburgo

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi. – 2. Il problema dell'efficacia diretta delle norme OMC nell'ordinamento della Comunità europea. La pronuncia del Tribunale di primo grado nei casi *FIAMM* e *Fedon* e i possibili profili della responsabilità extracontrattuale della Comunità. – 3. La sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. In particolare: l'inammissibilità di una responsabilità extracontrattuale da attività lecite della Comunità. – 4. Conclusioni.

1. Con una recente sentenza¹, la Corte di giustizia delle Comunità europee (Grande sezione), ha rigettato le impugnazioni proposte da due imprese italiane (la Fabbrica italiana accumulatori motocarri – FIAMM e la Giorgio Fedon & Figli) volte ad ottenere l'annullamento delle sentenze del Tribunale di primo grado² con cui questo giudice respingeva i loro ricorsi miranti ad ottenere il risarcimento del danno da esse patito e asseritamente causato da una sovrattassa doganale prelevata dagli Stati Uniti d'America sull'importazione dei loro prodotti (batterie per automobili e astucci per occhiali). Tale prelievo tariffario era stato autorizzato nell'ambito dell'ordinamento giuridico creato con l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC)³, e in virtù di alcune disposizioni conte-

¹ Sentenza del 9 settembre 2008, cause riunite C-120 e 121/06 P, *FIAMM e Fedon c. Consiglio e Commissione*, reperibile *on line* sul sito curia.eu. Per i primi commenti, si veda A. ALEMANNI, *European Court Rejects Damages Claim from Innocent Bystanders in the EU-US "Banana War"*, in *ASIL Insights*, 22 ottobre 2008; A. ALEMANNI, M. SCHMAUCH, *At the End of the Tunnel there is... Darkness: The ECJ Denies EC Liability for WTO Non Compliance*, in *EL Rep.*, 2008, n. 10, p. 347; V. DI COMITE, *Mancato rispetto del diritto OMC e responsabilità extracontrattuale della Comunità europea*, in *Sud in Europa*, 2008, n. 3, p. 9; ID., *Sull'efficacia giuridica delle risoluzioni dell'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC nel diritto comunitario ed il mancato riconoscimento di responsabilità extracontrattuale della Comunità europea*, in *Relaciones internacionales*, 2008, n. 35, p. 101 ss.

² Sentenze del 14 dicembre 2005, causa T-69/00, *FIAMM e FIAMM Technologies c. Consiglio e Commissione*, Raccolta, p. II-5393, e causa T-135/01, *Giorgio Fedon & Figli c. Consiglio e Commissione*, *ivi*, p. II-29. Si farà riferimento, nel testo, alla sola sentenza *FIAMM*.

³ Sul sistema multilaterale degli scambi e l'Organizzazione mondiale del commercio v., in generale, J. JACKSON, *Observations sur les résultats du cycle de l'Uruguay Round*, in *RGDIP*, 1994, p.

nute nell'“Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la soluzione delle controversie” (DSU)⁴, dall'Organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*: DSB) successivamente all'avvenuta constatazione, da parte di tale Organo, dell'incompatibilità con l'ordinamento giuridico OMC del regime comunitario d'importazione delle banane⁵.

675 ss.; SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *La réorganisation mondiale des échanges: problèmes juridiques*, Paris, 1996; SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, *Atti del II Convegno*, Napoli, 1998; R. VIRZO, *Note sulla successione tra organizzazioni internazionali, con particolare riferimento alla trasformazione del GATT nell'OMC*, in *CI*, 1999, p. 300 ss.; E. GREPPI, voce *W.T.O.*, in *Dig. disc. pubb.*, Agg., 2000, p. 718 ss.; G. ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001; ID., voce *WTO (World Trade Organization)*, in S. CASSESE (a cura di) *Dizionario di Diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, p. 6229 ss.; P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002; G. VENTURINI (a cura di), *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2004, II ed.; D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, 2007.

⁴ Contenuta nell'Allegato 2 dell'Accordo istitutivo dell'OMC, la DSU svolge un ruolo essenziale nell'assicurare certezza e prevedibilità al sistema commerciale multilaterale. Sulla natura, tendenzialmente esclusiva, del sistema di soluzione pacifica delle controversie, cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano nella causa *Leon Van Parys c. Belgish interventie-en Restitutie bureau*, causa C-377/02, 18 novembre 2004, in *Raccolta*, p. I-1465 punto 49. Sul sistema delle controversie dell'OMC, cfr. A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996; ID., *La soluzione delle controversie nel sistema dell'Organizzazione mondiale del commercio: problemi interpretativi e prassi applicativa*, in *RDI*, 1997, p. 1003 ss.; G. SACERDOTI, *Il Doppio grado di giudizio nelle giurisdizioni internazionali*, in *Com. St.*, 1997, p. 151 ss.; ID., *Il sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio a dieci anni dalla sua istituzione*, in E. SCISO (a cura di), *L'OMC 1995-2005. Bilanci e prospettive*, Roma, 2006, p. 20 ss.; H. RUIZ-FABRI, *L'appel dans le règlement des différends de l'OMC.: trois ans après, quinte rapport plus tard*, in *RGDIP*, 1999, p. 49 ss.; ID., *Le contentieux de l'exécution dans le règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce*, in *JDI*, 2000, p. 605 ss.; ID., *Le juge de l'OMC: ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière*, in *RGDIP*, 2006, p. 39 ss.; M. VELLANO, *L'Organo di appello dell'OMC*, Milano, 2001; G. SACERDOTI, A. YANOVICH, J. BOHANES (eds.), *The WTO at Ten. The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, 2006; D. PALMETER, P. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*, Cambridge, 2008, II ed.

Sui rapporti tra L'OMC e l'UE: J.-V. LOUIS, *Some Reflections on the Implementation of WTO Rules in the European Community Legal Order*, in M. BRONCKERS, R. QUICK (eds.), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of J. H. Jackson*, The Hague-London-Boston, 2000, p. 493 ss.; C. KADDOUS, *Le statut du droit de l'OMC dans l'ordre juridique communautaire: développements récents*, in G. VANDERSANDEN (dir.), *Mélanges en hommage à J. V. Louis*, II, Bruxelles, 2003, p. 107 ss.; P. MANZINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio quale sistema di diritto*, in L. S. ROSSI (a cura di) *Commercio internazionale sostenibile? WTO e Unione Europea*, Bologna, 2003, p. 27 ss.; F. FRANCONI, F. LENZERINI, M. MONTINI (a cura di), *Organizzazione Mondiale del Commercio e Diritto della Comunità europea nella Prospettiva della Risoluzione delle Controversie*, Milano, 2005; D. BONI, *Accordi OMC Norme Comunitarie e Tutela Giurisdizionale*, Milano, 2008.

Per P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 582 il sistema presenta caratteristiche tali da renderlo “misto” o “ibrido”, ma con una decisa prevalenza dell'elemento giurisdizionale su quello diplomatico.

⁵ Com'è noto, a seguito della firma (aprile 1994) da parte dei rappresentanti della Comunità dell'Atto che concludeva i negoziati commerciali dell'*Uruguay Round* e dell'Accordo istitutivo

La sentenza suscita interesse per gli spunti di riflessione che essa offre in relazione a profili tanto diversificati quanto controversi: tra questi, assume particolare importanza la verifica dell'eventuale esistenza di una responsabilità extracontrattuale da atto lecito da parte della Comunità, come pure l'individuazione dei possibili effetti nell'ordinamento comunitario di una decisione del DSB che accerti la violazione di obblighi OMC da parte della CE⁶. Questo aspetto solleva la questione del rilievo del diritto OMC all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario⁷ e, segnatamente, il problema (ben noto alla giurisprudenza comunitaria) della diretta applicabilità delle norme sancite a Marrakech e della loro idoneità a fungere da parametro nei giudizi di legittimità delle norme comunitarie derivate⁸. Prima di analizzare, per i limitati scopi della

dell'OMC, il Consiglio con propria decisione (n. 94/800, del 22 dicembre 1994, *GUCE* L 336, del 23 dicembre 1994, p. 1 ss.) approvava l'Accordo istitutivo dell'OMC, con cui la Comunità acquisiva lo *status* di parte contraente a titolo originario dell'Accordo. È utile precisare che tale qualità deve essere riconosciuta alla sola Comunità europea, nonostante l'art. XI dell'Accordo istitutivo dell'OMC ("Membri originari") faccia riferimento alle "Comunità europee", poiché la sola Comunità europea ha stipulato gli accordi dell'*Uruguay Round*. In virtù di tale qualità, la Comunità è tenuta a rispettare, *inter alia*, le disposizioni contenute nella DSU. Sulla *membership* della Comunità all'interno dell'OMC, cfr. G. ADINOLFI, *Alcune questioni relative alla partecipazione della Comunità europea all'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *CI*, 1998, p. 236 ss. Sulla successione di fatto della Comunità ai propri Stati membri in ambito GATT, successiva all'acquisizione della titolarità della competenza in materia commerciale e tariffaria, cfr. G. VENTURINI, *L'Accordo generale sulle tariffe e il commercio (GATT)*, Milano, 1988, p. 31 ss.

⁶ Esula dai propositi della presente nota un'analisi più generale della rilevanza all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario e degli Stati membri delle decisioni assunte da organi istituiti da accordi internazionali conclusi dalla Comunità. In argomento, cfr. A. GIARDINA, *La mise en oeuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux*, in *RCADI*, 1979-IV, 165, p. 248 ss.; E. ROUCOUNAS, *L'application du droit dérivé des organisations internationales dans l'ordre juridique interne*, in P. EISEMANN (ed.), *L'Integration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, The Hague, 1996, p. 39 ss.; N. LAVRANOS, *Decisions of International Organizations in the European and Domestic Legal Orders of Selected EU Member States*, Maastricht, 2004.

⁷ Cfr., in generale, I. CHEYNE, *International Agreements and the European Community Legal System*, in *ELR*, 1994, p. 581 ss.; A. DASHWOOD, *Treatment of Public International Law by European Community Law: The European Court Recent Treatment of WTO Agreement in the EC Legal Order*, in *JIEL*, 2001, p. 411 ss.; S. PRINCEN, *EC Compliance with WTO Law: The Interplay of Law and Politics*, in *EJIL*, 2004, p. 555 ss.; T. M. MOSCHETTA, *Sull'efficacia degli accordi internazionali nell'ordinamento giuridico comunitario: recenti sviluppi e prospettive evolutive*, in questa *Rivista*, 2007, p. 87 ss.

⁸ Sul punto, v. O. BERKEY, *European Court of Justice and the Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *EJIL*, 1998, p. 626 ss.; A. DESMEDT, *European Court of Justice on the Effect of WTO Agreement in the EC Legal Order*, in *LIEI*, 2000, p. 579 ss.; P. MENGOZZI, *The Relationship between EU Law and WTO Law in the Light of the Recent Developments of European Case Law*, in *Global Community YILJ*, 2003, p. 733 ss.; ID., *L'invocabilità in giudizio delle regole dell'Organizzazione mondiale del commercio e la giurisprudenza comunitaria*, in *Scritti in onore di G. Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, II, p. 551 ss.; F. SNYDER, *The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law*, in *CML Rev.*, 2003, p. 313 ss.; G. GATTINARA, *On Dice and Doors: WTO Dispute Settlement Decisions in the System of Judicial Protection of the European Union*, in

presente nota, alcuni tra i principali profili di interesse della pronuncia, è utile riassumere i fatti all'origine del procedimento.

2. Nell'ambito della politica di scambi coi Paesi terzi, componente essenziale delle relazioni esterne della Comunità⁹, essa aveva provveduto a dotarsi di un'organizzazione comune dei mercati nel settore delle banane che prevedeva disposizioni preferenziali nei confronti di taluni Paesi dell'Africa, dei Caraibi e del Pacifico (c.d. Stati ACP) cofirmatari della IV Convenzione ACP-CEE firmata a Lomé il 15 dicembre 1989¹⁰. In seguito a reclami presentati (1996) al DSB da parte di alcuni Membri OMC, tra cui gli USA, tanto un *panel* dell'OMC che, in secondo grado, l'Organo d'appello, rilevavano la non conformità della normativa comunitaria agli impegni assunti in sede multilaterale, raccomandando al DSB di invitare la CE a conformarsi ai propri obblighi internazionali¹¹; e un successivo lodo arbitrale, definitivo e inappellabile, stabiliva il termine ragionevole entro cui la Comunità avrebbe dovuto conformarsi ai propri impegni internazionali¹².

Successivamente, il Consiglio¹³ e la Commissione¹⁴, allo scopo di conciliare i propri impegni assunti in seno all'OMC con quelli derivanti dalla IV Convenzione di Lomé, adottavano due regolamenti con cui veniva emendata la normativa precedente in materia di organizzazione dei mercati delle banane e si dava esecuzione al nuovo regime; ma gli Stati Uniti, ritenendo che le nuove disposizioni mantenessero gli stessi profili d'illiceità della precedente norma-

A. DEL VECCHIO (ed.), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milano, 2006, p. 233 ss.

⁹ Sulla problematica delle relazioni esterne della Comunità europea e dell'Unione europea, cfr., in generale, E. CANNIZZARO, *Sulla competenza della Commissione C.E.E. a concludere accordi internazionali*, in *RDI*, 1992, p. 657 ss.; ID., *Le relazioni esterne della Comunità dopo il Trattato di Nizza*, in *DUE*, 2002, p. 182 ss.; ID. (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague, 2002; ID., *Le relazioni esterne della Comunità: verso un nuovo paradigma unitario?*, in *DUE*, 2007, p. 223 ss.; G. GAJA, *Relazioni esterne della Comunità europea*, in *Dig. disc. pubb.*, 1997, p. 147 ss.; L. DANIELE (a cura di), *Le Relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano 2001; G. VENTURINI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, in M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani. Verso l'allargamento dell'Unione. Atti del Convegno, Milano 15-17 febbraio 2001*, Milano, 2002, p. 491 ss.; M. CREMONA, *The Union as a Global Actor: Roles, Models, and Identity*, in *CML Rev.*, 2004, p. 553 ss.; P. EECKHOUT, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, Oxford, 2004; S. AMADEO, *Unione europea e treaty-making power*, Milano, 2005.

¹⁰ Regolamento (CEE) n. 404/93 del Consiglio, del 13 febbraio 1993, *GUCE* L 47, 25 febbraio 1993, p. 1 ss. La Convenzione di Lomé è in *GUCE* L 229, del 17 agosto 1991, p. 3 ss.

¹¹ Cfr. i rapporti dell'Organo d'appello (WT/DS27/AB/R, 9 settembre 1997) e del *panel* (WT/DS27/R/USA, 22 maggio 1997), entrambi adottati dal DSB.

¹² Tale possibilità è espressamente ammessa dall'art. 21, par. 3 DSU ("Verifica dell'applicazione delle raccomandazioni e delle decisioni").

¹³ Regolamento (CE) n. 1637/98 del Consiglio, del 20 luglio 1998, *GUCE* L 210, 28 luglio 1998, p. 28 ss.

¹⁴ Regolamento (CE) n. 2362/98 della Commissione, del 28 ottobre 1998, *GUCE* L 293, 31 ottobre 1998, p. 322 ss.

tiva, domandavano al DSB, ai sensi dell'art. 22, par. 2 della DSU, di essere autorizzati a sospendere l'applicazione alla Comunità e ai suoi Stati membri di concessioni tariffarie e di obblighi connessi in virtù del GATT 1994 e del GATS (*General Agreement on Trade in Services*); e nonostante le contestazioni di Bruxelles, essi venivano autorizzati a prelevare sulle importazioni comunitarie consistenti dazi doganali (WT/DSB/M/59). Ciò induceva la Comunità a modificare nuovamente l'organizzazione comune dei mercati nel settore delle banane¹⁵ e a firmare con gli USA un *memorandum* d'intesa (aprile 2001) con cui Washington si impegnava a sospendere provvisoriamente l'imposizione della sovrattassa doganale che era stata autorizzata a prelevare sulle importazioni comunitarie in cambio dell'impegno di Bruxelles ad attuare un regime unicamente tariffario per le importazioni di banane.

Ritenendosi pregiudicate dalla mancata adozione da parte della Comunità delle modifiche al regime d'importazione delle banane necessarie a rendere quest'ultimo conforme agli obblighi derivanti dall'appartenenza della Comunità all'OMC entro i termini stabiliti dal DSB, le due imprese proponevano dinanzi al Tribunale di primo grado un ricorso *ex* articoli 235 e 288, 2° comma TCE¹⁶, volto ad ottenere il risarcimento dei danni asseritamente patiti a causa dell'imposizione della sovrattassa da parte del governo USA, autorizzata dal DSB, e determinata dalla mancata esecuzione da parte delle istituzioni comunitarie delle raccomandazioni e decisioni contenute nel rapporto adottato da tale Organo. La domanda di risarcimento tendeva a fare accertare la responsabilità extracontrattuale¹⁷ della Comunità sia per fatto illecito delle sue istituzioni che, in subordine, in assenza di un comportamento illecito.

¹⁵ Regolamento (CE) n. 216/2001 del Consiglio, del 29 gennaio 2001, *GUCE* L 31, 2 febbraio 2001, p. 2 ss.; regolamento (CE) n. 896/2001 della Commissione, del 7 maggio 2001, *ivi* L 126, 8 maggio 2001, p. 6.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 235 TCE: "La Corte di giustizia è competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni di cui all'art. 288, secondo comma". L'art. 288, par. 2 TCE dispone: "In materia di responsabilità extracontrattuale, la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle sue funzioni".

¹⁷ La giurisprudenza comunitaria subordina il sorgere della responsabilità extracontrattuale alla necessaria e contemporanea presenza di tre condizioni: un comportamento illecito delle sue istituzioni, il danno effettivo e la presenza di un nesso di causalità tra la condotta lamentata e l'evento (sentenza della Corte del 29 settembre 1982, causa 26/81, *Oleifici mediterranei/CEE*, *Raccolta*, p. 3057, punto 16): se anche uno di tali presupposti non risulti soddisfatto, il ricorso è interamente respinto (sentenza del 15 settembre 1994, causa C-146/91, *Kydep c. Consiglio e Commissione*, *ivi*, p. I-4199, punti 19 e 81). Nella prassi giurisprudenziale, il primo dei presupposti è ritenuto soddisfatto a fronte di una violazione sufficientemente caratterizzata di una norma attributiva di diritti ai singoli (sentenza del 4 luglio 2000, causa C-352/98, *Bergaderm e Goupil c. Commissione*, *ivi*, p. I-5291, punto 42); tuttavia, quando la condotta dell'istituzione comunitaria contestata consista nell'adozione di atti normativi che implicino scelte di politica economica ossia nell'esercizio di un potere, quale quello normativo, caratterizzato da un ampio margine di discrezionalità, è necessario provare che tale norma che si assume violata attribuisca diritti ai singoli e sia stata violata in modo grave e manifesto. Se invece l'istituzione dispone solo di un margine discrezionale notevolmente ridotto, o addirittura inesistente, la mera trasgressione del diritto comunitario può essere

Per quanto riguarda la responsabilità da fatto illecito, le ricorrenti, rilevando che la responsabilità extracontrattuale della Comunità dovesse sorgere per effetto di una normativa dichiarata non conforme agli obblighi internazionali della Comunità e della sua mancata modifica entro il termine previsto dal DSB, sottolineavano come il mantenimento in vigore del regime contestato violava taluni principi, ritenuti di carattere fondamentale e volti a tutelare diritti individuali, dell'ordinamento giuridico comunitario (il principio *pacta sunt servanda*, la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto, il diritto di proprietà e iniziativa economica e il principio di una corretta amministrazione). Inoltre, le ricorrenti, consapevoli della giurisprudenza comunitaria sull'assenza di effetti diretti del sistema GATT/OMC¹⁸, invitavano il Tribunale di primo grado a voler riconoscere tale effetto quantomeno alla decisione di condanna della Comunità promanante dal DSB¹⁹. Com'è stato anche di recente sottolineato, infatti, le decisioni adottate dagli organi giurisdizionali istituiti da accordi conclusi dalla Comunità, in quanto parte integrante dell'ordinamento comunitario, prevalgono sugli atti del diritto comunitario derivato confliggenti e sui diritti interni degli Stati membri, pur situandosi ad un livello inferiore rispetto ai Trattati e alle altre fonti primarie del diritto comunitario²⁰. Inoltre, sul punto evocato dalle ricorrenti, tanto il Tribunale di primo grado che la Corte di giustizia non avevano avuto ancora l'occasione di assumere un orientamento altrettanto netto che quello relativo agli effetti diretti degli Accordi GATT/OMC²¹.

Al fine di constatare una eventuale condotta illecita da parte delle istituzioni comunitarie per violazione degli Accordi OMC, il giudice di primo grado prendeva in esame le norme di quell'ordinamento giuridico per valutarne l'idoneità

sufficiente ai fini dell'accertamento di una violazione sufficientemente caratterizzata (sentenza *Bergaderm*, cit., punto 44). In dottrina, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, IV ed., p. 261 ss., nonché i commenti all'art. 288 di G. VENTURINI, in F. POCAR (a cura di), *Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 973 ss.; R. BARATTA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1290 ss. Per ulteriori considerazioni sulla problematica della responsabilità internazionale, v. *infra* nel testo.

¹⁸ Su cui v. *infra* nel testo.

¹⁹ Nel caso *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, nel rapporto del 4 ottobre 1996, l'Organo d'appello dell'OMC ha sostenuto il carattere obbligatorio dei rapporti adottati dal DSB, quantomeno per le parti in lite. V. i rapporti WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. Con riguardo agli effetti delle decisioni degli organi giudiziari internazionali, A. VON BOGDANDY, *Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under article 288 (2) EC*, in *JWT*, 2005, p. 54 ss., ha sostenuto tuttavia che "it is up to the respondent State to decide how to implement the decision of international judicial bodies".

²⁰ Così G. GATTINARA, *op. cit.*, pp. 239-242.

²¹ Si veda la ricostruzione operata da G. GATTINARA, *La responsabilità extracontrattuale della Comunità europea per violazione delle norme OMC*, in *DUE*, 2005, p. 111 ss., in relazione all'ordinanza del Tribunale di primo grado del 1° ottobre 1997, causa T-230/97R, *Comafrika*, *Raccolta*, p. II-3031, punto 40; alla sentenza del 28 settembre 1999, causa T-254/97, *Chemnitz c. Commissione*, *ivi*, p. II-2743; e alla sentenza della Corte del 14 ottobre 1999, causa C-104/97 P, *Atlanta c. Consiglio e Commissione*, *ivi*, p. I-6983.

a essere invocate in giudizio da parte di soggetti privati, “nell’ipotesi in cui il DSB abbia dichiarato che (le norme comunitarie) (...) e la normativa successiva (...) adottata al fine di conformarsi alle norme OMC erano incompatibili con queste norme”²². Questo profilo richiama indirettamente il problema del valore giuridico, per la Comunità europea e per i suoi Stati membri, degli accordi internazionali validamente conclusi da essa²³ e, segnatamente, il rilievo dei procedimenti di accertamento di violazioni delle norme materiali in seno all’Accordo istitutivo dell’OMC. Secondo l’art. 300 TCE (che disciplina il procedimento di stipulazione da parte della Comunità degli accordi con Stati terzi o organizzazioni internazionali) quando tali accordi siano regolarmente conclusi, essi “sono vincolanti per le istituzioni della Comunità e per gli Stati membri”, entrando a far parte dell’ordinamento comunitario per effetto della loro entrata in vigore sul piano internazionale²⁴ e ponendosi su di un piano superiore alle norme comunitarie derivate²⁵. La Corte ha pure affermato, nell’ambito della propria funzione di assicurare “il rispetto del diritto nell’interpretazione e nell’applicazione del trattato”, di essere competente in materia di interpretazione degli accordi internazionali conclusi dalla Comunità²⁶ e, in linea di principio, a conoscere della questione relativa alla validità di un atto comunitario alla luce di un accordo vincolante per la Comunità²⁷: tuttavia, poiché con riferimento al GATT dapprima e, successivamente, all’OMC la prassi della Corte è andata modellandosi

²² Sentenza *FIAMM*, punto 108.

²³ In dottrina, G. VENTURINI, *Art. 300*, in F. POCAR (a cura di), *op. cit.*, p. 386 ss.; A. CALIGIURI, *Art. 300*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1327 ss.; E. CANNIZZARO, *Art. 281*, *ivi*, p. 1260; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2008, p. 181 ss. Sul rapporto tra accordi internazionali conclusi dalla Comunità ed eventuale normativa di esecuzione, v. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari, 2007, II ed., p. 170.

²⁴ Sentenza del 30 aprile 1974, causa 181/73, *Haegeman c. Regno del Belgio*, *Raccolta*, p. 49, punti 3-5.

²⁵ Sentenze del 10 settembre 1996, causa C-61/94, *Commissione c. Repubblica Federale tedesca*, *Raccolta*, p. I-3989, punto 52; del 1° aprile 2004, causa C-286/02, *F.lli Bellio*, *ivi*, I-3465, punto 33.

²⁶ In particolare, la Corte ha affermato che, per valutare se una disposizione convenzionale produce effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri è necessario, da un lato, accertare se essa ha un contenuto chiaro, preciso e incondizionato e, dall’altro, valutare tale contenuto alla luce dell’oggetto, dello scopo e del contesto della disposizione pattizia (sentenza del 26 ottobre 1982, causa 104/81, *Kupferberg*, *Raccolta*, p. I-3641, punti 11-14 e 23).

²⁷ Sentenza del 12 dicembre 1972, cause riunite 21-24/72, *International Fruit Company*, *Raccolta*, p. 1219, punti 6-7. Alla Corte era stato domandato di pronunciarsi sulla compatibilità di alcuni regolamenti comunitari contenenti restrizioni all’importazione di mele da Paesi terzi con l’art. XI del GATT 1947. In argomento, cfr. A. GIARDINA, *La Corte europea e i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *RDIPP*, 1973, p. 582 ss.; P. FOIS, *Sulla questione dei rapporti tra il diritto comunitario e il diritto internazionale*, *ivi*, 1984 p. 5 ss.; Sul ruolo di garanzia della Corte, cfr. U. VILLANI, *op. cit.*, p. 251 ss.; nonché R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2008, p. 227 ss.; v. anche C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea. Verso una Costituzione europea*, Torino, 2003, p. 353 ss.; R. MASTROIANNI, *Art. 220*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1018 ss.; ID. *La tutela dei diritti nell’ordinamento comunitario: alcune osservazioni critiche*, in *DUE*, 2008, p. 851 ss.

nel senso di escludere la possibile rilevanza di tali accordi in quanto parametri per il sindacato di validità delle norme comunitarie derivate²⁸, conviene riassumere i passaggi fondamentali di tale giurisprudenza, al fine di verificare se essa possa ritenersi applicabile anche ai casi *FIAMM* e *Fedon*.

Con riferimento al GATT, nella sentenza *International Fruit Company*, la Corte affermò di potere sindacare la validità di un atto comunitario alla luce di una normativa internazionale in presenza di due condizioni: che la norma parametro fosse in vigore per la Comunità e, nel caso in cui il motivo d'invalidità venisse invocato davanti al giudice nazionale, che la norma internazionale fosse dotata di effetto diretto, ossia attribuisse ai singoli il diritto di farla valere in giudizio²⁹. Il GATT, avuto riguardo allo "spirito, alla struttura e alla lettera", non presenta tuttavia tale peculiarità: fondato, ai sensi del preambolo, sul principio di negoziati da condursi su basi di reciprocità e mutui vantaggi, l'Accordo è caratterizzato da "grande flessibilità delle sue disposizioni, in specie quelle relative alla possibilità di deroghe, ai provvedimenti ammessi in difficoltà eccezionali, e alla composizione delle controversie"³⁰. Il ragionamento della Corte poteva sembrare dettato dalla circostanza che la questione fosse stata sollevata

²⁸ Si noti come lo stesso Avvocato generale Poiarés Maduro nelle sue conclusioni, presentate il 20 febbraio 2008, alle cause riunite *FIAMM* e *Fedon* abbia sostenuto che "come può un accordo internazionale costituire una norma dell'ordinamento giuridico comunitario e, al tempo stesso, non essere un parametro per la verifica della legittimità degli atti comunitari?", *Raccolta*, p. II-5393, punto 24.

²⁹ Come osservato dall'Avvocato generale Darmon nelle sue conclusioni del 30 settembre 1987 nella causa 12/86, *Demirel*, *Raccolta*, p. 3719 ss.: "(...) la Corte, per riconoscere l'efficacia diretta di un accordo esterno, accerta, come per l'applicazione di norme comunitarie *stricto sensu*, quali siano le caratteristiche della disposizione da applicare. Mentre, però, nel diritto comunitario la volontà delle parti contraenti di conferire, mediante i Trattati, diritti soggettivi, è ormai ritenuta sempre acquisita, e l'efficacia diretta dipende soltanto dal carattere preciso e completo della norma da applicare, un'analogia intenzione non può essere presunta per l'applicazione di un accordo internazionale. Di conseguenza, in questa materia, la Corte accerta in primo luogo se la "natura" e la "struttura" dell'accordo ostino alla possibilità di far valere direttamente una delle sue disposizioni. Per decidere, poi, se una disposizione del genere sia incondizionata e sufficientemente precisa per avere efficacia diretta, la Corte ritiene di doverla esaminare alla luce sia dell'oggetto e dello scopo, sia del contesto dell'accordo" (punto 18). Nella sentenza, la Corte ha riconosciuto l'idoneità di una disposizione convenzionale a produrre effetti diretti quando "tenuto conto del suo tenore letterale, nonché dell'oggetto e della natura dell'accordo, implichi un obbligo chiaro e preciso la cui esecuzione ed i cui effetti non siano subordinati all'adozione di alcun atto ulteriore" (punto 14).

³⁰ Sentenza *International Fruit Company*, cit., punti 7-9 e 19-21. Si tralascia, in questa sede, l'analisi della prassi giurisprudenziale di alcune corti nazionali, tra cui quelle italiane, inclini invece a riconoscere efficacia diretta alle disposizioni del GATT fino alla pronuncia della Corte di Lussemburgo. Per questi problemi, si rinvia a L. CONDORELLI, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova, 1974; ID., *L'art. III.2 del GATT: la clausola del "trattamento nazionale" e la sua efficacia nell'ordinamento interno*, in *RDI*, 1968, p. 389 ss. che sottolinea l'apertura al diritto internazionale che un tale indirizzo dimostrava, unitamente alla tutela delle posizioni individuali da esso garantita; nonché G. SACERDOTI, *Application of GATT by Domestic Courts: European and Italian Case-Law*, in *IYIL*, 1976, p. 224 ss.

nell'ambito di una pronuncia pregiudiziale di validità e che quindi, nel quadro di un procedimento nazionale i singoli non potendo invocare le norme pattizie non potevano, di conseguenza, neanche domandare al giudice di sollevare la questione di validità di atti comunitari che avessero un rapporto con le norme convenzionali in questione. Tuttavia, nella giurisprudenza successiva, la Corte ha dapprima sostenuto l'inidoneità del GATT a fungere da parametro di legittimità di un regolamento nell'ambito di un ricorso in annullamento proposto da uno Stato membro³¹; e, preceduta dalla decisione con cui il Consiglio deliberava la partecipazione della Comunità all'Accordo OMC³², essa ha poi affermato che “tenuto conto della loro natura e delle loro caratteristiche, gli accordi OMC non rientrano, in linea di principio fra le norme in base alle quali la Corte controlla le legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie”, a causa del “ruolo importante [svolto d]al negoziato tra le parti”, e nonostante la Corte avesse riconosciuto “(...) che gli Accordi OMC (...) comportano notevoli differenze rispetto alle disposizioni del GATT 1947, *soprattutto in ragione del rafforzamento del regime di salvaguardia e del sistema di soluzione delle controversie*”³³.

³¹ Sentenza del 5 ottobre 1994, causa C-280/93, *Repubblica federale di Germania c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-4973, punto 110. In tema v. P. MENGOZZI, *Les droits des citoyens de l'Union européenne et l'applicabilité directe des accords de Marrakech*, in *RMUE*, 1994, p. 165 ss.; M. J. HAHN, G. SCHUSTER, *Le droit des Etats membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté. L'invocabilité du GATT dans l'affaire République fédérale d'Allemagne contre Conseil de l'Union européenne*, in *RGDIP*, 1995, p. 367 ss.; M. VELLANO, *Osservazioni in tema di diretta applicabilità del GATT: l'opportunità di una svolta interpretativa*, in *Giur. it.*, 1995, parte I, c. 1145.; E. CANNIZZARO, *Sul controllo di legittimità degli atti comunitari contrastanti con il GATT*, in *RDI*, 1996, p. 118 ss.

³² Decisione del Consiglio n. 94/800, cit., il cui preambolo afferma: “L'Accordo (...) non è di natura tale da essere invocato direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri”. Sul rilievo internazionale di tale atto nei confronti di Stati terzi, come pure nei confronti delle altre istituzioni comunitarie, e segnatamente della Corte, v. le conclusioni dell'Avvocato generale Saggio alla sentenza del 23 novembre 1999, causa C-149/96, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8395 (punto 20) che attribuisce ad esso un valore meramente politico. Sul punto, cfr. pure P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, p. 554 s. per i quali la decisione del Consiglio manifesta la volontà della Comunità di obbligarsi sul piano internazionale, ma non attua nell'ordinamento comunitario l'Accordo. Infine, sulla mancanza di rilievo della negazione degli effetti diretti degli Accordi OMC in quanto affermata nel preambolo della decisione piuttosto che nella sua parte dispositiva, G. TESAURO, *I rapporti tra la Comunità europea e l'OMC*, in *Scritti in onore di G. F. Mancini*, II, Milano 1998, p. 951 ss., nonché, in termini ancora più radicali G. GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al "GATT 1994" gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *RDI*, 1995, p. 407 ss.

³³ Sentenza *Portogallo c. Consiglio*, cit., punti 47 e 36 (corsivo aggiunto). La Corte, inoltre, rilevava come il mancato riconoscimento da parte di importanti *partners* commerciali della Comunità della diretta applicabilità degli Accordi avrebbe comportato, ove non vi fosse stata analoga condotta da parte della Comunità, un disequilibrio nella loro applicazione con perdita di autonomia negoziale da parte degli organi legislativi o esecutivi di Bruxelles rispetto alle loro controparti commerciali (punti 43-46). Sul procedimento, in cui la Repubblica portoghese domandava alla Corte di annullare una decisione del Consiglio concernente la conclusione di un *memorandum* d'intesa tra la CE e il Pakistan e tra la CE e l'India in materia di accesso al mercato dei prodotti tessili per contrarietà di tale decisione agli articoli II e X del GATT si rinvia in dottrina a B. I.

Nonostante le critiche della dottrina³⁴ e le conclusioni di alcuni Avvocati generali che avevano auspicato l'abbandono di tale giurisprudenza³⁵, la Corte ha dapprima esteso il proprio orientamento anche alle norme dell'Accordo sui diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio³⁶ e, successivamente, valutato in termini analoghi il rilievo della mancata esecuzione da parte delle istituzioni comunitarie entro il termine stabilito di una decisione obbligatoria del DSB con cui l'Organo di soluzione delle controversie dell'OMC constatava l'incompatibilità di una normativa comunitaria con disposizioni dell'ordinamento multilaterale degli scambi creato a Marrakech.

Più analiticamente, dopo l'apparente apertura del caso *Biret International c. Consiglio*³⁷, gli organi giurisdizionali dalla Comunità hanno nuovamente affron-

BONAFÈ, *Principio di reciprocità ed effetti diretti degli accordi internazionali della C.E.: in margine alla sentenza Portogallo c. Consiglio*, in *DUE*, 2000, p. 601 ss.; E. CANNIZZARO, *Accordi confliggenti nel diritto comunitario?*, in *RDI*, 2000, p. 154 ss.; P. MENGOZZI, *La Cour de justice et l'applicabilité des règles de l'OMC en droit communautaire à la lumière de l'affaire Portugal c. Conseil*, in *RDUE*, 2000, p. 509 ss.; A. ROSAS, *Note to the case C-149/96, Portugal v. Council*, in *CML Rev.*, 2000, p. 808 ss.; G. M. RUOTOLO, *Organizzazione mondiale del commercio e ordinamento comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia: un nodo ancora irrisolto*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 1009 ss.

³⁴ G. A. ZONNEKEYN, *EC Liability for non-Implementation of WTO Dispute Settlement Decisions. Are the Dice Cast?*, in *JIEL*, 2004, p. 483 ss.

³⁵ V. le conclusioni dell'Avvocato generale Tesouro del 13 novembre 1997, nella causa C-53/96, *Hermès International c. FHT Marketing Choice BV*, *Raccolta*, p. I-3693, punti 28-37. Tra le ragioni che a detta dell'Avvocato generale militavano in favore del riconoscimento di effetti diretti al sistema GATT/OMC, andavano menzionate le novità apportate dal meccanismo di soluzione delle controversie e l'attenuazione della "flessibilità" che contraddistingueva l'Accordo generale con l'istituzione del sistema OMC, una vera e propria organizzazione internazionale.

³⁶ Sentenza del 14 dicembre 2000, cause riunite C-300 e 392/98, *Parfums Dior SA c. Tuk Consultancy BV e Assco Gerüste GmbH c. Layher BV*, *Raccolta*, p. I-11307, nonché le conclusioni dell'Avvocato generale Cosmas (punti 77-78). Si noti che si trattava di un settore nel quale non era stata ancora esercitata una competenza comunitaria. In dottrina, cfr. G. BIAGIONI, *Accordo TRIPS, interpretazione uniforme della Corte di giustizia e competenze degli Stati membri*, in *RDI*, 2000, p. 356 ss.; E. NEFRAMI, *La compétence de la Cour de justice pour interpréter l'Accord TRIPS selon l'arrêt Parfums Dior*, in *RDUE*, 2001, p. 514 ss.

³⁷ All'origine della controversia era il divieto imposto dalle autorità comunitarie di importare, in particolare dagli Stati Uniti, carne bovina trattata con ormoni. La società Biret International, ricorrente, sosteneva l'incompatibilità delle direttive con cui si stabiliva il divieto d'importazione con l'Accordo sulle misure sanitarie e fitosanitarie, allegato all'accordo OMC; tale tesi trovava conforto in una decisione del DSB, rimasta peraltro non attuata, da parte delle autorità comunitarie anche dopo la scadenza del termine accordatole per ottemperare ai propri obblighi in ambito OMC. Il Tribunale (sentenza dell'11 gennaio 2002, causa T-174, *Raccolta*, p. II-17) escludeva che la ricorrente potesse invocare una violazione dell'Accordo SPS, in virtù di una giurisprudenza consolidata che escludeva l'invocabilità in giudizio delle norme OMC in quanto non preordinate a conferire diritti ai singoli; né la decisione del DSB poteva servire a mutare il proprio giudizio, atteso che essa era "necessariamente e direttamente legata al motivo relativo all'Accordo SPS" (punto 67). La Corte, pur evitando di pronunciarsi espressamente sul problema degli effetti della decisione del DSB una volta giunto a scadenza il periodo concesso, riteneva comunque insufficiente l'argomentazione del Tribunale in particolare là ove esso aveva ammesso la possibilità d'invocare la decisione DSB solo ove fosse stata riconosciuta l'efficacia diretta dell'Accordo SPS.

tato la questione del rilievo di una decisione del DSB nell'ordinamento giuridico comunitario nei casi *Chiquita Brands International* e *a. c. Commissione*³⁸ e *Van Parys*³⁹ aventi ad oggetto, il primo, un ricorso *ex* articoli 235 e 288 TCE per ottenere la condanna della Comunità al risarcimento danni e il secondo una domanda di pronuncia pregiudiziale. Entrambe le fattispecie vertevano sulla compatibilità delle norme comunitarie relative all'organizzazione dei mercati delle banane col diritto OMC. Tuttavia, le speranze di chi auspicava un approccio alternativo e un mutamento d'indirizzo della Corte e del Tribunale di primo grado rispetto al "dogma" dell'assenza di effetti diretti degli Accordi OMC e della loro non invocabilità in funzione di parametro della legittimità del diritto comunitario derivato sono andate deluse, poiché i due organi giurisdizionali hanno, per un verso, ribadito il consolidato orientamento relativo alla mancata inclusione degli Accordi OMC tra le normative alla luce delle quali essa controlla la legittimità degli atti comunitari e, per altro verso, respinto l'argomento delle ricorrenti tendente a riconoscere efficacia diretta alle disposizioni del GATT nelle due ipotesi precedentemente ammesse dalla Corte nei casi *Fediol*⁴⁰ e *Nakajima*⁴¹ (peraltro aspra-

Secondo la Corte, infatti, il Tribunale avrebbe dovuto verificare se gli effetti giuridici della decisione del DSB fossero "tali da rimettere in discussione la sua valutazione relativa alla mancanza di effetti diretti delle norme OMC e da giustificare l'esercizio da parte del giudice comunitario del controllo della legittimità delle direttive (...)" (punto 57). In dottrina, v. C. KADDOUS, *The Biret Cases: An Open Door to the EC Liability for the Non-Implementation of a WTO Dispute Settlement Decision?*, in *EL Reporter*, 2004, p. 54 ss. Di "spiraglio presto richiuso" parla l'Avvocato generale Poiares Maduro nelle sue conclusioni nel caso *FIAMM* e *Fedon*, cit. (punto 43).

³⁸ Sentenza del Tribunale di primo grado del 3 febbraio 2005, causa T-19/01, *Raccolta*, p. II-315. In dottrina, cfr. A. ANTONIADIS, *The Chiquita and van Parys Judgments: Rules, Exceptions and the Law*, in *LIEI*, 2005, p. 461 ss.; A. MASSON, *La confirmation par l'arrêt Parys v. Belgische Interventie-en-Restitutiebureau de l'articulation paradoxale du droit de l'OMC et du droit communautaire*, in *RMCUE*, 2006, p. 189 ss.

³⁹ Sentenza della Corte del 1° marzo 2005, causa C-377/02, *Léon Van Parys*, *Raccolta*, p. I-1465. Si noti che nelle sue conclusioni l'Avvocato generale Tizzano aveva invitato la Corte ad "applicare il principio di legalità e riconoscere il carattere vincolante delle decisioni del DSB (...)" (punto 65).

⁴⁰ Sentenza del 22 giugno 1989, causa 70/87, *Fediol c. Commissione*, *Raccolta*, p. 1781. Si trattava di un ricorso d'annullamento contro una decisione della Commissione con cui tale istituzione respingeva, ai sensi del regolamento del Consiglio n. 2641/84, la denuncia della ricorrente intesa a far promuovere una procedura d'esame al riguardo di pratiche commerciali asseritamente illecite poste in essere dall'Argentina. La Corte, pur confermando che il GATT si distingue per la grande flessibilità delle sue norme, ammette che "tale valutazione non impedisce (...) di interpretare e applicare le norme dell'Accordo generale con riferimento a un determinato caso (...) poiché il regolamento n. 2641/84 attribuisce agli operatori interessati il diritto d'invocare le norme dell'Accordo generale nella denuncia (...) per far accertare la natura illecita delle pratiche commerciali da cui si ritengono lesi, questi stessi operatori hanno il diritto di adire la Corte per sottoporre al suo controllo la legittimità della decisione mediante la quale la Commissione ha applicato tali norme" (punti 20 e 22).

⁴¹ Sentenza del 7 maggio 1991, causa C-69/89, *Nakajima c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-2069. La società nipponica sosteneva l'inapplicabilità nei suoi confronti di certe disposizioni contenute nel regolamento (CEE) n. 2423/88 del Consiglio, dell'11 luglio 1988, relativo alla difesa contro le importazioni oggetto di *dumping* o di sovvenzioni da parte di Stati non membri della Comunità

mente criticate in dottrina)⁴², ossia nel caso in cui un atto comunitario rinvii a precise disposizioni GATT/OMC attribuendo ai privati il diritto di farle valere (caso *Fediol*) ovvero manifesti la volontà di dare esecuzione a un obbligo internazionale assunto in ambito GATT/OMC (caso *Nakajima*)⁴³.

È, pertanto, sulla scorta di simile giurisprudenza che nel caso *FIAMM*, invocando la consolidata giurisprudenza della Corte, il Tribunale di primo grado escludeva che gli Accordi OMC rientrino in linea di principio tra le normative utilizzabili dal giudice comunitario per controllare la liceità di atti di diritto comunitario derivato “tenuto conto della loro natura e della loro economia” in quanto l’ordinamento giuridico istituito con gli Accordi di Marrakech, a differenza dagli accordi conclusi dalla Comunità con Stati terzi, “è fondato su una base di reciproca convenienza”. Peraltro, osservava il Tribunale, non si potrebbe ammettere il sindacato di legittimità di norme comunitarie atteso che molte controparti commerciali della CE non prevedono il controllo della validità delle proprie norme interne alla luce del diritto OMC, pena un’applicazione squilibrata del diritto OMC⁴⁴. Né sarebbe ammissibile sostenere l’esistenza di un

europea, *GUCE* L 209, 2 agosto 1988, e l’annullamento del regolamento (CEE) n. 3651/88 del Consiglio, del 23 novembre 1988, che istituiva un dazio *antidumping* sui prodotti di cui essa era produttrice, *ivi* L 317, 24 novembre 1988. La Corte, premesso che il regolamento era stato adottato in conformità agli obblighi internazionali della Comunità, in particolare quelli derivanti dal GATT, afferma che spetta ad essa il compito di garantire il rispetto delle disposizioni dell’Accordo generale valutando, nel caso di specie, la legittimità del regolamento (punti 29-31).

⁴² Cfr. G. GAJA, *Trends in Judicial Activism and Judicial Self-Restraint relating to Community Agreements*, in E. CANNIZZARO (ed.), *op. cit.*, p. 117 ss., secondo cui i requisiti posti a fondamento della giurisprudenza *Fediol* e *Nakajima* (richiamati nella sentenza *Portogallo c. Consiglio*) sarebbero “hard to justify on the basis of legal arguments”, e spiegabili solo in quanto “instrument of judicial self-restraint (...) designed to leave greater discretion to political institutions when implementing an agreement”.

⁴³ Sentenza *Léon Van Parys*, cit., punto 39: “(...) tenuto conto della loro natura e della loro economia, gli accordi OMC non figurano in linea di principio tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie”. In particolare, la Corte ha affermato l’impossibilità per un operatore economico d’invocare davanti a un giudice di uno Stato membro l’incompatibilità di un atto comunitario con gli Accordi OMC e ciò neanche quando tale incompatibilità sia stata dichiarata dall’organo di conciliazione OMC (punto 54). Secondo la Corte, anche se la Comunità aveva assunto l’impegno di rendere il diritto comunitario conforme al diritto OMC dopo una decisione del DSB che ne accertava l’incompatibilità, ciò non poteva essere inteso “come un obbligo particolare in ambito OMC atto a giustificare un’eccezione all’impossibilità di invocare norme dell’OMC dinanzi al giudice comunitario e di permettere a quest’ultimo di controllare la legittimità delle disposizioni comunitarie controverse” (punto 41). In termini sostanzialmente analoghi, nel caso *Chiquita Brands* il Tribunale ha sostenuto che “(...) né le disposizioni comunitarie di cui la ricorrente contesta la legittimità, né le disposizioni degli Accordi OMC di cui la ricorrente invoca la violazione consentono di concludere per l’esistenza di dare esecuzione ad un obbligo particolare assunto nell’ambito dell’OMC, ai sensi della giurisprudenza *Nakajima*” (punto 157).

⁴⁴ Secondo A. TANCREDI, *EC Practice in the WTO: How Wide Is the “Scope for Manoeuvre”?*, in *EJIL*, 2004, p. 933 ss., esisterebbe una “more general tendency to prevent courts from administering reciprocity, a matter which must be left to the political bodies. It makes clear that the whole problem of direct effect is, essentially, a matter of balance of power among the EC bodies”.

obbligo, a carico dei giudici interni, di disapplicare il diritto interno in contrasto col diritto OMC, pena la sottrazione alle parti contraenti della possibilità di trovare soluzioni allo scopo di stabilire compensazioni reciprocamente convenienti, secondo i principi stabiliti nell'art. 22 DSU⁴⁵. Quanto alle due eccezioni sancite nei citati casi *Fediol* e *Nakajima*⁴⁶ secondo il Tribunale, i relativi principi non risultano applicabili al caso di specie. Per quanto riguarda, infatti, l'impegno assunto dalla Comunità di conformarsi alle raccomandazioni e decisioni del DSB che aveva dichiarato la non conformità del diritto comunitario al diritto OMC, esso non doveva essere inteso come un obbligo particolare assunto in ambito OMC e, in particolare, rispetto al nuovo sistema di soluzione pacifica delle controversie: infatti, nonostante il carattere obbligatorio del rapporto adottato dal DSB, la DSU ammette comunque varie possibilità di applicarne le decisioni e in particolare, qualora non fosse possibile il ritiro immediato della misura giudicata incompatibile con gli Accordi (art. 3, par. 7), è prevista la possibilità di negoziare con il Membro leso una compensazione reciprocamente accettabile o l'autorizzazione da parte del DSB a sospendere temporaneamente l'applicazione di concessioni o altri obblighi nei confronti dello Stato autore dell'illecito in attesa che venga ritirata la misura incompatibile (art. 22, par. 2). Pertanto, la scadenza del termine stabilito dal DSB perché la Comunità si conformasse ai propri obblighi internazionali non costituisce un inadempimento di tali obblighi semplicemente perché per un verso, non esiste un vero e proprio termine perentorio e, per altro verso, le decisioni del DSB non sono esecutive poiché ampio spazio continua a essere lasciato alle parti in lite affinché attraverso negoziati addivengano a una soluzione reciprocamente soddisfacente⁴⁷. Alla luce di tali considerazioni, risulta pertanto perfettamente comprensibile la preoccupazione del giudice di primo grado di chiarire che "un controllo da parte del giudice comunitario della liceità del comportamento delle istituzioni convenute rispetto alle norme OMC potrebbe avere l'effetto di rendere più fragile la posizione dei negoziatori comunitari nella ricerca di una soluzione reciprocamente accettabile della controversia e conforme alle norme OMC"⁴⁸.

Quanto all'eccezione basata sul rinvio a precise disposizioni degli Accordi OMC, poiché le varie normative comunitarie che hanno istituito l'organizzazione comune dei mercati nel settore delle banane non rimandano ad alcuna disposizione OMC, non sarebbe possibile dimostrare l'illiceità della condotta

⁴⁵ Sentenza *FIAMM*, punti 110-112.

⁴⁶ Secondo l'Avvocato generale Poiares Maduro, attraverso i principi incorporati nelle eccezioni in questione la Comunità, privandosi dello stesso margine di manovra nell'esecuzione delle norme OMC di cui godono le proprie controparti commerciali che negano ad esse efficacia diretta, manifesta la sua volontà di conformarsi al diritto OMC. Cfr. le sue conclusioni nel caso *FIAMM e Fedon*, cit., punto 43.

⁴⁷ In dottrina è stata tuttavia sottolineata la "preferenza" del sistema verso l'adempimento delle decisioni contenute nel rapporto adottato dal DSB. VEDI J. JACKSON, *International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to Buy Out?*, in *AJIL*, 2004, p. 109 ss.

⁴⁸ Sentenza *FIAMM*, punto 130.

contestata⁴⁹. Veniva pertanto a mancare uno dei tre citati elementi⁵⁰ (l'illegittimità della condotta) la cui contemporanea e cumulativa sussistenza costituisce il presupposto del sorgere della responsabilità extracontrattuale da fatto illecito: e il TCE, di conseguenza, escludeva l'ipotesi di una responsabilità della Comunità⁵¹.

In via subordinata, peraltro, le ricorrenti facevano valere che sussistevano le condizioni perché il TCE dichiarasse la responsabilità extracontrattuale da fatto lecito della Comunità⁵². Secondo il TCE la formulazione dell'art. 288 TCE non limiterebbe il sorgere della responsabilità extracontrattuale al comportamento illecito delle istituzioni comunitarie, poichè “i diritti nazionali della responsabilità extracontrattuale consentono ai singoli, anche se in misura variabile, in settori specifici e secondo modalità diverse, di ottenere in via giudiziale il risarcimento di taluni danni, *anche in assenza di un'azione illecita* dell'autore del danno”⁵³. Ne risulterebbe l'ammissibilità di un principio generale comune ai diritti degli Stati membri circa una responsabilità extracontrattuale da fatto lecito a condizione che risultino cumulativamente soddisfatte le condizioni relative all'esistenza di un danno, al nesso di causalità sufficientemente diretto tra questo e la condotta contestata e al carattere “*anormale e speciale del danno lamentato*”⁵⁴. È agevole constatare come tali due ultimi requisiti, relativi alla tipologia del pregiudizio piuttosto che alla natura della responsabilità, rendano più difficoltoso l'onere della prova.

Ritenuti sussistenti sia il danno che il nesso di causalità, il Tribunale tuttavia escludeva il carattere anormale del pregiudizio considerando che l'eventualità di una sospensione delle concessioni tariffarie, prevista dagli accordi OMC, costituisce una vicenda del tutto normale all'interno del sistema multilaterale degli scambi sancito a Marrakech e, in quanto tale “(...) viene necessariamente sopportata da qualsiasi operatore che decida di immettere la sua produzione sul

⁴⁹ Così il giudice comunitario di primo grado: “nonostante sia intervenuto un accertamento di incompatibilità da parte del [DSB], le norme dell'OMC non costituiscono (...) in forza di obblighi particolari a cui Comunità avrebbe inteso dare esecuzione, né in forza di un rinvio espresso a disposizioni precise, norme rispetto alle quali può essere valutata la liceità del comportamento delle istituzioni”, *ibidem*, punto 144.

⁵⁰ V. *supra*, nota 17.

⁵¹ *Ibidem*, punto 149.

⁵² È opportuno sottolineare che i presupposti della responsabilità extracontrattuale della Comunità, da desumere secondo i “principi generali comuni ai diritti degli Stati membri” *ex art.* 288, par. 2, implicano comunque una disciplina comunitaria attraverso un'autonoma attività di rilevazione della Corte. V. il commento all'art. 235 di M. CONDINANZI, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 1114 ss.

⁵³ Punto 159, corsivo aggiunto.

⁵⁴ Sentenza *FIAMM*, punti 157-160 (corsivo aggiunto). Secondo il Tribunale, nella giurisprudenza comunitaria, il danno è considerato “anormale” quando supera i limiti dei rischi economici inerenti alle attività nel settore di cui si tratta, e “speciale” quando esso riguarda una categoria particolare di operatori economici in maniera sproporzionata rispetto agli altri operatori. V. la sentenza del 15 giugno 2000, causa C-237/98 P, *Dorsch Consult c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta*, p. I-4549, punto 80.

mercato di uno dei membri OMC”⁵⁵. Sulla base di tali premesse, il Tribunale respingeva i ricorsi: se non è ammissibile, infatti, che gli operatori economici comunitari che non possono invocare la responsabilità da illecito “non possano in alcun caso ottenere una compensazione” (punto 157), ciò non significa che ogni conseguenza dannosa dell’attività delle istituzioni comunitarie, anche remota, possa essere ad esse imputata e fatta valere in virtù dei principi generali comuni ai diritti degli Stati membri *ex art. 288, par. 2*. L’esito di tale pronuncia non desta sorpresa, ove si consideri che pur ammettendosi il carattere “avanzato” dei principi affermati dalla giurisprudenza in materia di responsabilità extracontrattuale da attività lecite, sono in realtà estremamente rare le sentenze che accolgono le domande di risarcimento danni⁵⁶.

3. La sentenza del Tribunale di primo grado è stata impugnata dianzi alla Corte di giustizia dalle due imprese italiane deducendo in primo luogo un difetto di motivazione del provvedimento nella parte in cui il giudice avrebbe omissso di prendere in considerazione il rilievo di una decisione del DSB quale eccezione distinta e ulteriore rispetto alla giurisprudenza *Nakajima* e *Fediol*⁵⁷ e, in secondo luogo, il carattere contraddittorio e viziato da un errore di diritto della pronuncia di primo grado rispetto alla pregressa giurisprudenza comunitaria in relazione all’affermazione del carattere “non anormale” del danno da esse patito.

La Corte ritiene anzitutto sufficientemente motivata l’affermazione del giudice di primo grado circa l’inidoneità delle decisioni e raccomandazioni del DSB, una volta scaduto il termine per la loro attuazione, a vedersi riconosciuta efficacia diretta; viene, pertanto, implicitamente respinta la tesi delle ricorrenti secondo cui il riconoscimento di efficacia giuridica vincolante ad una decisione del DSB nell’ambito di un ricorso per risarcimento danni avrebbe una portata diversa rispetto alle ipotesi in cui tale riconoscimento è domandato nell’ambito di un ricorso in annullamento (caso *Portogallo c. Consiglio*) o di una domanda in via pregiudiziale (caso *Van Parys*). Ciò perché la constatazione dell’illiceità dell’atto comunitario effettuata nell’ambito di un ricorso per danni non mira ad ottenere l’annullamento dell’atto contestato o la declaratoria della sua invalidità, e quindi a limitare la libertà negoziale della Comunità, ma a soddisfare uno dei tre presupposti alla cui esistenza è condizionato il sorgere della responsabilità internazionale della Comunità⁵⁸.

⁵⁵ Sentenza *FIAMM*, punto 205.

⁵⁶ Lo rileva U. VILLANI, *op. cit.*, p. 308.

⁵⁷ Il Tribunale aveva, invero, inquadrato la fattispecie dovendo stabilire se “gli accordi OMC conferiscano ai soggetti dell’ordinamento comunitario il diritto di farli valere in giudizio per contestare la validità di una normativa comunitaria nell’ipotesi in cui il DSB abbia dichiarato che tanto quest’ultima quanto la normativa successiva adottata dalla Comunità, in particolare al fine di conformarsi alle norme dell’OMC in questione, erano incompatibili con queste norme” (sentenza *FIAMM*, punto 108).

⁵⁸ Punto 103. La Corte sembra così aver accolto la prospettiva dell’Avvocato generale Poiares Maduro che pur ammettendo che l’illegittimità della normativa comunitaria contrastante col diritto OMC per come dichiarata dal DSB e rilevata dal giudice comunitario nell’ambito di un ricorso

Quanto alla distinzione, operata dalle ricorrenti, tra effetti diretti delle norme OMC che producono obblighi di natura sostanziale ed effetti diretti di una decisione del DSB, la Corte esclude di poter operare un controllo di legittimità di tale atto che “(...) non (avendo) altro oggetto che pronunciarsi sulla conformità del comportamento di uno Stato membro dell’OMC con gli obblighi contratti in tale contesto (...) non può (...) essere (...) distinto dalle norme sostanziali che traducono tali obblighi e rispetto alle quali opera tale controllo (...)” sprovviste di efficacia diretta (punto 128). Peraltro, aggiunge la Corte, poiché l’art. 3, par. 2 DSU stabilisce che “le raccomandazioni e le decisioni del DSB non possono ampliare né ridurre i diritti e gli obblighi previsti dagli accordi contemplati”, una decisione del DSB che constata la violazione di un obbligo non può avere la conseguenza di costringere una parte contraente degli Accordi OMC a riconoscere al singolo un diritto di cui essi non sono titolari in forza di tali Accordi, non potendo questi ultimi essere invocati in giudizio (punti 131-132).

Di rilievo sono, poi, le considerazioni svolte dalla Corte circa l’eventuale ammissibilità, in linea generale, nell’ordinamento giuridico comunitario di un principio che sancisca la responsabilità extracontrattuale *sine culpa*. Tale profilo di responsabilità era stato ritenuto esistente dal Tribunale; peraltro, anche l’Avvocato generale Poiares Maduro aveva implicitamente invitato la Corte a dichiarare in modo esplicito il principio *de quo* come vigente nell’ordinamento comunitario “non avendo [essa] mai escluso di accoglierlo”, e a condizione che esso soddisfi “i bisogni e i tratti specifici dell’ordinamento comunitario”. Ossia, nel caso di specie, in funzione di temperamento del “rigore dei presupposti per l’insorgere della responsabilità per fatto illecito”, e nell’intento di assicurare una tutela giurisdizionale ai singoli pregiudicati da condotte delle istituzioni comunitarie destinate a non poter essere fatte valere altrimenti⁵⁹.

La Corte, tuttavia, non ha seguito l’Avvocato generale affermando chiaramente che il Tribunale è incorso in un errore di diritto ritenendo esistente, nel diritto comunitario, una responsabilità extracontrattuale da attività lecite in forza dell’art. 288. A tale conclusione il giudice comunitario perviene attraverso un articolato ragionamento la cui premessa è l’affermazione che, in linea generale, la responsabilità extracontrattuale della Comunità altro non è che la specificazione del principio, comune agli ordinamenti giuridici degli Stati membri, in base al quale ogni azione o omissione illecita comporta l’obbligo della riparazione del danno, e che qualora tale azione o omissione sia attuata nell’ambito di un’attività legislativa che comporti scelte di politica economica, la responsabilità è configurabile solo qualora la condotta violi in modo grave disposizioni miranti a tutelare diritti individuali. Tuttavia, tale responsabilità sorge solo in presenza di un’attività illecita non esistendo, allo stato attuale di evoluzione del

per risarcimento non conduce né all’annullamento né alla sua invalidazione, aveva precisato che essa “rimane parte integrante dell’ordinamento giuridico e continua in teoria ad essere applicabile (...) [avendo] autorità di giudicato (...) [e] gli organi politici della Comunità non possono lasciar perdurare tale illegittimità, a pena di violare il principio di una Comunità di diritto” (punto 49).

⁵⁹ Conclusioni dell’avvocato Poiares Maduro, cit., punti 55-58.

diritto comunitario⁶⁰, una sufficiente convergenza dei vari ordinamenti giuridici verso l'affermazione di una responsabilità da atto lecito, specie se ascrivibile all'attività legislativa. In altri termini, ammettere una concezione ampia della responsabilità della Comunità significherebbe vincolarne eccessivamente l'esercizio del potere normativo, mirante al soddisfacimento di interessi generali, alla prospettiva di azioni risarcitorie individuali⁶¹.

4. La Corte, in definitiva, non solo conferma la propria indisponibilità ad un *révirement* del suo orientamento in materia di efficacia diretta delle norme OMC e delle decisioni del DSB, ma sembra precludere definitivamente la possibilità per i privati di ottenere un risarcimento attraverso l'affermazione di un percorso giurisdizionale alternativo, fondato sul riconoscimento di una responsabilità extracontrattuale⁶² della Comunità derivante da attività lecite: ciò che avrebbe consentito, nelle parole dell'Avvocato generale, di fare compiere alla giurisprudenza comunitaria il passaggio "dallo stadio dell'eventualità a quello della certezza, dal tempo delle esitazioni a quello delle soluzioni"⁶³ oltre che, probabilmente, rendere maggiormente aderente l'ordinamento comunitario al principio di una tutela giurisdizionale davvero effettiva⁶⁴.

Le valutazioni della Corte meritano prudente ponderazione, e per più ragioni. Anzitutto, e per riprendere le considerazioni svolte dal giudice di primo grado, non sembra del tutto corretto fare ricadere sugli operatori economici della Comunità le conseguenze dannose della condotta delle istituzioni comunitarie, impedendo loro di ottenere una compensazione economica a fronte dell'impossibilità di dimostrare l'illiceità della condotta contestata. Opportunamente, l'Avvocato generale Poireres Maduro ha sostenuto che l'affermazione di una responsabilità da atto lecito "servirebbe alle esigenze di buon governo" in quanto funzionale ad imporre al potere politico una attenta ponderazione dei costi che i cittadini comunitari si troverebbero a dovere patire in conseguenza della eventuale scelta di mantenere una normativa giudicata incompatibile con gli obblighi derivanti dall'OMC: il principio di una responsabilità da condotta lecita contribuirebbe in tal modo a salvaguardare l'uguaglianza dei cittadini dell'Unione,

⁶⁰ Sentenza *Dorsch Consult*, cit., punto 18, in cui la Corte ha solo precisato le condizioni cumulative (effettività del danno, nesso di causalità e carattere anormale del danno stesso) che devono sussistere qualora il principio della responsabilità da atto lecito dovesse venire accolto nell'ordinamento comunitario.

⁶¹ Punti 167-177.

⁶² È opportuno rammentare che l'azione di danni completa il sistema di garanzie giurisdizionali comunitarie, consentendo così alla Corte e al Tribunale di assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del trattato. Cfr. G. VENTURINI, *La responsabilità extracontrattuale delle Comunità europee*, Milano, 1980; M. MIGLIAZZA, *Recours en indemnité et protection des intérêts individuels: quel sont les changements souhaitables?*, in *CDE*, 1995, p. 585 ss.

⁶³ Punto 61.

⁶⁴ Lo sostiene G. GATTINARA, *La sentenza FIAMM della Corte di giustizia: dalla tutela giurisdizionale all'immunità dalla giurisdizione?*, in *DCSI*, 2009, p. 65 ss.

con il considerevole vantaggio per la Corte di potere continuare ad escludere effetti diretti al sistema OMC.

È appena il caso di rilevare le implicazioni della giurisprudenza della Corte in termini di forte svalutazione del sistema di soluzione pacifica delle controversie dell'OMC, notoriamente uno dei più riusciti tentativi di “giurisdizionalizzazione” delle dispute interstatuali nell'attuale panorama delle relazioni internazionali. Si tratta di una conclusione paradossale, probabile conseguenza del timore dei giudice di Lussemburgo di incursioni indesiderate da parte di altri organi giurisdizionali nel proprio “cortile di casa”.

Se il mancato accoglimento di istanze di maggiore tutela delle posizioni individuali evidenzia di certo la volontà politica di mantenere intatti i margini negoziali della Comunità rispetto alle proprie controparti commerciali, non si può non avvertire una certa preoccupazione per le eventuali implicazioni di tale orientamento sull'edificio comunitario nel suo complesso. Se, come è stato sostenuto, il mancato riconoscimento da parte del giudice comunitario di effetti diretti alle norme OMC viene ricondotto alla “volontà implicitamente espressa dagli Stati (...) di affidare le garanzie della loro osservanza unicamente a dinamiche e strumenti di garanzia di tipo interstatutale”⁶⁵, v'è da domandarsi quale sia il livello di effettiva penetrazione del diritto OMC nell'ordinamento comunitario. Come conciliare, in altri termini, una prospettiva secondo cui “(...) nel lungo periodo non esiste alcuna alternativa all'attuazione delle (...) decisioni del DSB” e per la quale “l'inottemperanza ad una (...) decisione del DSB (...) non è in nessun caso un'opzione ammessa dal diritto”⁶⁶, con le affermazioni dell'avvocato generale Léger, contenute nelle sue conclusioni alla causa *Ikea Wholesale c. Commissioners of Customs & Excise*, e secondo le quali “l'obiettivo del sistema commerciale internazionale non è di creare una comunità di diritto (...) le disposizioni degli accordi OMC sono interpretate secondo valutazioni e metodi diversi da quelli che possono essere (...) privilegiati dal giudice comunitario(...)”⁶⁷?

Rispetto alla nozione di “Comunità di diritto” accolta da tempo nell'ordinamento giuridico comunitario⁶⁸, non si può non rilevare che la prassi della Corte di Lussemburgo sembra escludere implicitamente la presenza di tali requisiti

⁶⁵ Così E. CANNIZZARO, *Il diritto internazionale nell'ordinamento giuridico comunitario: il contributo della sentenza Intertanko*, in *DUE*, 2008, p. 645 ss.

⁶⁶ Conclusioni dell'Avvocato generale Alber presentate il 15 maggio 2003 nel caso *Biret*, cit. (punti 81 e 86).

⁶⁷ Conclusioni presentate il 6 aprile 2006 (punti 84 e 85) e sentenza della Corte del 27 settembre 2007, causa C-351/04, *Raccolta*, p. I-7223.

⁶⁸ In un celebre passaggio della sentenza del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti ecologiste “Les Verts” c. Parlamento*, *Raccolta*, p. I-1339 la Corte ha sostenuto che “la CEE è una Comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Corte costituzionale di base costituita dal Trattato” (punto 23). Il principio è stato successivamente riaffermato nelle sentenze del 6 dicembre 2005, causa C-461/03, *Gaston Schul Douane-expediteur*, *ivi*, p. I-10513 (punto 22); del 25 luglio 2002, causa C-50/00 P, *Union de Pequeños Agricultores c. Consiglio*, *ivi*, p. I-6677 (punti 38 e 40). Sul

nell'ordinamento OMC a causa della perdurante opzione negoziale lasciata ancora nella libera disponibilità degli Stati del tutto facultati ad impiegarla in luogo di procedimenti giurisdizionali: una tale prospettiva, peraltro, è perfettamente compatibile con la comprensibile preoccupazione della Corte di giustizia di salvaguardare le caratteristiche e i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario a fronte di accordi internazionali la cui attuazione comporterebbe un impatto troppo forte sull'insieme delle competenze e delle politiche dell'Unione⁶⁹. Tuttavia, non si può non auspicare da parte delle istituzioni comunitarie l'individuazione delle opportune forme di garanzia delle posizioni giuridiche individuali idonee a configurare le più efficaci forme di tutela degli interessi dei soggetti privati della Comunità: tale approccio, che potrebbe essere perseguito attraverso modifiche normative ma anche ammettendo la possibilità di riconoscere a talune disposizioni del sistema OMC l'idoneità a conferire diritti ai singoli⁷⁰, appare forse l'unica prospettiva che possa conciliare la realistica presa d'atto della consolidata giurisprudenza della Corte in materia di effetti diretti delle norme OMC con la necessità di temperarne i rigori⁷¹.

Abstract

European Court Rejects Damages Claims from Two Italian Enterprises: The *FIAMM* and *Fedon* Cases before the Luxembourg Court

The European Court of Justice dismissed appeals by two Italian companies seeking compensation for damages suffered after the WTO Dispute Settlement Body authorized the United States to suspend tariff concessions against the European Community as a sanction against the EC's banana import regime. According to the Court, there is neither an EC's liability for unlawful conduct nor a lawful one, resulting from a failure of its institutions to comply with WTO rulings. By so doing, private subjects within the European legal order are not allowed a legal remedy to obtain monetary compensation.

rilievo del principio enunciato dalla Corte nella materia delle relazioni esterne, cfr. A. DAVÌ, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali*, Napoli, 1993, p. 548 ss.

⁶⁹ Così P. MENGOZZI, *Private International Law and the WTO Law*, in *RCADI*, 2001, 292, p. 249 ss., che considera gli Accordi OMC come un "all pervading set of international treaties".

⁷⁰ Come suggerisce G. GATTINARA, *La responsabilità extracontrattuale*, cit., p. 151.

⁷¹ Per P. MENGOZZI, *L'incidence de la globalisation sur la réglementation de la participation communautaire au système du commerce International*, in *DUE*, 2008, p. 671 ss., sarebbe auspicabile la previsione normativa di un sistema generale obbligatorio di assicurazione che copra i rischi dei danni derivanti da attività economiche del tipo di quelli patiti dalle imprese ricorrenti.



Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiche

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Diritto dei rifugiati e forme complementari di protezione. – 3. Il contesto europeo: la strada verso una comunitarizzazione della materia. – 4. Tratti essenziali del regime di protezione delineato dalla direttiva 2004/83 (c.d. direttiva qualifiche). – 5. Le tre ipotesi-tipo che secondo l'art. 15 legittimano il riconoscimento della protezione sussidiaria. In particolare: le minacce alla vita e all'incolumità individuale derivanti da violenza indiscriminata. – 6. Il caso *Elgafaji* e la pronuncia della Corte di giustizia. – 7. Conclusioni critiche.

1. Il 17 febbraio 2009 la Corte di giustizia si è espressa in via pregiudiziale nel caso *Elgafaji* al fine di chiarire la portata della protezione sussidiaria in situazioni di violenza indiscriminata, questione tra le più spinose poste dalla direttiva 2004/83 (c.d. direttiva qualifiche)¹. Questo caso costituisce la prima occasione per la Corte di giustizia, che peraltro ha una competenza assai limitata con riguardo alle materie del titolo IV TCE², di esprimersi sulla nozione comunitaria di protezione sussidiaria.

2. La direttiva qualifiche costituisce il primo strumento sovranazionale che delinea uno status di protezione complementare rispetto a quello predisposto dalla Convenzione di Ginevra del 1951 sullo status di rifugiato. La necessità di

¹ 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, *GUUE* L 304, 30 settembre 2004, p. 12 ss.

² Nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia delineato dal titolo IV TCE il rinvio pregiudiziale è soggetto a condizioni assai restrittive rispetto alla disciplina generale contenuta nell'art. 234 TCE. Tra le diverse limitazioni poste al riguardo dall'art. 68 TCE ci si limita a ricordare la più significativa, che legittima soltanto le c.d. giurisdizioni di ultima istanza a proporre questioni pregiudiziali.

prevedere forme di protezione c.d. complementari al fine di sopperire alle lacune del sistema di Ginevra non è certo nuova e può farsi risalire alla stessa epoca in cui gli Stati, decisi a regolare per via pattizia i flussi migratori dei richiedenti asilo, negoziavano la Convenzione sullo status di rifugiato. Questa, come è noto, garantisce una certa protezione a “chi a causa del fondato timore di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un particolare gruppo sociale od opinione politica, si trova al di fuori del suo Stato di nazionalità e non può – ovvero alla luce di questo timore, non vuole – avvalersi della protezione di questo Stato; oppure chi, essendo apolide, si trovi al di fuori dello Stato di propria abituale residenza per i suddetti motivi e non possa – ovvero non voglia – farvi ritorno”³. L’accesso alla protezione ivi contemplato viene dunque subordinato al fondato timore di persecuzione basata sui motivi tassativamente elencati.

Consapevoli che, pur applicando scrupolosamente la definizione convenzionale di rifugiato, residuano alcune categorie di persone che non rientrano nel ristretto ambito di operatività del sistema di Ginevra, le Parti contraenti all’atto della firma avevano espresso “the hope that the Convention (...) will have value as an example exceeding its contractual scope and that all nations will be guided by it in granting so far as possible to persons in their territory as refugees, and who would not be covered by the terms of the Convention, the treatment for which it provides”⁴. Una realizzazione concreta di quanto allora soltanto auspicato si è avuta, a livello regionale, con la Convenzione dell’Organizzazione dell’Unità Africana (OUA), che regola gli aspetti specifici dei problemi dei rifugiati in Africa⁵, e, in America Latina, con la Dichiarazione di Cartagena sui rifugiati⁶. Questi due strumenti ampliano la definizione di rifugiato estendendola a coloro i quali sono stati costretti ad abbandonare il proprio Paese vuoi “a causa di aggressione esterna, occupazione, dominio straniero o gravi turbamenti dell’ordine pubblico in tutto o in una parte del Paese di origine o di cittadinanza”⁷, vuoi “perché la loro vita, la loro sicurezza o la loro libertà [erano] minacciate da una violenza generalizzata, un’aggressione straniera, conflitti interni, una violazione massiccia dei diritti dell’uomo o altre circostanze che abbiano gravemente turbato l’ordine pubblico”⁸.

Per converso, negli altri continenti l’annoso problema della protezione degli asilanti che risultano esclusi dagli stretti parametri della Convenzione di Ginevra

³ Cfr. art. 1.A, 2° comma. Sulla nozione convenzionale di rifugiato v. tra gli altri P. BENVENUTI, *La Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati*, in L. PINESCHI (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti umani. Norme, garanzie, prassi*, Milano, 2006, p. 151 ss.

⁴ Cfr. raccomandazione E dell’Atto finale della Conferenza dei plenipotenziari del 1951.

⁵ La suddetta Convenzione è stata adottata dalla Conferenza dei Capi di Stato e di Governo dell’OUA riuniti ad Addis Abeba il 10 settembre 1969 ed è entrata in vigore il 20 giugno 1974.

⁶ Adottata dal “Colloquio sulla protezione internazionale dei rifugiati in America Centrale, Messico e Panama: problemi giuridici ed umanitari” svoltosi a Cartagena de Indias tra il 19 e il 22 novembre 1984.

⁷ Così la Convenzione dell’OUA, art. 2.

⁸ Così la Dichiarazione di Cartagena, par. III, punto 3.

e del relativo Protocollo addizionale del 1967⁹ è rimasto sostanzialmente inso-luto a livello internazionale¹⁰. In assenza della volontà politica necessaria per accordarsi su soluzioni condivise, gli Stati hanno proceduto *uti singuli* a predi-sporre forme di protezione complementare¹¹. La prassi statale, per quanto varie-gata, pare in gran parte condizionata dal carattere temporaneo e discrezionale¹² dei meccanismi adottati. La situazione prevalente nell'Unione europea prima dell'adozione della direttiva qualifiche non si discostava dal quadro testé delinea-to. In particolare, alcuni Paesi (quali Belgio, Irlanda e Regno Unito) predilige-vano il ricorso a meccanismi *ad hoc*, mentre altri Stati membri della UE avevano codificato diverse forme di protezione complementare, la cui gestione tuttavia era regolata secondo criteri improntati alla massima discrezionalità delle autorità statali¹³. Il contenuto sostanziale della protezione spaziava dunque dalla garan-zia del *non refoulement*, al rilascio di un titolo di soggiorno più o meno tempo-raneo fino al riconoscimento esplicito di una serie di diritti.

3. Lo sviluppo nel processo di integrazione europea, unitamente alla cre-scente pressione dei flussi migratori sul vecchio continente, hanno reso indiffe-ribile l'armonizzazione normativa del settore. Ciò è avvenuto secondo modalità inedite. Alla strada già tracciata e consistente nell'applicare la Convenzione di Ginevra a una sfera più ampia di persone rispetto ai suoi destinatari designati, gli Stati membri dell'Unione europea hanno preferito la creazione di un percorso parallelo, incentrato su un secondo status di protezione, denominato protezione sussidiaria.

⁹ Il Protocollo addizionale fu adottato a New York nel 1967 allo scopo di superare il limite geo-grafico e temporale, presente nella Convenzione di Ginevra (all'art. 1A, che fa riferimento agli "av-venimenti verificatesi anteriormente al 1° gennaio 1951 in Europa"), disponendone la soppressione.

¹⁰ Un tentativo di emulare le soluzioni adottate nei continenti africano e latino-americano è stato effettuato in tempi recenti dall'Asian-African Legal Consultative Organization, che nel *Final Text of the AALCO'S 1966 Bangkok Principles on Status and Treatment of Refugees as Adopted on 24 June 2001 at the AALCO'S 40th Session*, New Delhi, par. 2, reperibile *on line* all'indirizzo www.aalco.int, afferma: "The term 'refugee' shall also apply to every person, who, owing to ex-ternal aggression, occupation, foreign domination or events seriously disturbing public order in either part or the whole of his country of origin or nationality, is compelled to leave his place of habitual residence in order to seek refuge in another place outside his country of origin or nation-ality". Si tratta, tuttavia, di un'iniziativa che non riveste la solennità e l'importanza dei testi che l'hanno ispirata, come appare evidente *in primis* dal foro in cui si è svolta.

¹¹ Ad oggi peraltro non esiste una definizione universalmente condivisa di protezione comple-mentare. Cfr. UNHCR Executive Committee, *Conclusion on the Provision on the International Pro-tection Including through Complementary Forms of Protection*, 7 ottobre 2005.

¹² Generalmente, infatti, la decisione di ricorrere a forme di protezione complementari rispetto a quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra è di competenza dell'esecutivo. Al riguardo v. diffusamente D. BOUTEILLET-PAQUET (ed.), *Subsidiary Protection of Refugees in the European Union: Complementing the Geneva Convention?*, Bruxelles, 2002.

¹³ Nel contesto europeo un'eccezione era costituita dal Portogallo, il cui ordinamento contem-pla un vero e proprio diritto alla protezione a vantaggio di coloro che "non possono tornare" nel proprio Paese di provenienza a causa della "grave insicurezza generata da un conflitto armato o da una situazione di violazione sistematica dei diritti umani" (cfr. legge portoghese del 16 marzo 1998, n. 15, art. 8, 1° comma).

La necessità di predisporre norme comuni in materia è stata affermata per la prima volta al Consiglio europeo di Tampere, e poi codificata ad Amsterdam nell'art. 63 TCE. Per la realizzazione concreta della comunitarizzazione della protezione sussidiaria si è tuttavia dovuto attendere fino al 2001, anno a cui risale la primigenia formulazione della direttiva 2004/83¹⁴. Peraltro, sulla base di una proposta formulata dal Governo danese già nel marzo 1997, gli Stati membri erano stati invitati a fornire informazioni sulle prassi seguite in tema di protezione complementare. Il quadro che risultava da questi dati¹⁵ mostrava una prassi generalizzata, ma non necessariamente formalizzata, di concedere forme di protezione per motivi latamente umanitari. Prassi che peraltro, come si è detto, era alquanto diversificata da uno Stato all'altro.

L'intento della direttiva, nella proposta iniziale della Commissione¹⁶, avrebbe dovuto essere *inter alia*¹⁷ quello di approntare una disciplina comune della protezione sussidiaria che prendesse spunto dai "best elements" delle prassi degli Stati membri¹⁸. Un'osservazione attenta del contenuto dello strumento in questione induce tuttavia, come si vedrà, a dubitare che i buoni propositi avanzati dalla Commissione abbiano trovato un riscontro effettivo nello strumento¹⁹. Nel testo finale, infatti, il contenuto della protezione, come l'ambito dei suoi beneficiari, risultano assai circoscritti rispetto a quanto inizialmente proposto.

4. Che il regime di protezione internazionale – intendendosi con questa espressione, come concepita dalla direttiva stessa, i due status di rifugiato e di protezione

¹⁴ Si ricorda che il Regno Unito, l'Irlanda e la Danimarca, ai sensi dei Protocolli n. 4 e 5 allegati al TCE e al TUE, non sono vincolati dal titolo IV, né dagli atti adottati in base a tale titolo e dalle convenzioni concluse nello stesso settore. Tuttavia, il Regno Unito e l'Irlanda possono decidere in qualsiasi momento di accettare specifiche misure fondate sul titolo IV. Della facoltà questi Stati si sono avvalsi con riferimento alla direttiva qualifiche. Quanto alla Danimarca, che non è formalmente vincolata dalla direttiva in questione, già dal 2002 aveva manifestato l'intenzione di armonizzare la propria prassi in materia con quella degli altri Stati membri. A ciò ha poi provveduto concretamente nel 2005 con l'adozione dell'*Aliens Act*, che dispone la concessione di un permesso di soggiorno ai rifugiati, agli stranieri che rischiano "the death penalty or being subjected to torture or inhuman or degrading treatment or punishment in case of return to his country of origin" e a individui, considerati a norma della sezione 48 lett. e) come "asylum seeker" che necessitano di protezione a motivo di "essential considerations of a humanitarian nature".

¹⁵ Cfr. il documento del Consiglio 12261/00, del 12 ottobre 2000, recante "Compilation of replies received to the questionnaire on alternative forms of protection to refugee status under the Geneva Convention".

¹⁶ Cfr. proposta di direttiva del 12 settembre 2001, COM(2001)510 def., *GUCE* C51 E, 26 febbraio 2002, p. 1 ss.

¹⁷ Lo scopo principale della direttiva, come esplicitamente dichiarato al 6° "considerando" del preambolo, è invece "quello da una parte, di assicurare che gli Stati membri applichino criteri comuni per identificare le persone che hanno effettivamente bisogno di protezione internazionale e, dall'altra, di assicurare che un livello minimo di prestazioni sia disponibile per tali persone in tutti gli Stati membri".

¹⁸ Cfr. il Memorandum esplicativo della Commissione.

¹⁹ L'opinione che la direttiva sia basata "on a restrictive interpretation of existing practices rather than a new regime" (così J. McADAM, *The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime*, in *IJRL*, 2005, p. 463) è alquanto diffusa in dottrina.

sussidiaria ivi definiti²⁰ – delineato nella direttiva sia ben lungi dal riflettere le pratiche più avanzate esistenti al riguardo in alcuni Stati membri è evidente anzitutto nella definizione assai restrittiva di alcuni elementi essenziali della nozione di rifugiato, quali ad esempio il concetto di “persecuzione” e di “determinato gruppo sociale”²¹. Alquanto arbitrario appare inoltre l’aver escluso dal novero dei virtuali beneficiari della protezione internazionale i cittadini dei Paesi membri; esclusione che, pur avendo un impatto assai limitato, equivale a una ridefinizione in senso restrittivo del concetto di rifugiato – in quanto tale vietata dalla Convenzione di Ginevra²² – e a una discriminazione sulla base del Paese di origine, anch’essa vietata dalla suddetta Convenzione²³. La decisione di considerarsi reciprocamente Paesi di origine “sicuri” non è nuova, bensì fu adottata per la prima volta al momento della firma del Trattato di Amsterdam, e poi codificata in un apposito Protocollo²⁴. Tale riconoscimento ai sensi del Protocollo subisce delle

²⁰ Cfr. l’art. 2, lett. a) della direttiva 2004/83, cit.

²¹ Cfr. gli articoli 9 e 10, 1° comma, lett. d) della medesima Convenzione. In particolare gli atti di persecuzione, secondo l’art. 9, 1° comma, devono: “a) essere sufficientemente gravi, per loro natura o frequenza, da rappresentare una violazione grave dei diritti umani fondamentali, in particolare dei diritti per cui qualsiasi deroga è esclusa a norma dell’articolo 15, paragrafo 2, della convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali; oppure b) costituire la somma di diverse misure, tra cui violazioni dei diritti umani, il cui impatto sia sufficientemente grave da esercitare sulla persona un effetto analogo a quello di cui alla lettera a)”. Come osserva J. F. DURIEUX, *Salah Sheekh is a Refugee: New Insights into Primary and Subsidiary Forms of Protection*, *Refugee Studies Centre, Working Paper Series* n. 49, ottobre 2008, p. 16, “(a) serious violation of Article 3 ECHR, which is non-derogable, will therefore always be an act of persecution – but this does not mean that a less serious breach of the same or another protected right would necessarily fall outside the scope of the 1951 Convention”.

Discutibili appaiono altresì gli articoli 7, 1° comma, e 8 della direttiva, alla cui stregua i requisiti per accedere allo status di rifugiato non sono presenti quando esiste un’alternativa di fuga all’interno del Paese e quando la protezione può essere fornita da attori non statali. Si considera inoltre sufficiente che gli attori statali o non statali adottino “adeguate misure per impedire che possano essere inflitti atti persecutori” (art. 7, 2° comma), indipendentemente dunque dall’efficacia concreta di tali misure.

²² L’art. 42 della Convenzione di Ginevra proibisce infatti l’apposizione di riserve *inter alia* agli articoli 1 (Definizione del termine “rifugiato”) e 3 (Non discriminazione).

²³ Cfr. art. 3 della Convenzione di Ginevra. Le riferite perplessità si sono accentuate a seguito dell’allargamento e del conseguente ingresso nella UE dei Paesi dell’Europa orientale. In questo senso v. ad es. G. GILBERT, *Is Europe Living Up to Its Obligations to Refugees?*, in *EJIL*, 2004, p. 975, il quale rileva: “Given that the Brussels meeting included the 10 new EU Member States, it is not at all clear that Roma in some of those states are not subjected to persecution on racial grounds or as members of a particular social group and cannot avail themselves of the proper protection of the state”. In senso analogo, seppure con riferimento alla protezione sussidiaria, cfr. S. PEERS, N. ROGERS (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary*, Leiden, 2006, p. 335.

²⁴ Cfr. l’art. 1 del Protocollo n. 29 sull’asilo per i cittadini degli Stati membri dell’Unione europea, del 1997, allegato al Trattato di Amsterdam in cui si prevede che gli Stati membri dell’Unione europea “dato il livello di tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da essi garantito, si considerano reciprocamente paesi d’origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l’asilo”.

eccezioni nel caso in cui uno Stato si sia avvalso della facoltà di deroga prevista dall'art. 15 CEDU, o allorché il Consiglio abbia avviato o concluso il procedimento previsto dall'art. 7 TUE²⁵. Se la presunzione che gli Stati membri siano Paesi d'origine sicuri per tutte le questioni concernenti l'asilo già all'epoca aveva suscitato forti perplessità in dottrina²⁶, ancora più grave appare l'aver riproposto la riferita presunzione depurata delle seppur minime eccezioni previste ad Amsterdam.

Secondo la direttiva è ammissibile alla protezione sussidiaria il “cittadino di un paese terzo o apolide che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma nei cui confronti sussistono fondati motivi di ritenere che, se ritornasse nel paese di origine, o, nel caso di un apolide, se ritornasse nel paese nel quale aveva precedentemente la dimora abituale, correrebbe un rischio effettivo di subire un grave danno come definito all'articolo 15, e al quale non si applica l'articolo 17, paragrafi 1 e 2, e il quale non può o, a causa di tale rischio, non vuole avvalersi della protezione di detto paese”²⁷. La protezione sussidiaria può essere accordata soltanto a coloro che non possiedono i requisiti per accedere allo status di rifugiato. Tuttavia, la sussistenza delle diverse cause di esclusione, cessazione e revoca enunciate all'art. 17, che tra l'altro sono ben più numerose di quelle relative allo status di rifugiato, fa sì che la protezione sussidiaria non possa essere considerata una forma di protezione residuale, “di chiusura” rispetto a quella derivante dalla Convenzione di Ginevra²⁸.

La richiesta di protezione internazionale è indifferenziata, spettando poi alle autorità competenti verificare se sussistano le condizioni per riconoscere lo sta-

²⁵ Cfr. art. 1, lett. a), b) e c). Si prevede infine la facoltà, per lo Stato membro che riceve una richiesta di asilo dal cittadino di un altro membro della UE, di esaminare unilateralmente la domanda. Di tale decisione il Consiglio verrà immediatamente informato e la domanda sarà trattata sul presupposto di una sua manifesta infondatezza (art. 1, lett. d).

²⁶ F. CREPEAU, J.-Y. CARLIER, *Intégration régionale et politique migratoire. Le “Modèle” européen entre coopération et communitarisation*, in *JDI*, 2004, p. 990. È stato correttamente evidenziato che “(...) on the basis of Article 307 EC, the Member States are still bound by their prior obligations under the Convention relating to the Status of Refugees when dealing with an application for asylum of a national of another Member State of the EU” (K. LENAERTS, E. DE SMIJTER, *The European Union as an Actor under International Law*, in *YEL*, 1999-2000, p. 117).

²⁷ Cfr. art. 2, lett. e); R. PIOTROWICZ, C. VAN ECK, *Subsidiary Protection and Primary Rights*, in *ICLQ*, 2004, p. 113 affermano che il testo della direttiva, come emendato, non impone più agli Stati un obbligo di accordare la protezione sussidiaria. Nella proposta originaria in effetti si disponeva che “subsidiary protection shall be granted” (art. 5, 2° comma della proposta), mentre nell'art. 2, lett. e) del testo definitivo si parla di “person eligible for subsidiary protection”. Una dizione assimilabile a quella originaria si rinviene tuttavia all'art. 18, recante “Riconoscimento dello status di protezione sussidiaria”, dove si prevede che gli Stati “shall grant” lo status di protezione sussidiaria a un cittadino di un Paese terzo o a un apolide ammissibile a beneficiare della protezione sussidiaria in conformità dei capi II e V. I corsivi sono aggiunti.

²⁸ “Le projet de directive codifie donc une situation qui existe d'ores et déjà dans tous les Etats membres, sans remédier spécifiquement au problème de ces ‘clandestins officiels’. On peut cependant regretter que la Commission prenne acte de cet état de fait et l'érige en système de droit commun aux Quinze”. Così D. BOUTEILLET-PAQUET, *Evaluation de la proposition de directive européenne sur la notion de réfugié et la protection subsidiaire du point de vue de l'expérience des Etats membres*, in D. BOUTEILLET-PAQUET (ed.), *op. cit.*, p. 90.

tus di rifugiato ovvero di protezione sussidiaria. La differenza tra i due status non è di scarso rilievo, e può apprezzarsi sotto diversi profili. Anzitutto, il contenuto della protezione non è il medesimo, giacché lo standard di tutela connesso alla protezione sussidiaria è inferiore rispetto a quello previsto per i rifugiati e per molta parte la sua realizzazione è rimessa alla buona volontà degli Stati. A ciò si aggiunge il diverso trattamento previsto, in merito alle condizioni di accoglienza, dalla direttiva 2003/9/CE, che garantisce un livello minimo di tutela soltanto ai richiedenti asilo, lasciando invece piena discrezionalità agli Stati circa l'estensione di tali garanzie a coloro che richiedono protezione sussidiaria²⁹. In secondo luogo, il permesso di soggiorno rilasciato ai beneficiari dello status di protezione sussidiaria ha una durata minima assai più breve (un anno invece di tre), sul presupposto di una indimostrata maggiore transitorietà delle circostanze che determinano il riconoscimento dello status in questione.

Le riferite distinzioni sono state a ragione considerate arbitrarie giacché entrambi gli status sono riconducibili a una medesima esigenza di protezione³⁰, e sollevano pertanto forti dubbi in merito alla loro conformità al principio di non discriminazione³¹. In quest'ottica altrettanto discutibile è il disegno, prospettato per la prima volta nel progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa e confermato di recente nel Trattato di Lisbona, di costituzionalizzare, e dunque cristallizzare, la suddetta dicotomia tra i due status³².

²⁹ Facoltà di cui peraltro gli Stati in genere non si sono avvalsi in sede di attuazione. Cfr. art. 3, 4° comma della 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.

³⁰ In questo senso v. B. NASCIBENE, *Il futuro della politica europea di asilo*, *ISPI Working Paper*, giugno 2008, n. 25, p. 9, che sottolinea tuttavia come soltanto per lo status di rifugiato vi sia una base giuridica internazionale che riconosce tale bisogno di protezione.

³¹ Il principio di non discriminazione, o di eguaglianza, è riconosciuto e protetto sia dai trattati internazionali sui diritti dell'uomo (cfr. CEDU, art 14 e Protocollo n. 12; Patto sui diritti civili e politici, art. 26) che dal diritto comunitario in qualità di principio generale. La direttiva, invece, pur effettuando un richiamo agli obblighi internazionali degli Stati che vietano le discriminazioni, ne limita il rilievo al trattamento delle persone che rientrano nel suo campo di applicazione (cfr. 11° "considerando"). In dottrina v. al riguardo: S. PEERS, N. ROGERS (eds.), *op. cit.*, p. 340; H. LAMBERT, *The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law*, in *ICLQ*, 2006, p. 177, che nota altresì come negli ordinamenti in cui il principio di eguaglianza si vede riconoscere rango costituzionale il trattamento differenziato previsto per i due status di protezione internazionale potrebbe presentare profili di incostituzionalità. Da parte sua, J. MCADAM, *Complementary Protection in International Refugee Law*, Oxford, 2006, p. 220 s., osserva: "States may (...) be justified in carving out separate rights regimes for different types of non-removable persons, provided that they can identify materially different circumstances justifying differential treatment. If they cannot, then the treatment may be discriminatory. The 'materially different circumstances' premise is fundamental to determining the legality of aliens' relative rights under international law, and is crucial to the argument that beneficiaries of complementary protection deserve the same status as Convention refugees on the basis that their circumstances are materially identical. In UNHCR's view, 'it is doubtful that international law would permit selective provision of international protection according to category'".

³² In questo senso v. L. ZAGATO, *Le competenze della UE in materia di asilo dopo i Trattati di Amsterdam e di Nizza, e nella prospettiva del Trattato su una Costituzione per l'Europa*, in

La direttiva intende stabilire soltanto degli standard minimi, disponendo che gli Stati hanno facoltà (“may”) di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli in merito alla determinazione dei soggetti che possono accedere alla protezione internazionale, come al contenuto della protezione stessa³³. La previsione di standard minimi può dirsi d'altronde imposta dal TCE, in particolare dagli articoli 63, 1° comma, lett. c) e 63, 2° comma, lett. a), che costituiscono la base giuridica della direttiva. Se ciò è incontestato, desta invece alcune preoccupazioni l'assenza, da un lato, di una clausola di *standstill*³⁴, e dall'altro, di una chiara affermazione del primato degli strumenti internazionali e in particolare della Convenzione di Ginevra³⁵. Si deve notare, inoltre, che la possibilità lasciata agli Stati di prevedere una protezione più estesa viene condizionata alla sua compatibilità con le disposizioni della direttiva³⁶. La suddetta facoltà sembra peraltro doversi leggere alla luce del 9° “considerando” preambolare, che

AA.VV., *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, I, Padova, 2006, p. 153. Cfr. art. III-266 del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa; art. 63 del Trattato di Lisbona. Entrambi fanno riferimento a una nozione ampia di asilo, comprensiva dei due status di rifugiato e protezione sussidiaria e della protezione temporanea.

³³ Cfr. art. 3. Di analogo tenore è l'8° “considerando” del preambolo, che così recita: “Discende dalla natura stessa delle norme minime che gli Stati membri dovrebbero avere facoltà di stabilire o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli per i cittadini di paesi terzi o per gli apolidi che chiedono ad uno Stato membro protezione internazionale, qualora tale richiesta sia intesa come basata sul fatto che la persona interessata è o un rifugiato ai sensi dell'articolo 1A della convenzione di Ginevra o una persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale”. Di questa facoltà si sono avvalsi diversi Stati tra i quali, ad esempio, la Finlandia. L'Assemblea parlamentare finlandese ha considerato imprescindibile, per tener fede ai propri obblighi in materia di diritti umani, mantenere in vigore quelle forme complementari di protezione già previste nell'ordinamento interno e non sostituite dalla direttiva. Cfr. *Opinion of the Constitutional Law Committee on the Government Proposal for an Act Amending the Aliens Act* (PeVL 7/2008 vp). Per quanto concerne l'Italia, merita rilevare come sia stata mantenuto il permesso per motivi umanitari, la cui applicazione ha adesso natura residuale.

³⁴ La clausola di *standstill*, o di “non regressione”, è contenuta in molte direttive comunitarie ed è volta a impedire la riduzione del livello di tutela, riconosciuto dagli ordinamenti interni nell'ambito di un determinato settore, nell'attuazione della relativa direttiva. L'introduzione di una siffatta clausola era stata proposta, senza successo, dal Parlamento europeo (cfr. parere dell'8 ottobre 2002, P5-A(2002)0333, 18° emendamento, *GUUE* C 300 E, 11 dicembre 2003, p. 134).

³⁵ S. PEERS, N. ROGERS (eds.), *op. cit.*, p. 333. “Express reference to Member States' international obligations would have created legal certainty and given primacy to the international instruments” (p. 334).

³⁶ H. LAMBERT, *op. cit.*, p. 164, nota che “[t]his wording is problematic because strictly speaking, ‘compatible’ could be taken to mean consistency with the provisions contained in the Directive – in which case Member States with less restrictive provisions would have to adopt the more restrictive Directive versions”. In senso analogo si esprime anche J. MCADAM, *The European Union Proposal on Subsidiary Protection: An Analysis and Assessment*, UNHCR *New Issues in Refugee Research, Working Paper* n. 74, Geneva, dicembre 2002, p. 3. M. T. GIL-BAZO, *Refugee status, Subsidiary Protection, and the Right to be Granted Asylum under EC Law*, *New Issues in Refugee Research, Research Paper* No. 136, novembre 2006, p. 18, osserva poi che “should Member States decide to grant protection to excludable individuals that they are not allowed to remove under international human rights law, this may be interpreted as a breach of Article 3 of the Directive by being incompatible with the obligation to exclude imposed by Article 17 of the Directive”.

esclude dal campo di applicazione della direttiva coloro ai quali “è concesso di rimanere nel territorio di uno Stato membro non perché bisognosi di protezione internazionale, ma per motivi caritatevoli o umanitari riconosciuti su base discrezionale”. Se così è, non appare peregrino immaginare come alcuni tra gli Stati più virtuosi possano sentirsi pienamente legittimati, se non indotti, ad abbassare il livello di protezione già previsto sul piano interno al fine di non dover sostenere un numero comparativamente superiore di richieste di protezione internazionale³⁷.

La possibilità di mantenere livelli di protezione più favorevoli è stata criticata anche in senso opposto a quanto qui sostenuto, con l’argomento che una siffatta libertà di manovra lasciata agli Stati potrebbe frustrare gli obiettivi dell’armonizzazione comunitaria nel settore³⁸. Quest’ultima tesi si presta tuttavia a facili obiezioni, come evidenziato dai numerosi problemi di compatibilità del regime stabilito nella direttiva con il diritto dei rifugiati e i diritti dell’uomo. Invocare la necessità di un’armonizzazione per giustificare un abbassamento degli standard di protezione costituisce del resto un pericoloso alibi che ricorda i sempre più frequenti tentativi degli Stati di eludere i propri obblighi in tema di diritti umani appellandosi al dovere di ottemperare a direttive di organizzazioni internazionali.

5. Il danno grave che legittima il riconoscimento della protezione sussidiaria viene identificato, all’art. 15, in tre distinte ipotesi così formulate: a) condanna a morte o all’esecuzione della pena di morte; b) tortura o altra forma di pena o trattamento inumano o degradante ai danni del richiedente nel suo Paese di origine; c) minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale.

L’ipotesi di cui alla lett. a) non figurava nella proposta iniziale della Commissione, che faceva invece riferimento a una “violation of a human right, sufficiently severe to engage the Member State’s international obligations”³⁹.

³⁷ M. T. GIL-BAZO, *op. cit.*, p. 11 osserva al riguardo che “[g]iven that Member States remain under an *obligation* of international law not to remove these broader categories of individuals, and they often do so by granting them some formal status, the Directive goes against its stated objective ‘to ensure that Member States apply common criteria for the identification of persons genuinely in need of international protection’ by creating a category of persons protected by EC law, *in addition* to those that shall remain protected by the national legal orders of Member States *in fulfilment of their international obligations*. As Gilbert has pointed out, the Directive as drafted is seriously misleading about the scope of the Member States’ international legal obligations, as it seems to suggest that *all* those outside the scope of application of the Directive are allowed to remain by Member States on purely compassionate or humanitarian grounds (Recital 9), rather than on the basis of their international obligations”.

³⁸ Così H. STOREY e al., *Complementary Protection: Should There Be a Common Approach to Providing Protection to Persons who are not Covered by the 1951 Geneva Convention?*, Joint ILPA/IARLJ Symposium, 6 dicembre 1999, p. 3.

³⁹ Cfr. il par. 2 della proposta della Commissione.

Aggiunta in un secondo momento, la suddetta ipotesi trae diretta ispirazione dal Protocollo n. 6 alla CEDU, che abolisce la pena di morte in tempo di pace⁴⁰. Ad oggi, la pena di morte è stata peraltro definitivamente abolita in tutte le circostanze dal Protocollo n. 13, di cui sono parti tutti i Paesi membri della Convenzione europea del 1950⁴¹.

La lett. b) si riferisce invece al *non refoulement* in caso di tortura e di trattamenti inumani e degradanti e costituisce indubbiamente il nocciolo duro della protezione sussidiaria⁴². Ben prima dell'adozione della direttiva, infatti, tutti gli Stati membri dell'Unione avevano previsto nel proprio ordinamento interno dei meccanismi atti a garantire il non respingimento in tali casi. Anche questa seconda ipotesi trova la sua fonte di ispirazione nella CEDU, e in particolare nell'art. 3, che nell'interpretazione ormai consolidata datane dalla Corte di Strasburgo vieta in modo assoluto di allontanare, respingere o estradare un individuo verso uno Stato in cui vi siano gravi motivi per credere che esso rischierebbe di essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti⁴³.

Le situazioni-tipo contemplate alle lettere a) e b) non hanno determinato particolari difficoltà esegetiche o applicative. Alquanto controverso si è rivelato invece l'ultimo paragrafo, come dimostrato anche dalle diverse modifiche che ha subito durante il processo di redazione. Nella formulazione originaria si faceva riferimento a una minaccia alla vita, alla sicurezza o alla libertà risultante da violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato o da violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani. Una siffatta formulazione rivelava in modo inequivocabile come la Commissione, nel redigere questo paragrafo, avesse in mente due strumenti, relativi l'uno alla protezione temporanea e l'altro alla protezione

⁴⁰ Cfr. Protocollo n. 6 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali relativo all'abolizione della pena di morte del 28 aprile 1983, in vigore dal 1° maggio 1985.

⁴¹ Protocollo n. 13 del 3 maggio 2002 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, relativo all'abolizione della pena di morte in qualsiasi circostanza, in vigore dal 1° luglio 2003. Si noti che entrambi i Protocolli sono insuscettibili di deroga.

⁴² Così D. BOUTELLET-PAQUET, *Protection subsidiaire: progrès ou recul du droit d'asile in Europe? Une analyse critique de la législation des Etats membres de l'Union européenne*, in D. BOUTELLET-PAQUET (ed.), *op. cit.*, p. 173.

⁴³ Al riguardo cfr. le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 luglio 1989, *Soering c. Regno Unito*, ricorso n. 14038/88, in *Série A*, 61, p. 41 ss., par. 105 ss.; del 20 marzo 1991, *Cruz Varas e altri c. Svezia*, ricorso n. 15576/89, *ivi*, 20, p. 28, par. 69 ss.; del 30 ottobre 1991, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, ricorsi n. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, *ivi*, 215, p. 34 ss., par. 104 ss.; del 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito*, ricorso n. 22414/93, in *Recueil*, 1996-V, p. 1853 ss., par. 80; del 17 dicembre 1996, *Ahmed c. Austria*, ricorso n. 25964/94, *ivi*, 1996-VI, p. 2206, paragrafi 39-40. L'obbligo di *non refoulement* in caso di tortura trova un'enunciazione espressa nella Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984 (art. 3) e nella Convenzione interamericana sulla prevenzione e punizione della tortura del 1985 (art. 13). Rispetto a quanto disposto dalle suddette convenzioni la Corte europea ne ha esteso l'ambito di applicazione ai casi di trattamenti inumani e degradanti e in questa versione ampliata il *non refoulement* è stato recepito nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 19, 2° comma.

sussidiaria, adottati poco tempo prima rispettivamente dal Consiglio dell'Unione europea e dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Quanto al primo strumento, si tratta della direttiva 2001/55/CE 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 stessi⁴⁴. Tale direttiva è frutto delle esperienze maturate a seguito dei conflitti che avevano dilaniato la ex Jugoslavia nel decennio precedente e intende fornire una risposta immediata e necessariamente emergenziale al problema degli esodi massicci di popolazioni, sul presupposto che detti flussi rendono di fatto impraticabile il meccanismo di determinazione individuale dello status di rifugiato⁴⁵. A tal uopo, la direttiva prevede che gli Stati, previa decisione in tal senso del Consiglio a maggioranza qualificata, concederanno la protezione temporanea in caso di flusso massiccio di sfollati, con quest'ultima espressione intendendosi in particolare: a) le persone fuggite da zone di conflitto armato o di violenza endemica; b) le persone che siano soggette a rischio grave di violazioni sistematiche o generalizzate dei diritti umani o siano state vittime di siffatte violazioni. Nel Memorandum esplicativo del progetto di direttiva la Commissione, facendo precipuo riferimento allo strumento appena richiamato, aveva presentato la sua proposta come un naturale e necessario complemento della protezione temporanea al fine di tutelare quegli esuli che, fuggendo da soli o in piccoli gruppi, non costituiscono parte di un flusso massiccio⁴⁶.

Di poco successiva e di influenza equivalente sulla nozione in discorso come intesa originariamente dalla Commissione è la raccomandazione 2001 (18) del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla protezione sussidiaria. Questo atto raccomanda agli Stati di concedere la suddetta protezione a coloro che, *inter alia*, sono esposti ad un rischio di tortura o di pena o trattamento crudele, inumano o degradante nel proprio Paese di origine, oppure sono stati costretti a fuggire o a rimanere al di fuori del proprio Paese come conseguenza

⁴⁴ Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, *GUCE* L 212, 7 agosto 2001, p. 12 ss.

⁴⁵ La durata della protezione temporanea è fissata a un anno eventualmente prorogabile di sei mesi in sei mesi fino a un ulteriore anno (art. 4, par. 1), oppure anche in precedenza allorché la situazione nel Paese di origine permetta un rimpatrio sicuro e stabile (art. 6). La protezione temporanea, come concepita dalla direttiva 2001/55/CE, non intende comunque pregiudicare il riconoscimento dello status di rifugiato ai sensi della Convenzione di Ginevra (cfr. art. 31). È previsto tuttavia che gli Stati possano disporre la non cumulabilità della protezione temporanea con lo status di richiedente asilo durante il periodo di esame della domanda (art. 19, 1° comma). Ciò, secondo G. GILBERT, *op. cit.*, p. 983, nota 84, potrebbe costituire un "disincentive to apply for refugee status". Sulla protezione temporanea si veda estesamente J. FITZPATRICK, *Temporary Protection of Refugees: Elements of a Formalized Regime*, in *AJIL*, 2000, p. 279 ss.

⁴⁶ "Member States are bound to cover persons falling into this category where they arrive in a Council agreed 'mass influx' so it is consistent and appropriate to include them also when they arrive individually, and do not qualify as a refugee".

di una minaccia alla loro vita, sicurezza o libertà, per ragioni di violenza indiscriminata derivanti da situazioni come quella di un conflitto armato⁴⁷.

In fase di redazione della direttiva l'ipotesi in esame ha subito numerosi e significativi interventi di modifica. In primo luogo, il riferimento a situazioni in cui sussiste il rischio di violazioni generalizzate e sistematiche dei diritti umani, non essendo stato accolto con favore dagli Stati, è stato eliminato *tout court*. Venuto meno l'originario parallelismo con la protezione temporanea, il danno grave a cui si riferisce l'attuale lett. c) deve necessariamente verificarsi in situazioni di conflitto armato.

La ridefinizione in senso restrittivo della sfera di applicazione di questa ipotesi è stata accolta con particolare apprensione dall'UNHCR (United Nations High Commission for Refugees) che, nel contestare l'opportunità di un riferimento espresso a contesti conflittuali, ha osservato: "Persons who face a real risk of serious harm due to indiscriminate violence and widespread human rights violations are in need of international protection regardless of whether the context is classified as an international or internal armed conflict. This is reflected in the Temporary Protection Directive which ensures that Member States protect the following persons in the event of a mass influx"⁴⁸. Appare altresì fondato il timore che l'esplicito riferimento a situazioni di conflitto potrebbe indurre gli Stati a un'aprioristica esclusione dallo status di rifugiato di tutti coloro che provengono da tali contesti⁴⁹. E ciò malgrado l'applicabilità della Convenzione di Ginevra nelle situazioni di flussi massicci derivanti *inter alia* da conflitti sia

⁴⁷ Cfr. il par. 1 della raccomandazione 2001 (18) adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 27 novembre 2001. Secondo T. SPIJKERBOER, *Subsidiarity in Asylum Law. The Personal Scope of International Protection*, in D. BOUTELLET-PAQUET (ed.), *op. cit.*, p. 40, considerando che tutti gli Stati membri della UE sono anche membri del Consiglio d'Europa e "[e] specially because the Council of Ministers must have been aware of the relevance of its decisions in the light of the Commission draft which was published a few months earlier, its intention will hardly have been more than to lay down State practice".

⁴⁸ UNHCR, *Asylum in the European Union: A Study of the Implementation of the Qualification Directive*, Bruxelles, novembre 2007, p. 78. L'UNHCR chiedeva pertanto l'eliminazione del riferimento a situazioni di conflitto armato. In senso analogo si esprime J. MCADAM, *Complementary protection*, cit., p. 74: "For legal and logical consistency, subsidiary protection ought to protect persons fleeing individually or in small groups from situations which, in a mass influx, would result in protection. The rationale behind the Temporary Protection Directive is that the size of the influx makes it inefficient or impossible to process claims in the normal way, *not* that the nature of the threat is unique to mass influxes. Therefore to limit subsidiary protection in this way seems both illogical and inconsistent, premised on political fear of numbers rather than any legal basis".

⁴⁹ In questo senso J. F. DURIEUX, *op. cit.*, p. 18, che nota: "Somewhat paradoxically, the fact that a specific clause of the Directive – Article 15(c) – grants subsidiary protection to persons whose life or physical integrity is threatened by indiscriminate violence arising within a context of armed conflict may be used as an argument to deny refugee status to *anyone* fleeing a country at war". Della effettiva plausibilità di un siffatto scenario era consapevole la stessa Commissione: "While persons in flight from civil war or internal or generalised armed conflict are not necessarily Convention refugees, Member States should ensure that neither are they automatically excluded from refugee status" (cfr. Memorandum esplicativo, cit., p. 21, e art. 11, 2° comma, lett. c) della proposta).

incontestata⁵⁰, come è stato d'altronde solennemente riconosciuto dagli Stati in occasione delle *Global Consultations* indette dall'UNHCR nel 2001⁵¹.

Un secondo intervento di rilievo riguarda la natura della minaccia a cui deve essere sottoposto il singolo, che nel testo finale viene qualificata “grave e individuale”. Il requisito dell'individualità della minaccia è stato introdotto col precipuo intento di evitare “an undesired opening of the scope” della lett. c)⁵². Il risultato appare tuttavia contraddittorio, specie se si legge il suddetto paragrafo alla luce del 26° “considerando” del preambolo, che così recita: “I rischi a cui è esposta in generale la popolazione o una parte della popolazione di un paese di norma non costituiscono di per sé una minaccia individuale da definirsi come danno grave”.

Lo standard probatorio per accedere alla protezione sussidiaria, che è definito all'art. 2, lett. e), consiste nella prova dell'esistenza di “substantial grounds”⁵³ di ritenere che il richiedente, se rimpatriato, correrebbe un rischio effettivo (“real”) di subire un danno grave *ex art.* 15. La direttiva non si diffonde sullo standard in questione, ma appare evidente dai lavori preparatori l'intenzione di prevedere una differente e più onerosa valutazione del rischio per accedere alla protezione sussidiaria⁵⁴ rispetto a quanto contemplato a proposito dello

⁵⁰ “While the definition of a refugee in Article 1A(2) may be individualistic with regard to the (well-founded fear of being persecuted) standard, the categories on which a claim of persecution may be founded are clearly group ones. To assert that the Convention does not apply in cases of mass influx is tantamount to saying that the individual does not exist in a group. Similarly, the *travaux préparatoires* do not reveal any intention to exclude collective persecution from the ambit of the Convention. Rather, discussion at the drafting stage centred on (categories of refugees), with the implication that refugeehood was not an individualized concept but one that depended on belonging to a category or group”. Così J. F. DURIEUX, J. MCADAM, *Non-Refoulement through Time: The Case for a Derogation Clause to the Refugee Convention in Mass Influx Emergencies*, in A. F. BAYESKY (ed.), *Human Rights and Refugees, Internally Displaced Persons and Migrant Workers*, Leiden, 2006, p. 216. Per l'opinione che l'art. 1A, 2° comma della Convenzione di Ginevra fu redatto allo scopo precipuo di potersi applicare in situazioni di persecuzioni collettive, si veda T. SPIJKERBOER, *op. cit.*, pp. 25-29.

⁵¹ In tale occasione gli Stati, riconoscendo il perdurante rilievo della Convenzione di Ginevra nelle situazioni di flussi massicci, esprimevano la “strongly held view that refugees recognised on a *prima facie* basis are entitled to the same rights as refugees recognised under an individual refugees status determination scheme”; cfr. Ministerial Meeting of States Parties to the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the status of refugees, *Chairperson's Report on Roundtable 2: 'International Cooperation to Protect Masses in Flight' (inter alia Mass Influx, Burden and Responsibility Sharing, Security and Additional Instruments)*, 13 dicembre 2001, p. 2. E hanno affermato che è “quite possible, within the Convention, to develop a response to large-scale group arrivals”; cfr. UNHCR *Global Consultations, Protection of refugees in mass influx situations: overall protection framework*, EC/GC/01/4, 19 febbraio 2001, par. 18.

⁵² Nota della Presidenza al Coreper/Consiglio del 30 settembre 2002, doc. 12382/02 ASILE 47, p. 4.

⁵³ Si fa qui riferimento all'espressione utilizzata nel testo inglese poiché la locuzione utilizzata nella versione italiana – “fondati motivi” – non permette di apprezzare appieno la differenza tra i due test “substantial grounds” e “well-founded fear”.

⁵⁴ Cfr. H. BATTJES, *A Balance between Fairness and Efficiency? The Directive on International Protection and the Dublin Regulation*, in *EJML*, 2002, p. 164; R. PIOTROWICZ, C. VAN ECK, *op.*

status di rifugiato⁵⁵. D'altronde ciò si riscontra in Paesi quali gli Stati Uniti e il Canada, che applicano lo standard probatorio dei *substantial grounds* con riguardo alle richieste di protezione avanzate a norma della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura⁵⁶. Come è stato acutamente rilevato, la differenza sostanziale fra i due standard consiste nel fatto che il test del fondato timore si basa sulla percezione soggettiva del richiedente, mentre il secondo test è oggettivo, riferendosi al “decision-maker’s judgement that substantial grounds (based on objective circumstances) exist for believing that the applicant would face harm”⁵⁷. A differenza del primo, dunque, lo standard incentrato sui *substantial grounds* richiede un esame delle condizioni prevalenti nel Paese di provenienza del richiedente, in particolar modo per quanto concerne il rispetto dei diritti dell'uomo⁵⁸. Non si può tuttavia sottacere come le distinzioni tra i due criteri appaiano sensibilmente attenuate dall'art. 4 della direttiva, che nello stabilire in dettaglio gli elementi su cui deve basarsi la valutazione delle domande di protezione internazionale si riferisce indistintamente ad entrambi gli status di protezione e ai loro rispettivi standard probatori.

Se quanto appena osservato dovrebbe valere in via generale per ciascuna delle tre situazioni-tipo contemplate dall'art. 15, ciò non toglie che la lett. c) di quest'ultima disposizione è formulata in modo tale da lasciar presupporre l'applicabilità di uno standard probatorio meno oneroso. Il danno grave di cui alla lett. c) non consiste infatti in un atto, quale la condanna a morte o le torture, che potrebbe subire il singolo, bensì in una “minaccia” – purché grave e individuale – alla vita o alla persona derivante dalla violenza generalizzata⁵⁹. D'altra parte, l'abbassamento della soglia dell'onere probatorio si giustifica anche in ragione

cit., p. 113; J. Y. CARLIER, *Réfugiés: Identification et statut des personnes à protéger. La directive “qualification”*, in F. JULIEN-LAFERRIÈRE, H. LABAYLE, Ö. EDSTRÖM (eds.), *The European Immigration and Asylum Policy: Critical Assessment after Five Years after the Amsterdam Treaty*, Bruxelles, 2005, p. 34.

⁵⁵ Nella proposta della Commissione, infatti, lo standard di prova era per entrambi gli status il fondato timore (*well-founded fear*). Cfr. l'art. 5, 2° comma della proposta: “subsidiary protection shall be granted to any third country national (...) who, owing to a well-founded fear of suffering serious and unjustified harm set out in article 15 (...)”. Si noti che la Svezia, proprio al fine di garantire che non sussistessero differenze quanto all'onere probatorio i due status, aveva proposto di reintrodurre lo standard del fondato timore per la protezione sussidiaria (documento del Consiglio del 25 settembre 2002, doc. 12199/02 ASILE 45, p. 3, n. 3).

⁵⁶ In entrambi i Paesi lo standard applicato nel determinare se l'espulsione o il respingimento di un individuo possa esporlo al rischio di subire torture è quello del bilanciamento delle probabilità (*balance of probabilities*): il non respingimento sarà obbligatorio allorché il rischio di essere sottoposto a trattamenti contrari all'art. 3 della Convenzione contro la tortura del 1984 sia “more likely than not”. Cfr. 8 CFR §208.16(c)(2) e §208.13(b)(2); *Li v. Canada* (Minister for citizenship and immigration) [2005] 3 FCR 239 (FCA)[27]-[29].

⁵⁷ Corsivo aggiunto. Cfr. J. MCADAM, *Complementary Protection*, *cit.*, p. 62.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ La concretizzazione del danno grave *ex art. 15* nel mero rischio è evidente anche nel 26° “considerando” del preambolo.

del carattere di imprevedibilità che è connesso alla stessa nozione di violenza indiscriminata⁶⁰.

Secondo la linea argomentativa prospettata, il riferimento all'individualità della minaccia non può essere inteso in senso letterale. La lett. c) dovrebbe pertanto essere utilizzata con riferimento a quei contesti conflittuali in cui il grado di indiscriminatezza della violenza ivi prevalente è tale da costituire un rischio per "chiunque" vi si trovi esposto. Come è stato correttamente rilevato dall'UNHCR, il suo valore aggiunto consiste proprio nel garantire protezione "da gravi rischi derivanti da una situazione *generale*, piuttosto che da rischi che interessino un individuo *in particolare*"⁶¹. In quest'ottica, l'evidente e insopprimibile incongruenza tra la violenza indiscriminata, da una parte, e il carattere individuale della minaccia, dall'altra, dovrebbe essere superata come una questione di cattiva formulazione. Rigorosamente individuale deve essere piuttosto la valutazione della richiesta di protezione, che non può non basarsi sulle circostanze personali del richiedente⁶². Esigere invece, in aggiunta a ciò, una individualizzazione del rischio svuoterebbe di autonomo significato l'ipotesi in questione, in contrasto con quanto emerge dai lavori preparatori⁶³ e, in ultima analisi, con il principio dell'effetto utile.

Questa interpretazione trova conforto anche nel recente orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo in relazione all'art. 3 della CEDU. Nella giurisprudenza precedente tale Corte aveva interpretato il criterio del *real risk* in senso estremamente restrittivo, richiedendo che tale pericolo, oltre ad essere effettivo, riguardasse personalmente l'individuo oggetto del provvedimento di espulsione. Il principio in questione era stato affermato nel caso *Vilvarajah c. Regno Unito*, relativo all'espulsione di cittadini dello Sri Lanka di etnia Tamil. In questo caso la Corte di Strasburgo aveva escluso che i richiedenti potessero beneficiare della protezione prevista dall'art. 3 con l'argomento che "their personal position was [not] worse than the generality of other members of the Tamil community or other young male Tamils who were returning to their country"⁶⁴.

⁶⁰ In questo senso cfr. AMNESTY INTERNATIONAL (sezione tedesca) e al., *Joint Opinion on the Legislation to Implement EU Directives on Residence and Asylum Law*, agosto 2007, p. 6 s.; UNHCR, *Nota dell'UNHCR. La protezione sussidiaria secondo la 'Direttiva Qualifiche' nel caso di persone minacciate da violenza indiscriminata*, gennaio 2008, p. 5.

⁶¹ UNHCR, *Nota dell'UNHCR*, cit., p. 4 (corsivo aggiunto). L'UNHCR ha pertanto richiesto l'eliminazione del 26° "considerando" e del requisito dell'individualità della minaccia dall'art. 15, lett. c); cfr. UNHCR, *Asylum in the European Union*, cit., p. 15.

⁶² Com'è d'altronde esplicitamente richiesto dall'art. 4, 3° comma, lett. c) della direttiva. Del tutto pertinenti al riguardo sono le osservazioni critiche formulate da J. C. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, 1991, p. 91 s. con riferimento allo status di rifugiato: "[to demand a] 'singling out' [of an applicant] confuses the requirement to assess risk on the basis of the claimant's particular circumstances with some erroneous notion that refugee status must be based on a completely personalized set of facts".

⁶³ Su cui v. estesamente J. McADAM, *Complementary protection*, cit., pp. 70-78.

⁶⁴ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 settembre 1991, *Vilvarajah e altri c. Regno Unito*, par. 111.

Nel 2007, pronunciandosi sul caso *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, riguardante un cittadino somalo del clan minoritario Ashraf, la Corte europea ha effettuato un vero e proprio *revirement*. Abbassando sensibilmente la soglia del *real risk*, la Corte ha affermato che “[i]t might render the protection offered by that provision illusory if, in addition to the fact that he belongs to the Ashraf (...), the applicant be required to show the existence of further special distinguishing features”⁶⁵. Il nuovo orientamento è stato confermato nel caso *NA c. Regno Unito*, in cui la Corte sembra tuttavia aver leggermente corretto il tiro, limitando l’eventualità che una situazione di violenza generalizzata sia di per sé sufficiente a innescare il divieto di *refoulement ex art. 3* a “only (...) the most extreme cases of general violence, where there [is] a real risk of ill-treatment simply by virtue of an individual being exposed to such violence on return”⁶⁶.

Le riferite difficoltà connesse all’infelice formulazione della lett. c) sono emerse con tutta evidenza in sede di attuazione, riflettendosi in una varietà di soluzioni normative e giurisprudenziali⁶⁷. I punti problematici sui quali si registra una forte eterogeneità di approccio sono, oltre all’individualità della minaccia, i concetti di violenza indiscriminata e di conflitto armato.

Quanto al primo punto, deve anzitutto segnalarsi che, in sede di attuazione della direttiva, otto Paesi (Lituania, Belgio, Finlandia, Austria, Portogallo, Svezia, Repubblica Ceca e Ungheria) non hanno recepito il requisito dell’individualità della minaccia⁶⁸. In alcuni di questi Stati, tuttavia, il suddetto requisito fa la sua ricomparsa in sede giurisdizionale o amministrativa. Così accade, ad esempio, in Portogallo, laddove lo standard probatorio è fissato a un livello molto alto, dovendo provarsi “al di là di ogni ragionevole dubbio” che le condizioni generali di sicurezza nel Paese di origine abbiano conseguenze personali in diretta relazione con la fuga dello straniero⁶⁹. Così ancora, in Austria e, a seguito di un recente irrigidimento in materia di immigrazione, in Svezia, è richiesta la prova che l’asilante sia “personally at risk”⁷⁰. Inoltre, criteri molto più esigenti rispetto a quanto stabilito nella direttiva sono presenti nella legislazione interna francese e tedesca, in cui si richiede rispettivamente che la minaccia sia “grave, diretta e individuale”⁷¹ e che l’individuo sia esposto a “morte

⁶⁵ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza dell’11 gennaio 2007 *Salah Sheekh c. Paesi Bassi*, par. 148.

⁶⁶ Cfr. Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 17 luglio 2008, *NA c. Regno Unito*, par. 115.

⁶⁷ Il termine per l’attuazione è scaduto il 10 ottobre 2006, ma ad oggi Spagna e Finlandia non vi hanno ancora provveduto, mentre la Svezia l’ha fatto solo in parte (informazione ricevuta via e-mail il 23 aprile 2009 dalla Direzione Generale Giustizia, Libertà e Sicurezza).

⁶⁸ V. i dati riportati dall’UNHCR (in UNHCR, *Nota dell’UNHCR*, cit., p. 12 ss.) e nello studio dello *European Council on Refugees and Exiles* (ECRE) sull’attuazione della direttiva (ECRE, *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*, ottobre 2008, p. 27).

⁶⁹ Cfr. UNHCR, *Nota dell’UNHCR*, cit., p. 15.

⁷⁰ UNHCR, *Asylum in the European Union*, cit., p. 72; ECRE, *op. cit.*, p. 27.

⁷¹ Corsivo aggiunto. Cfr. legge 2006/1176, art. 2(II), 2° comma, lett. c).

certa o danni gravissimi”⁷². In linea generale, l’UNHCR ha rilevato una tendenza diffusa, in molti Stati membri, a interpretare in senso alquanto restrittivo l’espressione “minaccia individuale”, che, letta in combinato disposto con il 26° “considerando”, è utilizzata al fine di negare protezione a persone che pur rischiando di subire un grave danno non possono dimostrare di essere “at a greater risk of harm than the rest of the population, or sections of it”⁷³.

Oltre al requisito dell’individualità, altri elementi della lett. c) su cui si registrano divergenze di un certo rilievo nella prassi applicativa sono costituiti, come anticipato, dai concetti di violenza indiscriminata e conflitto armato. La prima nozione, in verità, non è stata oggetto di particolare attenzione, in considerazione del rilievo che, come accennato, viene molto spesso attribuito al 26° “considerando”. Accade inoltre che il concetto in questione sia sovente esaminato congiuntamente al secondo. Cionondimeno, può rilevarsi un certo orientamento volto a interpretare la nozione alla luce del suo significato letterale; orientamento che peraltro si riflette in interpretazioni e/o traduzioni anche improprie, con il risultato di equiparare l’espressione alla violenza arbitraria⁷⁴ o generalizzata⁷⁵.

In controtendenza, si segnala invece l’opinione espressa dall’Asylum and Immigration Tribunal britannico che, facendo leva sulle versioni precedenti della lett. c), che contenevano un esplicito riferimento all’art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, ha sostenuto che l’espressione “violenza indiscriminata” comprende esclusivamente gli “acts of violence” compiuti dai combattenti in violazione del diritto internazionale umanitario⁷⁶. Questa tesi, pur apprezzabile per lo sforzo esegetico che dimostra, non convince, a tacer d’altro, per il fatto che l’espressione “violenza indiscriminata” non appartiene al lessico del diritto umanitario, che parla bensì di attacchi indiscriminati, riferendosi dunque a un concetto di violenza molto più circoscritto e determinato.

Particolari problemi ha posto, infine, l’interpretazione e l’applicazione della nozione di “conflitto armato interno o internazionale”. In alcuni Stati la suddetta nozione è stata interpretata facendo riferimento a quello che dovrebbe essere il

⁷² Cfr. sez. 60, 7° comma della legge sul soggiorno del 2004 (ex sez. 54 della legge sugli stranieri).

⁷³ Cfr. UNHCR, *Asylum in the European Union*, cit., p. 11. È interessante notare, al riguardo, il recente *revirement* giurisprudenziale effettuato dall’Asylum and Immigration Tribunal (AIT) del Regno Unito. Il tribunale britannico, dopo aver precedentemente sostenuto che “[i]t would be ridiculous to suggest that if there were a real risk of serious harm to members of the civilian population in general by reason of indiscriminate violence than an individual Appellant would have to show a risk to himself over and above that general risk” (cfr. *Lukman Hameed Mohamed v. Secretary of State for the Home Department*, AA/14710/2006, 16 agosto 2007), più di recente ha affermato che l’individualità della minaccia richiede la prova di un rischio personale “relating to the person’s specific characteristics or profile or circumstances” (*KH (Article 15(c) Qualification Directive) Iraq CG* [2008] UKAIT 00023, 1° febbraio 2008, par. 123).

⁷⁴ Così in Germania e in Slovenia.

⁷⁵ Così in Francia. In modo più appropriato, in Austria l’espressione è stata interpretata come “violence that can affect everybody”. Cfr. ECRE, *op. cit.*, p. 27.

⁷⁶ AIT, *KH (Article 15(c) cit.*, par. 33 ss., pp. 95-96.

suo significato come inteso dal diritto internazionale umanitario. Fare riferimento al diritto umanitario in questo caso appare del tutto appropriato, giacché è proprio quella la naturale *sedes materiae* della nozione di conflitto armato⁷⁷. Se dunque, in linea di principio, l'approccio utilizzato è certamente corretto, di frequente nelle decisioni relative a richieste di protezione si ricorre tuttavia a un'interpretazione assai restrittiva, per non dire impropria, della nozione *de qua*. In particolare, con riferimento ai conflitti interni, si riscontra la tendenza a basarsi pressoché esclusivamente sulla relativa definizione contenuta nel II Protocollo, a discapito di quella ben più ampia di cui all'art. 3 comune⁷⁸. Ciò ad onta del fatto che la prima definizione non intende sostituirsi a quella delle Convenzioni di Ginevra, bensì ha la sola funzione di stabilire la soglia di applicazione al di sotto della quale il Protocollo n. 2 non si applica. Le riferite divergenze sul concetto di conflitto armato si sono riflesse inevitabilmente in determinazioni contrastanti circa la situazione prevalente in alcuni contesti. Ne consegue che individui provenienti da Paesi quali Iraq, Cecenia e Somalia hanno ricevuto una valutazione diversa della loro richiesta di protezione a seconda dello Stato in cui la relativa domanda è stata presentata⁷⁹.

Peraltro, anche tra gli Stati membri che applicano una medesima nozione di conflitto armato si registrano prassi alquanto differenziate in tema di riconoscimento della protezione internazionale in ragione della diversità delle fonti di informazione sui Paesi di origine. La necessità di procedere con un approccio comune in materia di informazioni relative ai Paesi di origine era stata individuata già nel programma dell'Aja del 2004⁸⁰, nel quale si prospettava l'istituzione di una banca dati comune da cui gli Stati membri avrebbero potuto attingere notizie complete e aggiornate sulla situazione prevalente nei Paesi di provenienza degli asilanti. In attesa della creazione di un tale sistema, che ad oggi è ancora in fase progettuale, l'unica soluzione percorribile al fine di evitare movimenti secondari e, in definitiva, non frustrare l'obiettivo della parità di accesso alla protezione internazionale in tutta l'Unione europea, appare quella di

⁷⁷ Ciò è quanto accade, ad es., in Regno Unito (AIT, *KH (Article 15(c))*, cit., par. 60), Svezia (UNHCR, *Asylum in the European Union*, cit., p. 77), Belgio e Paesi Bassi (ECRE, *op. cit.*, p. 28). La necessità di interpretare la nozione di conflitto armato alla luce del diritto internazionale umanitario è riconosciuta anche dall'UNHCR, che tuttavia rileva – in modo peraltro discutibile – l'inesistenza di una “definizione legale o [di] un'interpretazione unanimemente riconosciuta di questo termine” (UNHCR, *Nota dell'UNHCR*, cit., p. 5).

⁷⁸ Cfr. ECRE, *op. cit.*, p. 28. In Svezia l'interpretazione alquanto restrittiva della nozione di conflitto armato interno è tuttavia controbilanciata dalla previsione di una categoria aggiuntiva, denominata “other severe conflicts”, con riferimento alla quale il livello minimo di violenza richiesta è assai inferiore. In quest'ultimo caso, tuttavia, le autorità svedesi richiedono anche la sussistenza di un certa individualizzazione del rischio.

⁷⁹ UNHCR, *Asylum in the European Union*, cit., p. 11 s., pp. 76-78.

⁸⁰ Il programma dell'Aja, adottato dal Consiglio europeo il 5 novembre 2004, enuncia la strategia politica per il rafforzamento dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia nell'Unione europea per il periodo 2005-2010. Tale programma fa seguito al programma di Tampere, approvato dal Consiglio europeo nel 1999 con l'intento di dare attuazione alle disposizioni del Trattato di Amsterdam relative alla creazione di uno spazio di sicurezza, libertà e giustizia nell'Unione europea.

fare affidamento sulle valutazioni rese da organismi qualificati nonché imparziali quali il Comitato internazionale della Croce rossa e l'UNHCR⁸¹.

In linea generale, da quanto sommariamente descritto emerge con evidenza che molti Stati membri hanno adottato interpretazioni assai restrittive dell'art. 15, lett. c), con la conseguenza di rendere, paradossalmente, ben più oneroso il rispettivo standard probatorio rispetto a quello richiesto dai primi due paragrafi. A ciò si aggiunge la tendenza a ricondurre alle situazioni-tipo contemplate dalla lett. c) ipotesi che ricadrebbero più propriamente nell'ambito di applicazione della lett. b). L'UNHCR, in uno studio sull'attuazione della direttiva qualifiche in alcuni Stati membri⁸², ha rilevato quanto segue: "It may be deduced from the decisions analysed that either decision makers do not necessarily exclude Articles 15(a) and (b) before considering Article 15(c), i.e. the grounds are not considered a hierarchy; and/or some authorities apply a restrictive interpretation of Article 15(b), as the review found treatment such as slavery, forced blood donation to captors, and death threats were considered in relation to Article 15(c) rather than Article 15(b)"⁸³.

6. Il caso in esame trova origine in una controversia sorta tra una coppia di coniugi iracheni – i signori Elgafaji – e lo Staatssecretaris van Justitie dei Paesi Bassi in merito al diniego da parte di quest'ultimo di un titolo di soggiorno temporaneo.

Nel 2006 i coniugi Elgafaji avevano presentato nei Paesi Bassi domanda di permesso di soggiorno temporaneo, adducendo elementi relativi alla loro situazione individuale e volti a provare il rischio effettivo al quale un respingimento verso il loro Paese di origine – l'Iraq – li avrebbe esposti. In particolare avevano sostenuto che il sig. E., musulmano di origini sciita, dall'agosto 2004 al settembre 2006 aveva prestato servizio per un'impresa britannica che garantisce la sicurezza del trasporto del personale dell'aeroporto verso la cosiddetta zona "verde". Affermavano inoltre che lo zio del richiedente, impiegato presso la stessa impresa, era stato ucciso dalle milizie durante un attacco terroristico. A distanza di qualche tempo, una lettera minatoria recante minaccia di "morte ai collaboratori" sarebbe stata affissa all'ingresso dell'abitazione che il sig. E. divideva con la moglie, musulmana di rito sunnita.

Il Ministro per l'immigrazione e l'integrazione aveva negato ai coniugi il permesso di soggiorno temporaneo, ritenendo in particolare che essi non avessero

⁸¹ Alle valutazioni dell'UNHCR fa costantemente riferimento, ad es., la Supreme Administrative Court finlandese. Sul punto si veda E. NYKÄNEN, *Assessing the Impact of the Qualification Directive in Finland: The Case of Asylum Seekers Fleeing Generalized Violence*, draft, p. 4, nota 12, www.jur.lu.se, reperibile *on line*.

⁸² Cfr. UNHCR, *Asylum in the European Union*, cit. I cinque Stati membri di cui si dà conto in questo studio sono Germania, Svezia, Grecia, Francia, Repubblica Slovacca. Si tratta di Paesi che, in totale, ricevono quasi la metà delle domande di protezione internazionale presentate in tutta l'Unione europea e che rappresentano differenti aree geografiche e apparati giuridico-istituzionali.

⁸³ *Ibidem*, p. 12.

fornito prove sufficienti delle circostanze invocate e, di conseguenza, non avessero dimostrato l'esistenza di un rischio effettivo di minaccia grave e individuale alla quale sarebbero stati esposti nel Paese di origine. All'epoca di queste decisioni, rese in data 20 dicembre 2006, l'art. 15, lett. c) non era ancora stato recepito nell'ordinamento interno olandese⁸⁴. La pertinente normativa applicabile, contenuta nella legge sugli stranieri del 2000 (*Vreemdelingenwet 2000*), prevedeva tra l'altro la concessione di un permesso di soggiorno temporaneo allo straniero "che ha fornito fondati motivi per ritenere che, in caso di espulsione, correrebbe un rischio effettivo di essere sottoposto a tortura, ovvero a pene o a trattamenti inumani o degradanti" (art. 29, 1° comma, lett. b). Nell'escludere che la situazione dei coniugi iracheni potesse rientrare nell'ambito di applicazione di quest'ultima disposizione, il Ministro aveva altresì affermato che l'onere della prova ivi previsto non differisce da quello necessario ai fini dell'applicazione delle lettere b) e c) dell'art. 15. Di conseguenza, nell'opinione del Ministro i due coniugi non avrebbero potuto avvalersi dell'art. 15, lett. c).

A seguito del rigetto delle loro domande di protezione i signori Elgafaji presentavano ricorso di fronte al *Rechtbank te's-Gravenhage*. Contrariamente a quanto sostenuto dal Ministro, il giudice adito, ritenendo che l'art. 15, lett. c) non richieda l'alto grado di individualizzazione della minaccia necessario ai fini dell'applicazione della lett. b) dello stesso articolo e dell'art. 29, 1° comma, lett. b) della legge sugli stranieri, ha accolto il ricorso.

Nel procedimento di appello, proposto dal Ministro, il *Raad van State* ha deciso di sospendere il giudizio e interpellare la Corte di giustizia per avere delucidazioni in merito all'ambito di applicazione dell'art. 15, lett. c). Nella domanda di rinvio pregiudiziale il giudice olandese chiedeva in primo luogo alla Corte se la lett. c) dell'art. 15 garantisca una tutela ulteriore o diversa rispetto a quella di cui all'art. 3 della CEDU come interpretato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nel caso affermativo, domandava altresì una precisazione in merito ai criteri idonei, ai sensi del combinato disposto dell'art. 15, lett. c) con l'art. 2, lett. e), a valutare le richieste di protezione sussidiaria in situazioni di violenza indiscriminata⁸⁵.

Nel rispondere al primo quesito sottopostole la Corte rileva, in modo abbastanza succinto, che la lett. c) ha un contenuto diverso, e autonomo, rispetto all'art. 3 della CEDU, a cui corrisponde invece la lett. b)⁸⁶. L'art. 15, lett. c) deve pertanto essere interpretato in modo autonomo, nel rispetto tuttavia dei diritti fondamentali come garantiti dalla CEDU.

⁸⁴ Tale trasposizione è poi avvenuta mediante l'inserimento, con effetto a partire dal 25 aprile 2008, di un nuovo art. 3.105 *quater* nel decreto sugli stranieri del 2000 (*Vreemdelingenbesluit 2000*).

⁸⁵ Domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Raad van State* il 17 ottobre 2007, *GUUE* C 8, 12 gennaio 2008, p. 5.

⁸⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 2009, causa C-465/07, *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 28.

Fissato questo primo punto, la Corte procede a un raffronto tra i tre tipi di “danni gravi” di cui all’art. 15, rilevando che le lett. a) e b) fanno riferimento a situazioni in cui il singolo è esposto in modo specifico al rischio di subire un danno di un particolare tipo, mentre il danno definito alla lett. c) “riguarda il rischio di un danno più generale”⁸⁷. In particolare, la Corte osserva che il termine “indiscriminata”, utilizzato per qualificare la minaccia *ex* lett. c), comporta che quest’ultima si può estendere ad alcune persone “a prescindere dalla loro situazione personale”⁸⁸. Facendo leva proprio sull’indiscriminatezza della minaccia, la Corte afferma che il termine “individuale” nel contesto del terzo paragrafo va inteso nel senso di far riferimento a danni contro civili “a prescindere dalla loro identità, qualora il grado di violenza indiscriminata che caratterizza il conflitto armato in corso (...) raggiunga un livello così elevato che sussistono fondati motivi di ritenere che un civile rientrato nel paese in questione o, se del caso, nella regione in questione correrebbe, per la sua sola presenza sul territorio di questi ultimi, un rischio effettivo di subire la minaccia grave di cui all’art. 15, lett. c), della direttiva”⁸⁹. Questa interpretazione viene presentata come l’unica in grado di assicurare che l’art. 15, lett. c) abbia una sfera di applicazione autonoma e indipendente. A fondamento della sua interpretazione la Corte fa riferimento anche al 26° “considerando” della direttiva, la cui formulazione, e in particolare l’uso dell’espressione “di norma”, non escluderebbe l’ipotesi di una situazione “eccezionale”, che sia caratterizzata da un grado di rischio a tal punto elevato che sussisterebbero fondati motivi di ritenere che una persona che si trova in tale situazione subisca individualmente il rischio in questione⁹⁰.

Il carattere eccezionale di siffatte situazioni sarebbe confermato anche da altri due elementi, ovvero dal fatto che la protezione in discorso è sussidiaria e da un’interpretazione sistematica dell’art. 15. In quest’ottica, afferma la Corte, benché sia incontestata l’importanza di elementi collettivi ai fini dell’applicazione della lett. c), quest’ultima deve essere interpretata in stretta correlazione con l’evidente grado di individualizzazione che caratterizza le situazioni di cui alle lettere a) e b). Di conseguenza, “tanto più il richiedente è eventualmente in grado di dimostrare di essere colpito in modo specifico a motivo di elementi peculiari della sua situazione personale, tanto meno elevato sarà il grado di violenza indiscriminata richiesto affinché egli possa beneficiare della protezione sussidiaria”⁹¹.

Rammentando la peculiare situazione in cui si trovavano i Paesi Bassi, che avevano dato attuazione all’art. 15, lett. c) soltanto in un momento successivo rispetto ai fatti all’origine della controversia, la Corte ribadisce poi l’obbligo del giudice interno di procedere comunque a un’interpretazione del diritto nazionale

⁸⁷ *Ibidem*, punto 33.

⁸⁸ *Ibidem*, punto 34.

⁸⁹ *Ibidem*, punto 35.

⁹⁰ *Ibidem*, punto 37.

⁹¹ *Ibidem*, punto 39.

che sia conforme – nella misura del possibile – all’oggetto e allo scopo della direttiva, al fine di realizzare il risultato da questa posto.

Nel concludere, il giudice comunitario attesta la “piena compatibilità” della sua interpretazione dell’art. 15, lett. c) con la CEDU, ivi compresa la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in particolare nel caso *NA c. Regno Unito*⁹².

7. L’intervento della Corte sull’interpretazione di uno dei punti più delicati e controversi della direttiva non può che essere considerato positivo, nell’ottica di una piena armonizzazione delle politiche statali in materia di asilo. Nel merito, sicuramente apprezzabile è il tentativo di prospettare un’interpretazione dell’art. 15, lett. c) capace di garantirne il valore aggiunto rispetto alla lett. b) della medesima disposizione, in conformità con il principio dell’effetto utile.

In via preliminare, può osservarsi che la Corte non fa alcun riferimento ai lavori preparatori della direttiva. Non volendo attribuire ciò a una mera svista, si potrebbe verosimilmente pensare che il giudice europeo abbia inteso privilegiare l’oggettività del testo e i suoi obiettivi⁹³ sulle diverse e contrastanti opinioni espresse dagli Stati durante il *drafting process* e nelle memorie presentate in questo procedimento. Tali opinioni infatti evidenziano come le ambiguità che caratterizzano lo standard probatorio della protezione sussidiaria abbiano permesso agli Stati di invocare le medesime disposizioni della direttiva a sostegno di interpretazioni diametralmente opposte⁹⁴.

Nel procedere all’interpretazione dell’art. 15, lett. c) la Corte opera un bilanciamento tra l’individualità e la gravità della minaccia, talché a un livello assai basso della prima deve necessariamente corrispondere una più consistente evidenza della seconda, valutabile in base al grado di violenza indiscriminata. In senso inverso, allorché il richiedente riesca a dimostrare un alto tasso di individualizzazione in ragione di elementi a lui peculiari, sarà sufficiente un basso livello di violenza indiscriminata. Fino a questo punto il ragionamento della Corte, che sembra accogliere sostanzialmente l’interpretazione prospettata dall’Avvocato generale Poiares Maduro nelle sue conclusioni, pare ineccepibile. Alcuni passaggi ulteriori del percorso argomentativo seguito, così come delle soluzioni esegetiche raggiunte, si prestano tuttavia a rilievi critici.

Il primo punto critico è dato dal carattere di eccezionalità che rivestirebbero le situazioni in cui il livello di violenza indiscriminata è tale da soddisfare da sé solo il requisito dell’individualità della minaccia. Questa affermazione, di per sé

⁹² *Ibidem*, punto 44.

⁹³ *Ibidem*, punto 6 e, in particolare, il riferimento al 10° “considerando” contenuto nella parte dedicata al contesto normativo.

⁹⁴ L’Avvocato generale M. Poiares Maduro nelle sue conclusioni dà conto dettagliatamente delle diverse interpretazioni avanzate in merito dagli Stati, per concluderne che la relativa questione ermeneutica non può essere risolta sulla sola base della formulazione dell’art. 15, lett. c). A suo avviso l’unica strada percorribile per risolvere la questione consiste nella scelta dell’interpretazione “più adatta a garantire il fondamentale diritto di asilo”; cfr. conclusioni dell’Avvocato generale Poiares Maduro del 9 settembre 2008, caso *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji*, cit., punti 26-28.

lapidaria, viene fondata su alcuni elementi, tra i quali emerge in particolare una clausola preambolare.

Il richiamo a parti del preambolo nell'interpretare il testo di un atto comunitario è operazione cui la Corte di giustizia ricorre ordinariamente, nell'intento di offrire una lettura quanto più possibile sistematica e teleologica. Tale operazione trova tuttavia un limite invalicabile nella insopprimibile differenza, in tema di forza vincolante, che esiste tra il testo e il preambolo⁹⁵. Di conseguenza, non dovrebbero ammettersi interpretazioni poco coerenti di una determinata disposizione che si fondano quasi esclusivamente sull'eccessiva valorizzazione di un "considerando" preambolare, peraltro ambiguo.

Gli altri due elementi invocati dalla Corte a sostegno delle proprie argomentazioni sono costituiti dal carattere sussidiario della protezione in discorso e dalla necessità di garantire un'interpretazione sistematica dell'art. 15. Quanto al primo elemento, non è chiaro in che modo esso possa confermare l'eccezionalità delle situazioni sopra descritte. Al contrario, la circostanza che gli Stati membri dell'Unione europea non hanno ampliato l'ambito di applicazione della Convenzione di Ginevra alla stregua di quanto avvenuto nel continente africano e in America latina, preferendo ricorrere a forme complementari di protezione, qual'è per l'appunto la protezione sussidiaria, dovrebbe indurre a interpretare le tre ipotesi-tipo contemplate all'art. 15 in modo tale da favorirne, e non già ridurne, le possibilità concrete di applicazione. Anche l'argomento che mette l'accento sull'esigenza di assicurare un'interpretazione sistematica dell'art. 15 non è convincente. Stante la evidente diversità tra le situazioni cui si riferisce la terza tra le ipotesi ivi previste, può dubitarsi dell'opportunità di individuare una chiave di lettura che tenda alla loro omogeneizzazione in tema di standard probatorio.

Un secondo punto critico, per certi versi collegato al primo, ma che merita una considerazione autonoma, è dato dal rilievo che viene assegnato all'art. 3 e alla giurisprudenza della CEDU ai fini dell'interpretazione dell'art. 15, lett. c). Come già accennato, la Corte conclude il suo ragionamento attestando la piena compatibilità delle sue conclusioni argomentative con quanto affermato dalla Corte di Strasburgo in tema di *non refoulement*. Questa giurisprudenza, la cui importanza è indubbia, non viene tuttavia valorizzata in positivo, al fine di evidenziare come la gravità intrinseca di certe situazioni di violenza possa neutralizzare anche l'alto grado di individualizzazione richiesto per l'applicazione del divieto di *refoulement ex art. 3 CEDU*. L'intento pare invece, all'opposto, quello di utilizzare la giurisprudenza in questione a ulteriore riprova dell'asserito carattere di eccezionalità delle situazioni in discorso. Ciò si ricava chiaramente, pur in assenza di una dichiarazione espressa in questo senso, dallo specifico riferimento a quel passaggio del caso *NA c. Regno Unito* in cui la Corte di Strasburgo limita la prospettabilità di una "oggettivizzazione" del criterio del *real risk* alle

⁹⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, *Raccolta*, p. I-6193, punto 44.

situazioni più estreme di violenza generalizzata. Così facendo, il giudice comunitario sembra contraddire le stesse premesse da cui era partito, allorché aveva affermato la sostanziale corrispondenza della protezione garantita dall'art. 3 della CEDU con la lett. b) dell'art. 15. L'effetto finale è quello di sfumare la distinzione tra le lettere b) e c), rendendo paradossalmente più agevole per gli Stati giustificare un'applicazione ultronea dello standard probatorio di cui alla lett. b) nei confronti di coloro che provengono da contesti conflittuali caratterizzati da violenza indiscriminata.

L'accento posto sulla "compatibilità" delle soluzioni proposte con il sistema della CEDU rivela inoltre la logica minimalista in cui sembra essersi posta la Corte di giustizia. Sotto questo profilo appare evidente la differenza con l'approccio seguito al riguardo dall'Avvocato generale. Quest'ultimo, pur non trascurando l'indiscusso rilievo della CEDU e della relativa giurisprudenza, che nell'ordinamento comunitario assurgono al rango di principi generali, ha tuttavia sottolineato l'autonomia del diritto comunitario rispetto a tale sistema. Ha concentrato pertanto l'attenzione sulla Carta dei diritti fondamentali quale strumento cardine per stabilire il contenuto, l'ambito di applicazione e la portata dei diritti fondamentali protetti dall'ordinamento comunitario, ricordando altresì come essa non osti a che il diritto dell'Unione europea conceda una "protezione più estesa" rispetto a quella garantita dalla CEDU⁹⁶. In quest'ottica, come opportunamente messo in luce da Poiates Maduro, la Convenzione di Strasburgo dovrebbe essere considerata "un punto di partenza"⁹⁷, e non già un metro su cui verificare il rispetto dei diritti dell'uomo, e nella specie degli asilanti, nell'ordinamento comunitario. Il rischio è altrimenti che la protezione sussidiaria si riduca ad essere poco più di una mera trasposizione sul piano comunitario del livello minimo di tutela garantito dall'art. 3 della CEDU.

Le considerazioni svolte mostrano come la pronuncia in esame presenti luci ma soprattutto ombre. Pur consapevoli dello sforzo evidente, effettuato dalla Corte, di proporre una lettura della lett. c) che risulti accettabile per la maggioranza degli Stati, le ambiguità e contraddizioni rilevate manifestano tuttavia l'assenza di una riflessione adeguata.

Abstract

Subsidiary Protection and Protection Needs in Situations of Indiscriminate Violence. The Court of Justice Rules on the "Qualification Directive"

On 17 January 2009 the Grand Chamber of the European Court of Justice rendered its preliminary ruling in the case of *Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*, concerning an Iraqi national who went to the Netherlands with his wife due to the risk to his life that

⁹⁶ Cfr. art. 52, 3° comma della Carta dei diritti fondamentali.

⁹⁷ Cfr. in particolare il punto 23 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

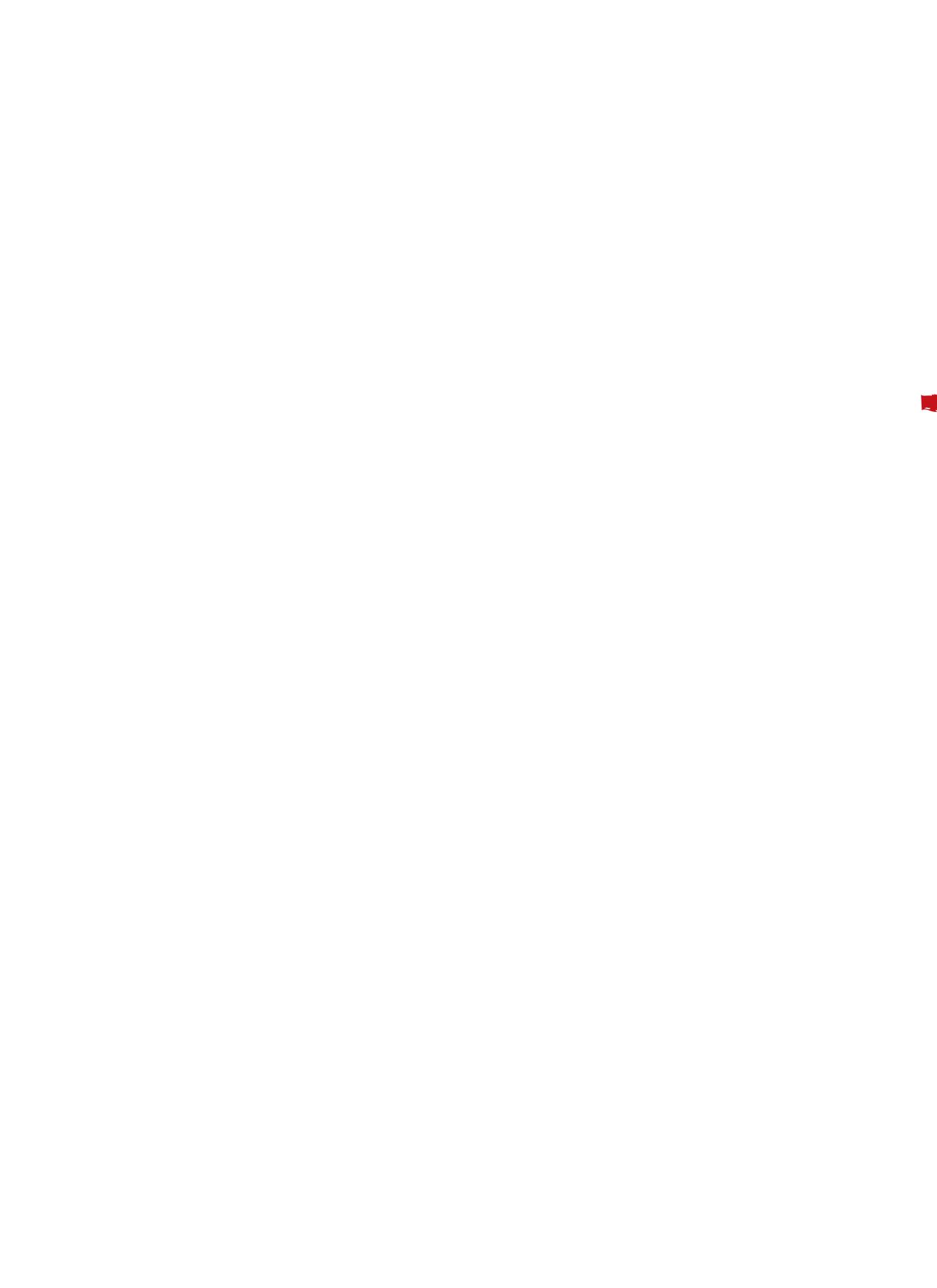
he was facing back in Iraq. This case is very significant as it is the first judgment of the ECJ addressing the notion of subsidiary protection, in the exercise of its jurisdiction over Title IV TEC. The Court was asked to clarify one of the most complex provisions of the Qualification Directive, Art. 15(c), covering cases in which the applicant is exposed to a serious and individual threat to his life or person by reason of indiscriminate violence in situations of international or internal armed conflict.

This article, after an *excursus* into the international and European context in which the directive was adopted, critically analyzes the various interpretive problems posed by Art. 15(c) and the solutions proposed by the Court in the case at issue.





Recensioni



Carlo Curti Gialdino

I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea

Milano, Giuffrè, 2008, pp. XXI-257



Mentre ampia è la bibliografia dedicata ai profili del giudizio di annullamento dell'atto comunitario concernenti gli atti impugnabili, la legittimazione a ricorrere, l'efficacia delle sentenze, minore interesse hanno incontrato, nella dottrina, i vizi dell'atto. Opportuna, pertanto, giunge la monografia qui segnalata, la quale ha come oggetto l'esame di tali vizi.

Il volume si articola in otto capitoli. Dopo avere ricordato, nel primo, i dati normativi concernenti i motivi di ricorso e le differenze rispetto ai procedimenti diversi da quello di annullamento, nel secondo capitolo l'autore si sofferma anzitutto sulle origini dei vizi dell'atto, previsti dal diritto comunitario, origini da ricercare prevalentemente nel modello francese di giustizia amministrativa. In proposito egli nota, peraltro, come la Corte di giustizia abbia evitato di "farsi imprigionare nelle gabbie definitorie d'Oltralpe", dando prova di ampia autonomia e muovendosi, anche in questa materia, nell'ottica della specificità del sistema comunitario e tenendo conto delle sue peculiari esigenze. Si sofferma, quindi, sui rapporti fra i quattro vizi enunciati dall'art. 230 del Trattato CE, rilevando che, malgrado la possibilità di sovrapposizione tra gli stessi (in fondo tutti riconducibili alla violazione del Trattato e di regole relative alla sua applicazione), la loro diversificazione offre al ricorrente la possibilità di precisare in maniera più articolata le ragioni dell'impugnazione. È particolarmente sottolineata la distinzione tra i vizi attinenti alla legalità "esterna" dell'atto (incompetenza e violazione delle forme sostanziali) e quelli concernenti la legalità "interna" (violazione del Trattato e sviamento di potere), mettendo in luce le conseguenze giuridiche di tale distinzione. Nel terzo capitolo l'autore esamina la categoria, non prevista espressamente dal Trattato, ma risultante dalla giurisprudenza e accolta dalla dottrina, della inesistenza (o nullità assoluta) dell'atto comunitario. Egli afferma, alla luce delle precisazioni della Corte di giustizia, che tale sanzione eccezionale è configurabile solo in presenza di una irregolarità che sia non solo particolarmente grave e "grossolana", ma anche evidente e riconoscibile *ictu oculi*. La rilevanza pratica della inesistenza emerge dall'osservazione che, da un lato, essa opera di diritto e può essere fatta valere in ogni

tempo e da qualsiasi soggetto, dall'altro – sul piano processuale – rende irricevibile un eventuale ricorso, in quanto privo di oggetto.

L'autore procede poi ad analizzare i singoli vizi dell'atto, partendo dall'incompetenza (capitolo quarto), considerata, per la sua gravità, motivo di ordine pubblico e, pertanto, invocabile in ogni momento del procedimento e rilevabile d'ufficio dal giudice comunitario. Dopo avere acutamente osservato che il ricorso per incompetenza svolge un ruolo differente, a seconda che sia proposto da uno Stato, da un'istituzione o da un individuo, egli esamina le diverse figure nelle quali l'incompetenza può presentarsi. L'autore, avendo constatato che la giurisprudenza in materia non è molto frequente, prospetta sommessamente la possibilità che essa si arricchisca a seguito della espressa disciplina del riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati membri posta dal Trattato di Lisbona del 2007. Alla violazione delle forme sostanziali è dedicato il capitolo quinto. L'autore si sofferma anzitutto sul carattere "sostanziale" della violazione, escludendo che possano rilevare vizi puramente formali e riservando l'applicabilità del vizio in parola a quelli suscettibili di incidere sul contenuto dell'atto. Quindi, attraverso un'analisi capillare della giurisprudenza, delinea le figure sintomatiche della violazione delle forme sostanziali, mettendo in luce le singole fattispecie rientranti in tali figure. Passa, poi, alla violazione del Trattato e di qualsiasi regola relativa alla sua applicazione (capitolo sesto), vizio che – sottolinea l'autore –, riguardando il c.d. blocco della legalità comunitaria, ha consentito di ampliare l'impugnazione di atti comunitari a cause quali la violazione dei principi generali di diritto e del diritto internazionale. Dopo avere rilevato che il vizio in questione è quello più frequentemente dedotto nei ricorsi di annullamento, anche perché – a differenza della incompetenza e della violazione delle forme – permette di ottenere una pronuncia sul contenuto dell'atto, l'autore analizza la portata dei concetti di "Trattato" e, successivamente, di "qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione". Sulla base di tale analisi viene proposta una ricostruzione della gerarchia delle fonti dell'ordinamento comunitario. Il quadro dei vizi dell'atto comunitario è completato dallo sviamento di potere (capitolo settimo), vizio intrinseco dell'atto che concerne la sua funzione, in quanto l'istituzione si allontana dai fini stabiliti dalla norma. Viene chiarita la differenza nei confronti del vizio del diritto amministrativo italiano consistente nell'eccesso di potere (di portata più ampia rispetto allo sviamento) ed è poi ricordata la specifica forma dello sviamento di procedura. Tra le questioni concernenti tale vizio specifica attenzione è rivolta al problema della prova dello sviamento, rispetto alla quale la giurisprudenza si mostra particolarmente esigente, e a quello relativo ai limiti del sindacato giurisdizionale, conseguenti all'ampiezza della discrezionalità dell'autore dell'atto e all'esigenza di sottrarre alla Corte il giudizio sulla opportunità e convenienza dell'atto stesso.

Nell'ottavo capitolo, infine, è analizzata la disciplina processuale dei vizi; un particolare esame è dedicato al problema, determinante ai fini della rilevabilità di ufficio degli stessi, della definizione dei motivi di ordine pubblico.

Il volume di Curti Gialdino, nel quale si avvertono anche la padronanza e la sensibilità giuridica acquisite nei molti anni trascorsi presso la Corte di giustizia

quale referendario, fornisce un quadro completo della materia trattata e si segnala per una ricostruzione sistematica sempre lucida e coerente. Com'è naturale, l'analisi è svolta costantemente alla luce della giurisprudenza comunitaria; l'autore, peraltro, evita il rischio, non infrequente in opere del genere, di "appiattirsi" su tale giurisprudenza, che, al contrario, è considerata con attento spirito critico. Un ampio indice della giurisprudenza citata, nonché quello degli autori e l'indice analitico, contribuiscono a valorizzare quest'opera, apprezzabile anche per la chiara e piacevole esposizione.

Ugo Villani

Massimo Panebianco

Diritto internazionale pubblico

Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, II ed., pp. 587



La qualificata esperienza dell'autore assume forma e prende vita nel manuale qui recensito. Esso riflette il suo "patrimonio" culturale in materia internazionalistica, andando ben al di là dei confini propri del settore, con un approccio interdisciplinare che consente di sensibilizzare e stimolare le menti. Attesta, altresì, la sua vasta ed approfondita conoscenza della storia del diritto internazionale come testimoniato, già nel 1987, dal saggio pubblicato nel fascicolo speciale di *Archiv des Völkerrecht*, vol. 25, fasc. 4, dedicato al ruolo dell'Italia nella politica internazionale e curato dall'allora ambasciatore italiano a Bonn, Luigi Vittorio Ferraris.

Da qui, l'esperienza che si fa "*manuale-bilancio* della dottrina del Novecento", che scorre tra le pagine e tra le mani di studenti, studiosi e cultori della materia. Il prevedibile successo della prima pubblicazione ha indotto, a distanza di un anno, ad una seconda edizione, tesa non solo a soddisfare le esigenze di aggiornamento, emerse a seguito della recente crisi della *world economy*, ma altresì ad integrare il già esauriente piano dell'opera, con l'aggiunta di un nutrito numero di paragrafi ai capitoli primo, secondo, terzo, quarto e quinto. Questi ultimi rendono ancora più organica la sistematica del volume, dando conto, in special modo, dei mezzi di conoscenza della storia e della dottrina del diritto internazionale, dei rapporti intercorrenti tra diritto internazionale e diritto statale, della problematica del "dis-adattamento", nonché degli elementi costitutivi dello Stato e del relativo riconoscimento; forniscono, tra l'altro, un quadro d'insieme del processo "verso un sistema universale di unioni regionali" e si soffermano su temi di estremo interesse, quale quello relativo alla soggettività della Santa Sede.

L'opera coniuga, in una sintesi armonica, le tre principali anime del diritto internazionale: "ordinamentale", che consta di norme, decisioni, prassi e istituzioni; "positivistica", che si riflette in fonti, soggetti, organizzazione, procedure e garanzie proprie dell'ordinamento internazionale; "realistica", che rispecchia le relazioni di vita internazionali. Essa recupera, in tal modo, il gusto dell'impostazione classica, a lungo disattesa e offuscata da tentativi "rivoluzionari" di innovazione, proiettandosi al tempo stesso, nella dimensione attuale e futura, al fine di tratteggiare la società internazionale nel suo continuo divenire.

Il testo si articola in tre parti, rispettivamente dedicate all’“Ordinamento internazionale”, al “Diritto della comunità internazionale attuale” ed, infine ai “Rapporti di vita giuridica internazionale”. La prima sezione consta di un’ampia ed articolata disamina degli aspetti fondanti del diritto *de quo*, quali, nell’ordine: i valori fondamentali; la costituzione e struttura normativa; le istituzioni internazionali classiche e contemporanee, nonché regionali ed ecclesiastiche. Ne emerge il recupero della teoria monistica che eleva il diritto internazionale a ordinamento unico ed universale della comunità umana, fondato su un sistema di valori comuni e condivisi, quali la pace e la giustizia da assicurare ai popoli. La complessità di siffatto sistema giuridico ne fa al tempo stesso un ordinamento “uno e trino”, che assomma in sé tre dimensioni, coincidenti con la comunità internazionale, con le molteplici organizzazioni internazionali e, infine, con le relative integrazioni continentali, ivi comprese quelle europee, comunitarie e non. Si delinea, in una puntuale analisi, lo spazio giuridico proprio della comunità generale, nella sua triplice valenza normativa, decisionale e di prassi; il ruolo degli Stati nelle procedure di esercizio delle funzioni internazionali e, altresì, degli operatori giuridici e degli *opinion leaders*; nonché il rapporto tra diritto internazionale e ordinamento interno. Come è noto, la notevole incertezza sussistente circa la nozione attuale e i metodi di indagine del diritto internazionale quale disciplina giuridica, comporta la necessità di puntualizzazione; pertanto l’autore passa in rassegna le istituzioni, i trattati, gli elementi costitutivi dello Stato e pone una particolare attenzione sul sistema universale di unioni regionali, combinatorio dei principi dell’universalità e del particolarismo, nonché sulle istituzioni internazionali ecclesiastiche.

La seconda parte si articola in cinque capitoli relativi, nell’ordine, alle controverse nozioni allargate di fonti normative e di soggetti, al regime delle organizzazioni internazionali, alle Nazioni Unite, agli usi collettivi autorizzati e minori della forza, ampliando la classica impostazione manualistica, che fornisce la base essenziale ed imprescindibile per approcciarsi al diritto internazionale.

Infine, l’ultima sezione, di carattere spiccatamente innovativo, in quanto dedicata alla “vita” di relazione internazionale, verte sul regime internazionale della personalità e della responsabilità dei soggetti; sul diritto internazionale dell’economia, dell’integrazione, specie europea, nonché sul diritto dei grandi spazi di comunicazione internazionale (mare, spazio aereo ed extra-atmosferico). Di elevato interesse è la trattazione del fenomeno dell’internazionalizzazione progressiva di funzioni statali; della partecipazione dei privati alla società internazionale; del dispiegarsi di un nuovo modello di sovranità statale, funzionalmente integrata che si sostanzia nella creazione di spazi di gestione comune. E proseguendo, viene, altresì, in rilievo la disamina della configurazione dello Stato integrato euro-globale che si scontra con le c.d. “sfide della modernità”, nonché dell’integrazione globale, su scala universale e di cui è esempio emblematico il G8. Non manca un capitolo dedicato al rapporto intercorrente tra ordinamento internazionale ed Unione europea, con espressi riferimenti alle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona.

Del volume si segnalano anche l'uso del grassetto, che induce a soffermarsi sugli aspetti salienti della materia, e l'utilizzazione di puntuali didascalie a margine. A conclusione di ciascun capitolo, si rinviene una riassuntiva scheda analitica, di estrema utilità, che permette di riepilogare gli elementi basilari dei rispettivi argomenti riferiti sia a nozioni teoriche, sia a prassi applicative; al termine, poi, della già chiara ed esaustiva esposizione, l'autore si fa carico di schematizzare, in un'unica conclusiva scheda didattica, le tre parti in cui si articola il piano dell'opera, al fine di una più proficua assimilazione della materia.

Si segnala, inoltre, la presenza di un'ampia ed articolata bibliografia generale, comprensiva dell'indicazione della manualistica straniera, cui segue una dettagliata lista delle fonti normative, internazionali ed interne.

Ne emerge un'opera completa, in grado di cogliere le molteplici sfaccettature di una realtà complessa, in continua evoluzione, troppo spesso "segmentata" in una pluralità di esperienze normative non facilmente riconducibili ad un unico sistema di diritto universale e globale. Al volume in esame, visto nella sua interezza, è riconoscibile l'indiscusso pregio di coniugare passato e presente, facendosi interprete della tradizione risalente del diritto internazionale pubblico, storicizzata e calata nella realtà attuale della comunità internazionale, il tutto collaudato da continui riferimenti ad esperienze giuridiche di prassi universali continentali e nazionali, chiamate a suffragare le impostazioni teoriche di base che ne rappresentano l'infrastruttura logico-normativa.

Anna Iermano

Lina Panella

La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale

Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 231



Al giorno d'oggi è corretto parlare di un "generico" diritto alla cittadinanza? O sarebbe più giusto affermare l'esistenza di un diritto "ad una cittadinanza" da concedersi non già dallo Stato nazionale di appartenenza ma, piuttosto, dallo Stato in cui l'individuo sceglie di stabilirsi e di lavorare? Limitando l'analisi della questione al solo diritto interno ed internazionale, con esplicita esclusione del sistema normativo dell'Unione europea, l'autrice si propone di dare una risposta a tale interrogativo soffermandosi innanzitutto sul concetto stesso di cittadinanza, al fine di definirne meglio gli attuali contenuti.

Nel primo capitolo, dopo aver tracciato le linee fondamentali dello sviluppo del concetto nella storia, l'autrice affronta il problema della rilevanza della qualificazione della cittadinanza nell'ordinamento internazionale al pari del diritto interno, rilevando come non si possa "(...) non riconoscere (...) che gli individui sono destinatari di alcuni obblighi discendenti dal diritto internazionale generale, oltre che titolari di talune posizioni giuridiche protette". Sotto tale profilo, rilevano, in particolare, i numerosi accordi internazionali che considerano gli individui alla stregua di titolari di interessi di natura sostanziale, quali ad esempio i trattati che aboliscono la schiavitù, quelli sulle minoranze, le convenzioni internazionali del lavoro e, ovviamente, i trattati sulla protezione dei diritti umani che perseguono lo scopo specifico di proteggere il soggetto nei confronti dello Stato, attribuendogli, sempre più frequentemente, un potere di azione individuale. Gli individui e i loro comportamenti sono, inoltre, presi in considerazione anche da alcuni atti delle organizzazioni internazionali nonché dal diritto consuetudinario. Tutto ciò in antitesi a quanto sostenuto dalla dottrina tradizionale secondo la quale, con specifico riferimento all'individuo, non avrebbe senso porsi il problema del riconoscimento dello *status* internazionale di cittadinanza, difettando l'individuo di soggettività sul piano internazionale.

Quanto poi alla questione relativa alla definizione della cittadinanza quale rapporto giuridico tra Stato e singoli individui ovvero quale *status civitatis* inteso come fonte di diritti e di doveri, l'autrice osserva che "i due corni del dilemma" non sono in realtà inconciliabili, essendo la questione puramente teo-

rica. Le due soluzioni appaiono anzi inscindibili, costituendo il rapporto giuridico di cittadinanza tra lo Stato e l'individuo *condicio sine qua non* per il sorgere della particolare condizione di cittadino. Sotto tale profilo, si può quindi affermare che il concetto di cittadinanza è "univoco" nell'ordinamento internazionale e in quello interno, in quanto vale ad indicare, nell'uno come nell'altro caso, la relazione fra lo Stato e l'individuo, necessaria per il sorgere del particolare *status* di cittadino. La diversità tra ordinamento interno e ordinamento internazionale riguarda invece i presupposti per la nascita del rapporto ed il contenuto delle singole situazioni soggettive che ne derivano e non la qualificazione della fattispecie in quanto tale. A ben guardare, infatti, le tendenze cosmopolite che interessano le diverse comunità statali nonché, più in particolare, "le modifiche strutturali" apportate dal fenomeno migratorio hanno provocato profondi cambiamenti nella stessa configurazione e definizione di Stato, determinando una frammentazione e differenziazione delle singole situazioni soggettive derivanti dalla cittadinanza. Ciò ha portato ad un affievolimento della tradizionale dicotomia tra lo *status* di cittadino e quello di straniero, con la graduale estensione a favore di quest'ultimo di una serie di diritti tradizionalmente riservati ai soli cittadini. Significativa al riguardo è la progressiva erosione del potere degli Stati di stabilire in via esclusiva le proprie normative in tema di concessione e di perdita della cittadinanza, determinata dall'adozione di un numero crescente di atti e di strumenti internazionali, in particolare sui diritti umani, con lo scopo di avvicinare, su scala nazionale, la nuova cittadinanza sostanziale – attributiva a tutti di un nucleo duro e incompressibile di diritti – e l'antica cittadinanza formale – basata al contrario sui criteri di territorialità (*ius soli*) o di parentela (*ius sanguinis*) –, estendendo quest'ultima ad un numero di crescente di persone. In tale prospettiva, l'analisi prosegue, quindi, su taluni strumenti di diritto internazionale, tra i quali, in particolare, gli atti di protezione dei diritti dell'uomo adottati nell'ambito delle Nazioni Unite e nei lavori di codificazione della Commissione del diritto internazionale nonché, a livello regionale, gli atti del Consiglio d'Europa, dai quali è possibile ricavare elementi importanti ai fini della ricostruzione del contenuto del "nuovo" diritto individuale alla cittadinanza quale diritto non più "concesso" dallo Stato, sulla base di proprie valutazioni, ma inerente all'essere umano in quanto tale.

In tale contesto, la necessità di contemperare due principi così diversi e allo stesso tempo irrinunciabili, quali la sovranità degli Stati e la tutela dei diritti umani, ha come conseguenza lo sviluppo, a livello internazionale, di tutta una serie di norme che limitano sempre più la competenza esclusiva degli Stati in tema di cittadinanza. All'esame di tali limiti è dedicato, in particolare, il capitolo secondo del libro, ove l'autrice svolge un'analisi attenta e rigorosa tanto della giurisprudenza internazionale – che, anticipando le posizioni della dottrina, riconosce l'esistenza di tali limiti – quanto degli strumenti e degli atti internazionali a carattere convenzionale dai quali, del pari, è possibile desumere indicazioni certe nel senso di una sempre maggiore compressione della sovranità degli Stati in un ambito tradizionalmente affidato alla loro esclusiva competenza qual è quello della cittadinanza.

Nel capitolo terzo, l'autrice si propone poi di indagare le inevitabili ripercussioni che il nuovo concetto di cittadinanza "senza nazionalità" produce sui diversi istituti di diritto internazionale ad essa intrinsecamente collegati, soffermandosi in particolare sulla protezione diplomatica. Significativi in tal senso sono, ad esempio: la maggiore flessibilità della c.d. regola della *nationality of claim*, sia nel caso in cui la protezione diplomatica venga esercitata nei confronti di uno Stato non collegato all'individuo da alcun legame giuridico sia nell'ipotesi di protezione diplomatica esercitata nei confronti di un altro Stato nazionale; il superamento della c.d. regola della "continuità della cittadinanza", che limita il ricorso alla protezione diplomatica al solo caso in cui l'individuo possieda la cittadinanza dello Stato che presenta il reclamo al momento in cui subisce la violazione e la mantenga fino a quando la procedura non si è conclusa, privando di conseguenza l'individuo, sprovvisto di tali requisiti, di qualsiasi tutela di tipo statale; nonché, la possibilità riconosciuta allo Stato di residenza di agire in protezione diplomatica in favore di individui presenti nel proprio territorio, ma non suoi cittadini (il caso degli apolidi e dei rifugiati). Nella medesima prospettiva, si pongono inoltre le sempre più frequenti eccezioni alla regola dell'esaurimento, da parte dell'individuo, delle vie di ricorso interno quale presupposto perché lo Stato possa agire in protezione diplomatica. Interessante, da ultimo, l'analisi svolta sulla prassi nazionale relativa alla possibilità di sottoporre a controllo giurisdizionale la decisione dello Stato di agire o meno in protezione diplomatica.

Il quarto ed ultimo capitolo tratta dell'istituto della cittadinanza nello specifico caso di successione fra Stati. Ipotesi nella quale l'incidenza dei principi di diritto internazionale, che limitano la libertà degli Stati in materia di cittadinanza, è particolarmente forte a fronte del considerevole numero di individui coinvolti. Da qui, il duplice obbligo per gli Stati di garantire agli individui coinvolti il diritto ad una cittadinanza e, al contempo, di prevenire l'apolidia. In tale contesto, l'autrice si sofferma in particolare sul ruolo da riservare alla libertà di scelta o "diritto di opzione" degli individui che il mutamento territoriale coinvolge quale logico corollario dell'affermazione di limiti di carattere generale alla libertà degli Stati di concedere la propria cittadinanza.

Per l'attualità dell'argomento trattato e l'estrema chiarezza nell'esposizione di problematiche di particolare complessità, il volume in commento si propone quale opera di imprescindibile lettura per tutti coloro che intendono accostarsi, con occhio critico, allo studio del tema della cittadinanza nel diritto internazionale e delle questioni ad esso connesse. Degna di nota è anche l'ampia e completa panoramica che l'opera offre tanto sugli strumenti e sugli atti di diritto internazionale quanto sulla giurisprudenza interna e internazionale rilevanti ai fini dell'analisi svolta.

Benedetta Cuomo



Libri ricevuti



Andrea Atteritano, *L'enforcement delle sentenze arbitrali del commercio internazionale. Il principio del rispetto della volontà delle parti*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XIII-409.

Paola Bilancia, Marilisa D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XVI-243.

Andrea Bonomi (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XXI-529.

Nerina Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XV-544.

Andrea Cannone (a cura di), *Le grandi decisioni della Corte costituzionale in materia internazionale ed europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 257.

Gabriella Carella (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XI-240.

Sabino Cassese, *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, Donzelli, 2009, pp. VI-105.

Emanuele Cimiotta, *I tribunali penali misti*, Padova, Cedam, 2009, pp. XX-622.

Angela Del Vecchio (a cura di), *La politica marittima comunitaria*, Roma, Aracne, 2009, pp. 231.

Valeria Di Comite, *Le sovvenzioni e le misure compensative nell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, Cedam, 2009, pp. XVIII-490.

Marcello Di Filippo, Beatriz Campuzano Díaz, Andrés Rodríguez Benot, M.^a Ángeles Rodríguez Vázquez (coordinadores), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 236.

Alberta Fabbricotti, *Gli accordi di integrazione economica regionale e il diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Roma, Aracne, 2009, pp. 470.

Pietro Gargiulo, Maria Chiara Vitucci (a cura di), *La tutela dei diritti umani nella lotta e nella guerra al terrorismo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. XI-443.

Antonio Grilli, *Le origini del diritto dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2009, pp. 242.

Anna Ioppolo, *La repressione del terrorismo internazionale nella recente giurisprudenza italiana e comunitaria*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 283.

Robert Kolb, *Introduction au droit des Nations Unies*, Bâle, Helbing Lichtenhahn – Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. XII-350.

Federico Lenzerini, *Asilo e diritti umani. L'evoluzione del diritto d'asilo nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XIV-679.

Sergio Marchisio (a cura di), *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarto centenario della morte di Alberico Gentili*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, pp. 396.

Susan Marks, Andrew Clapham, *Lessico dei diritti umani*, Milano, Vita e pensiero, 2009, pp. 528.

Roberto Mastroianni, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. IX-177.

Alessandra Mignolli, *L'azione esterna dell'Unione europea e il principio della coerenza*, Napoli, Jovene, 2009, pp. XXI-550.

Riccardo Monaco, Carlo Curti Gialdino, *Manuale di Diritto internazionale pubblico. Parte generale*, III ed., Torino, UTET, 2009, pp. XXVII-862.

Teresa Maria Moschetta, *Il mercato comunitario del gas naturale. Investimenti esteri diretti e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. VIII-178.

Lina Panella (a cura di), *La protezione diplomatica: sviluppi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 712.

Antonio Papisca, *1979-2009 uso/abuso delle elezioni europee*, Padova, CLEUP, 2009, pp. 179.

Piero Pennetta, *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti*, Bari, Cacucci, 2009, pp. XVI-251.

Alessandra Pietrobon, *I mercanti delle armi in Europa. Una sfida al diritto dell'Unione*, Padova, Cedam, 2009, pp. XXI-153.

Mauro Romani, *Servizi di polizia internazionale, cooperazione giudiziaria e terzo pilastro dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2009, pp. XIV-563.

Francesco Rossi del Pozzo, Bruno Nascimbene (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XXIII-178.

Natalino Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2009, pp. XIX-481.

Giulia Rossolillo, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2009, pp. XV-248.

Lucia Ruggeri (a cura di), *Giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009, pp. 230.

Augusto Sinagra, Paolo Bargiacchi, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. XXVIII-646.

Antonio Tizzano (a cura di), *Il processo d'integrazione europea: un bilancio 50 anni dopo i Trattati di Roma*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. XIV-207.

Benedetta Ubertazzi, Esther Muñiz Espada (a cura di), *Le indicazioni di qualità degli alimenti. Diritto internazionale ed europeo*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. X-403.

Gabriella Venturini (a cura di), *Le nuove forme di sostegno allo sviluppo nella prospettiva del diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. XXV-288.



Elenco delle abbreviazioni



AFDI – Annuaire français de droit international
AJIL – The American Journal of International Law
Brooklyn JIL – Brooklyn Journal of International Law
BYBIL – The British Year Book of International Law
Cass. pen. – Cassazione penale
CDE – Cahiers de droit européen
CI – La Comunità Internazionale
CML Rev. – Common Market Law Review
Com. St. – Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale della Università di Milano (già Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano)
Contr. imp./E. – Contratto e impresa/Europa
CYELS – Cambridge Yearbook of European Legal Studies
DCSI – Diritto comunitario e degli scambi internazionali
Dig. disc. pubb. – Digesto delle discipline pubblicistiche
Dir. comm. int. – Diritto del commercio internazionale
Dir. lav. – Diritto del lavoro
Dir. lav. rel. ind. – Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali
DPCE – Diritto pubblico comparato ed europeo
DUE – Il Diritto dell'Unione Europea
EFA Rev. – European Foreign Affairs Review
EHRLR – European Human Rights Law Review
EJIL – European Journal of International Law
EJML – European Journal of Migration and Law
ELF – European Legal Forum: Forum iuris communis Europae
ELR – European Law Review
EL Reporter – European Law Reporter
Giur. it. – Giurisprudenza italiana
GLJ – German Law Journal

Global Community YILJ – Global Community Yearbook of International Law and Jurisprudence
GUCE – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee
GUUE – Gazzetta ufficiale dell’Unione europea
ICLQ – The International and Comparative Law Quarterly
IJRL – International Journal of Refugee Law
Int. Sp. – The International Spectator
ITLR – International Trade Law & Regulation
IYIL – The Italian Yearbook of International Law
JCMS – Journal of Common Market Studies
JDI – Journal du droit international
JEI – Journal of European Integration
JICJ – Journal of International Criminal Justice
JIEL – Journal of International Economic Law
J. trib. – Journal des tribunaux
JWT – Journal of World Trade
Leiden JIL – Leiden Journal of International Law
LIEI – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)
NILR – Netherlands International Law Review
Nord. JIL – Nordic Journal of International Law
NYIL – Netherlands Yearbook of International Law
Raccolta – Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia e del Tribunale di primo grado delle Comunità europee
RCADI – Recueil des cours de l’Académie de droit international de La Haye
RDCE – Revista de derecho comunitario europeo
RDI – Rivista di diritto internazionale
RDIPP – Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RDUE – Revue du droit de l’Union européenne
Recueil – Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l’homme (dal 1° gennaio 1996)
REDI – Revista española de derecho internacional
Rev. cr. DIP – Revue critique de droit international privé
RGDIP – Revue générale de droit international public
Riv. dir. ind. – Rivista di diritto industriale
RMC – Revue du marché commun
RMCUE – Revue du marché commun et de l’Union européenne
RMUE – Revue du marché unique européen
RSPI – Rivista di studi politici internazionali
RTDE – Revue trimestrielle de droit européen
Série A – Publications de la Cour européenne des droits de l’homme. Série A. Arrêts et décisions (fino al 31 dicembre 1995)
YEL – Yearbook of European Law

Indice degli autori



Ugo VILLANI

ordinario di Diritto internazionale nella LUISS “Guido Carli” di Roma

Francesco CARUSO

ordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Roma “Tor Vergata”

Giuseppe COSCIA

ordinario di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi del Piemonte Orientale “A. Avogadro”

Francesca IPPOLITO

ricercatore di Diritto dell’Unione europea nell’Università degli studi di Cagliari

Martina GUIDI

dottore di ricerca in Istituzioni e politiche comparate, internazionali ed europee dell’Università degli studi di Teramo

Micaela FALCONE

ricercatore di Diritto dell’Unione europea nel Politecnico di Bari

Ugo DRAETTA

ordinario di Diritto internazionale nell’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

Benedetta UBERTAZZI

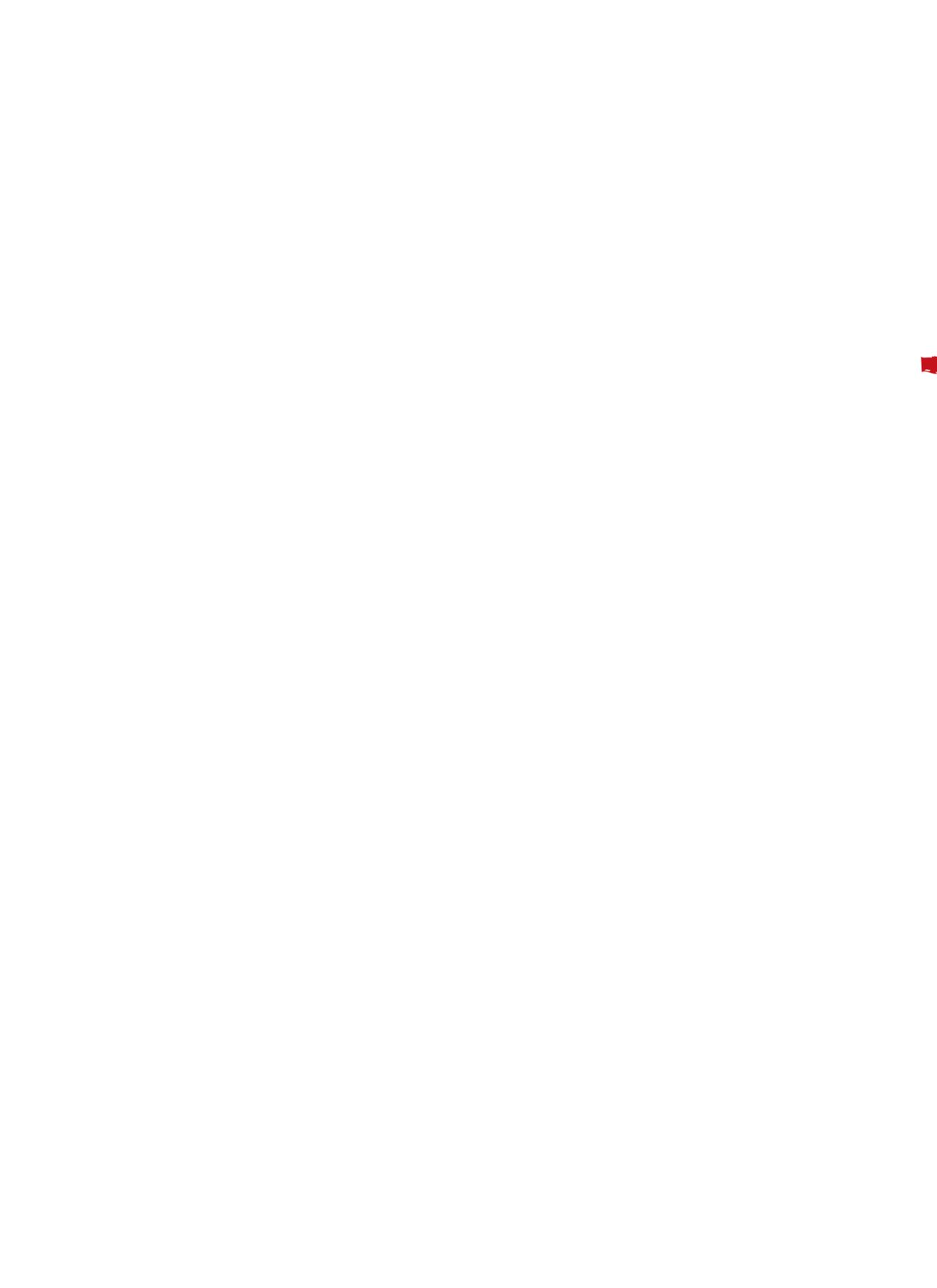
ricercatore a tempo determinato di Diritto internazionale nell’Università IULM di Milano

Claudio DI TURI

ricercatore di Diritto internazionale nell’Università della Calabria

Flavia ZORZI GIUSTINIANI

dottore di ricerca in Istituzioni e politiche comparate, internazionali ed europee dell’Università degli studi di Teramo





Indice del Volume IV

Giovanni Maria FLICK Considerazioni finali alla relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2008	311
ARTICOLI	
Chiara AMALFITANO Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali	73
Giandonato CAGGIANO Il ruolo dei giudici comunitari nell'evoluzione del diritto della concorrenza	389
Rocco CANGELOSI, Marco PERONACI La geografia istituzionale post-Lisbona e la posizione dell'Italia	55
Francesco CARUSO Corte di giustizia comunitaria e disciplina degli appalti pubblici	585
Marina COMEI Dalle politiche industriali in ambito comunitario alla costruzione di una economia imprenditoriale in Europa	415
Giuseppe COSCIA The International Framework of GIs and DOs Protection and the European Approach	615
Luigi DANIELE Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?	43
Maria Elena DE MAESTRI European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports	157
Patrizia DE PASQUALE Il "terzo pilastro" dell'Unione europea tra buona fede e leale collaborazione	431
Ugo DRAETTA Composizione e funzionamento di Consiglio e Consiglio europeo nel Trattato di Lisbona	7
Micaela FALCONE Previdenza e vantaggi sociali per i familiari dei lavoratori comunitari migranti e frontalieri secondo la Corte di giustizia	681

Paolo FOIS Obblighi e poteri degli Stati membri nell'Unione europea	325
Martina GUIDI I rapporti tra il diritto dell'UE e alcune convenzioni internazionali alla luce delle disposizioni di "coordinamento" previste negli atti del titolo VI	629
Francesca IPPOLITO Giurisdizione comunitaria e accordi misti: dal criterio della competenza alla leale cooperazione	657
Rosanna LA ROSA La protezione diplomatica nell'Unione europea: un esempio di evoluzione delle norme internazionali in materia	133
Ilaria OTTAVIANO Profili evolutivi del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso una disciplina procedurale uniforme nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia	451
Ricardo Sebastián PIANA <i>¿UNASUR u otro intento fallido?</i> Sobre las políticas de (no) integración en Sudamérica	369
Fabio RASPADORI Il <i>deficit</i> di rappresentatività del Parlamento europeo: limiti e soluzioni	121
Mario SARCINELLI UEM ed Euro: i successi del passato e le sfide del futuro	341
Girolamo STROZZI Limiti e controlimiti nell'applicazione del diritto comunitario	23
Giuseppe TESAURO Il contributo di Antonio La Pergola all'affermazione e allo sviluppo del diritto comunitario	361
Ugo VILLANI Le responsabilità dell'Unione europea nell'area mediterranea	551
NOTE E COMMENTI	
Valeria CAPUANO Responsabilità extracontrattuale della Comunità per errata valutazione di una concentrazione da parte della Commissione: il caso <i>MyTravel</i>	501

Giovanni CELLAMARE Espulsione di minori stranieri non accompagnati e Convenzione europea dei diritti dell'uomo	181
Claudio DI TURI Responsabilità extracontrattuale della Comunità europea e norme OMC: i casi <i>FIAMM</i> e <i>Fedon</i> dinanzi la Corte di Lussemburgo	759
Ugo DRAETTA Brevi note sulla sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona	719
Pieralberto MENGOZZI Il ribadimento di un approccio ispirato ad un principio personalistico nella giurisprudenza comunitaria relativa alla protezione dei consumatori	201
Emanuela PISTOIA Fino a dove si può spingere il diritto comunitario nell'ambito dell'Unione. Un commento alla sentenza <i>ECOWAS</i> alla luce dei precedenti	481
Andrea SILVESTRI I meccanismi di recepimento degli atti delle istituzioni UE nei Paesi membri – Una riflessione sulle modalità applicate dall'Italia	213
Eugenio SINA Il rapporto tra il diritto dell'Unione europea e giudicato nazionale: meccanismi di <i>balance</i> e meccanismi di <i>by-pass</i>	255
Benedetta UBERTAZZI Licenze di diritti di proprietà intellettuale (IP) e regolamento comunitario sulla giurisdizione	735
Anna VALENTINI Commento alla sentenza C-296/08 PPU: il caso <i>Goicoechea</i> e il secondo rinvio pregiudiziale d'urgenza	267
Simone VEZZANI <i>Pacta sunt servanda?</i> La sentenza della Corte di giustizia nell'affare <i>Intertanko</i> (caso C-308/06) e l'adattamento dell'ordinamento comunitario al diritto internazionale pattizio	233
Flavia ZORZI GIUSTINIANI Protezione sussidiaria ed esigenze di protezione in situazioni di violenza indiscriminata. La Corte di giustizia si pronuncia sulla c.d. direttiva qualifiche	779

RECENSIONI

Giandonato CAGGIANO, <i>La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo</i> , Torino, Giappichelli, 2008 (F. Munari)	515
Carlo CURTI GIALDINO, <i>I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	807
Francesco GABRIELE, <i>Europa: la "Costituzione" abbandonata</i> , Bari, Cacucci, 2008 (E. Triggiani)	518
Ivan INGRAVALLO, <i>Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2008 (L. Ferrari Bravo)	281
Massimo PANEBIANCO, <i>Diritto internazionale pubblico</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, II ed, (A. Iermano)	810
Lina PANELLA, <i>La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (B. Cuomo)	813
Emanuela PISTOIA, <i>Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008 (F. Cherubini)	521
Benedetta UBERTAZZI, <i>Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	284
Maria Josè VACCARO, <i>Livelli normativi e fenomeno migratorio</i> , Torino, Giappichelli, 2008, II ed. (R. Palladino)	287
Libri ricevuti	289, 525, 817
Elenchi delle abbreviazioni	291, 527, 821
Indici degli autori	293, 529, 823





Index of Volume IV

Giovanni Maria FLICK Final Considerations on the 2008 Constitutional Law Report	311
ARTICLES	
Chiara AMALFITANO Free Movement of Criminal Decisions within the European Judicial Area	73
Giandonato CAGGIANO The Role of Community Courts in Preliminary Rulings and Judicial Review in the EC Competition Law	389
Rocco CANGELOSI, Marco PERONACI The post-Lisbon European Institutional Landscape: Some Preliminary Remarks on the Italian Position	55
Francesco CARUSO The European Court of Justice and the Public Procurement Discipline	585
Marina COMEI From the Industrial Politics in the Community Field to the Creation of a more Entrepreneurial Economy in Europe	415
Giuseppe COSCIA The International Framework of GIs and DOs Protection and the European Approach	615
Luigi DANIELE The European Union after the Treaty of Lisbon: Towards a New Institutional Balance?	43
Maria Elena DE MAESTRI European Port Policy vs. European Policies Applied to Ports	157
Patrizia DE PASQUALE The Third Pillar of the European Union between Good Faith and Sincere Cooperation	431
Ugo DRAETTA Composition and Functioning of the Council and of the European Council in the Treaty of Lisbon	7
Micaela FALCONE Social Advantages for Relatives of European Migrant Workers According to the Court of Justice Case-law	681
Paolo FOIS Duties and Powers of Member States in the EU	325

Martina GUIDI Legal Interactions between EU Law and International Conventions According to the “Conflict Clauses” Included in Acts of Title VI TEU	628
Francesca IPPOLITO The Jurisdiction of the European Court of Justice on Mixed Agreements: From Competence Ground to Loyal Cooperation	657
Rosanna LA ROSA Diplomatic Protection in the European Union: An Example of Evolution of the Relevant International Rules	133
Ilaria OTTAVIANO Some Remarks on the Recent Evolution of the Preliminary Ruling Procedure to the European Court of Justice: Towards an Uniform Regime in the Area of Freedom, Security and Justice	451
Ricardo Sebastián PIANA UNASUR or another Failed Attempt? On the Policies of (non) Integration in South America	369
Fabio RASPADORI Deficit of Representation of the European Parliament: Shortcomings and Solutions	121
Mario SARCINELLI EMU and Euro: Past Successes and Future Challenges	341
Girolamo STROZZI Limits and Constitutional Counter-limits in the Application of the European Union Law	23
Giuseppe TESAURO Antonio La Pergola’s Contribution to the Development of Community Law	361
Ugo VILLANI The Responsibilities of the European Union in the Mediterranean Area	551
NOTES AND COMMENTS	
Valeria CAPUANO Non-Contractual Liability of the European Communities in Merger Cases: The <i>My Travel</i> Judgement	501

Giovanni CELLAMARE Expulsion of Unaccompanied Foreign Minors and European Convention of Human Rights	181
Claudio DI TURI European Court Rejects Damages Claims from Two Italian Enterprises: The <i>FIAMM</i> and <i>Fedon</i> Cases before the Luxembourg Court	759
Ugo DRAETTA Short Notes on the Sentence of the German Constitutional Court of 30 June 2009 on the Lisbon Treaty	719
Pieralberto MENGOZZI The Confirmation of an Approach Inspired to a Personalistic Principle in the EC Consumer Protection Case-law	201
Emanuela PISTOIA The Boundary of EC Law within the Union. A Comment to the <i>ECOWAS</i> Judgement as Compared with Its Precedents	481
Andrea SILVESTRI The Mechanisms of Transposition of EU Law among Member Countries. Reflections on the Italian Approach	213
Eugenio SINA EC Law and National <i>res iudicata</i> in the ECJ Case-law: Balance and By-pass Processes	255
Benedetta UBERTAZZI IP Rights Licence Agreements and EC Regulation on Jurisdiction	735
Anna VALENTINI Comment on the Court of Justice Case-law C-296/08 PPU: The <i>Goicoechea</i> Case and the Second Application of Urgent Preliminary Ruling Procedure	267
Simone VEZZANI <i>Pacta sunt servanda?</i> The Court of Justice Judgement in the <i>Intertanko</i> Affaie (Case C-308/06) and the Adaptation of the Community Legal Order to International Conventional Law	233
Flavia ZORZI GIUSTINIANI Subsidiary Protection and Protection Needs in Situations of Indiscriminate Violence. The Court of Justice Rules on the “Qualification Directive”	779

BOOK REVIEWS

Giandonato CAGGIANO, <i>La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo</i> , Torino, Giappichelli, 2008 (F. Munari)	515
Carlo CURTI GIALDINO, <i>I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	807
Francesco GABRIELE, <i>Europa: la "Costituzione" abbandonata</i> , Bari, Cacucci, 2008 (E. Triggiani)	518
Ivan INGRAVALLO, <i>Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2008 (L. Ferrari Bravo)	281
Massimo PANEBIANCO, <i>Diritto internazionale pubblico</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, II ed. (A. Iermano)	810
Lina PANELLA, <i>La cittadinanza e le cittadinanze nel diritto internazionale</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2009 (B. Cuomo)	813
Emanuela PISTOIA, <i>Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione europea e diritto statale</i> , Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008 (F. Cherubini)	521
Benedetta UBERTAZZI, <i>Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali</i> , Milano, Giuffrè, 2008 (U. Villani)	284
Maria Josè VACCARO, <i>Livelli normativi e fenomeno migratorio</i> , Torino, Giappichelli, 2008, II ed. (R. Palladino)	287
Books received	289, 525, 817
Tables of abbreviations	291, 527, 821
Lists of contributors	293, 529, 823

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



La Puglia è stata la prima Regione italiana — alcune invece ancora non lo hanno fatto — a dotarsi, dopo una lunga fase di confronto con le diverse articolazioni della società civile pugliese, del nuovo statuto regionale.

Qual è la filosofia di fondo che ispira questa sorta di carta costituzionale regionale? La Regione Puglia valorizza la storia plurisecolare di cultura, religiosità e cristianità dei suoi cittadini, e intende dare forza e contenuti al ruolo di “ponte d’Europa” e di “regione di confine” verso l’Oriente e il Mediterraneo.

Terra di pace, accoglienza e solidarietà verso i più deboli, la Puglia riempie questa vocazione di contenuti e di politiche attive.

Sono questi gli assi centrali che denotano l’identità della nostra gente. Una terra che, da sempre, favorisce il dialogo tra i popoli, i confronti tra le culture e le religioni. Tutto l’opposto dei fondamentalismi che stanno insanguinando il nostro tempo.

L’altro valore fondamentale è quello dell’accoglienza. La Puglia storicamente ha aperto le proprie braccia agli immigrati e a tutti i “dannati della terra” che approdano sulle nostre coste in cerca di pace e di libertà. Accoglienza e solidarietà sono valori che vanno esaltati soprattutto in un’epoca in cui esplodono i particolarismi territoriali.

Uno statuto aperto, quindi, e non autoreferenziale, che intende definire e costruire una rete di relazioni con i Paesi del Mediterraneo. Questa aspirazione trova un altro terreno di confronto: la valorizzazione della società civile.

Per rafforzare la sintonia con la società, lo statuto pugliese prevede l’istituzione del Consiglio delle autonomie locali, la Conferenza regionale permanente per la programmazione economica, territoriale e sociale e il Consiglio statutario. A questi organismi si aggiungono quelli di garanzia, quali l’ufficio di difesa civica, il Consiglio generale dei pugliesi nel mondo, il comitato per l’informazione e la comunicazione.

Questo sistema articolato di rappresentanza non è finalizzato alla definizione di una sorta di “diritto di tribuna” o alla pratica del “mero ascolto”. L’intendimento del legislatore regionale pugliese è, da un lato, di pervenire ad una più estesa rete di partecipazione democratica e, dall’altro, di costruire una collaborazione reale, nel rispetto dei ruoli, per definire politiche di sviluppo del territorio.

Una nuova “architettura”, quindi, per definire istituzioni aperte nelle quali i cittadini siano finalmente protagonisti.

Pietro Pepe

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

L’Editore ringrazia la Presidenza del Consiglio Regionale per il contributo offerto alla realizzazione di questa rivista



TECA DEL MEDITERRANEO

Teca del Mediterraneo, il cui motto è “la conoscenza accresce le capacità”, è la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell’Unione Europea.

Teca del Mediterraneo svolge vari progetti, alcuni dei quali di natura internazionale, organizza ogni anno un workshop sulla professione bibliotecaria e un meeting dei bibliotecari dei Paesi del Mediterraneo.

Teca del Mediterraneo svolge cooperazione interbibliotecaria con vari organismi: ACNP, NILDE, ESSPER, MAICR-Meta Opac Azalai Italiano delle Biblioteche dei Consigli delle Regioni, SBN.

Il sito di Teca del Mediterraneo e l’OPAC (catalogo digitale on line) sono consultabili all’indirizzo www.bcr.puglia.it.

L’indirizzo mail è biblioteca@bcr.puglia.it.

Il reference è contattabile al numero telefonico 0039 080 540 27 70.
Il fax è 0039 080 540 27 75.

La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a Europe *Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete Europe *Direct* italiana.

Radicata nel futuro



**BANCA
POPOLARE
DI BARI**





CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)



Istituzioni di diritto processuale civile

BALENA Giampiero

303 Pagine
prezzo: 22,00 €



Sommario:

Il diritto processuale civile e la funzione giurisdizionale. La giurisdizione contenziosa. Il processo civile e la costituzione. La domanda e le difese del convenuto. Il giudice e gli uffici giudiziari. Il pubblico ministero. Nessi tra azione e processi. Le parti e i difensori. Il processo con pluralità di parti. Le modificazioni riguardanti le parti. Gli atti processuali. Le spese del processo.

L'Europa e i diritti dei bambini

Profili politico-giuridici

Franco FRATTINI, Ersiliagrazia SPATAFORA

240 Pagine
prezzo: 20,00 €



Sommario:

Prefazione. Acronimi. PARTE PRIMA – *Franco Frattini*. Premessa. Introduzione. Capitolo I - Interventi sulla tratta degli esseri umani. Capitolo II - Interventi sull'immigrazione. Capitolo III - Interventi a favore dei giovani. PARTE SECONDA – *Ersiliagrazia Spatafora*. Capitolo I - La tutela dei diritti dei bambini nella normativa comunitaria, europea ed internazionale. PARTE TERZA – Il ruolo dell'Italia per la protezione dei diritti dei bambini. Capitolo I - Interventi. Capitolo II - Profili essenziali della legislazione italiana vigente sui diritti dei minori. Considerazioni conclusive.

Europa dei mercati e conflitto sociale

Umberto CARABELLI

224 Pagine
prezzo: 15,00 €



Sommario:

Capitolo I – Tutela dei lavoratori e libertà di prestazione dei servizi nel diritto comunitario. Capitolo II – Azione collettiva (per fini contrattuali) e libertà economiche nel diritto comunitario. Bibliografia.

Ammortizzatori sociali regole, deroghe, prospettive

CURZIO Pietro (a cura di)

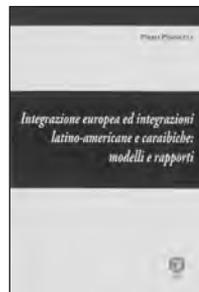
158 Pagine
prezzo: 18,00 €



Sommario:

La riforma *Godot*. Il disincanto e la passione – Gli ammortizzatori sociali. Percorsi evolutivi e incerte prospettive di riforma – Ammortizzatori sociali e tutela giurisdizionale – Ammortizzatori sociali in deroga. Riflessioni a partire dal caso della Puglia – Gli orientamenti applicativi dell'INPS in tema di ammortizzatori sociali in deroga – Cassa integrazione guadagni straordinaria e procedure concorsuali – Appendice

Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti



PENNETTA Piera

250 Pagine
prezzo: 25,00 €

Sommario:

Abbreviazione periodici. Acronimi. Prefazione. Considerazioni introduttive. Evoluzione del fenomeno dell'organizzazione internazionale: la proliferazione di forme associative regionali. L'organizzazione internazionale regionale: il modello di cooperazione. Segue: il modello di integrazione. Le peculiarità del modello comunitario europeo di integrazione. Le organizzazioni di cooperazione in America latina: il Sistema Económico Latino-Americano, Asociación Latino-Americana De Integración e Unión de Naciones Suramericanas. Il Mercado Común del Sur. Le organizzazioni di cooperazione nei Caraibi: Asociación de Estados del Caribe, Caribbean Community, Organization of Eastern Caribbean States. Le organizzazioni di cooperazione in Centroamerica: Sistema de Integración Centroamericana e Sistema de Integración Económica Centroamericana. Le organizzazioni di integrazione in America latina: la Comunidad Andina. Il processo di integrazione europea come modello politico-economico per i paesi latino-americani e caraibici. Il processo di integrazione europea come modello politico-giuridico per i paesi latino-americani e caraibici. L'azione dell'Unione europea in favore dei paesi in via di sviluppo. Le relazioni dell'Unione europea con l'America latina ed i Caraibi. I rapporti fra Unione Europea e MERCOSUR. I rapporti fra Unione europea e Comunidad Andina. I rapporti Unione europea e Comunità caraibiche. I rapporti fra Unione Europea e Centroamerica. Considerazioni conclusive. Elenco Autori citati.



Puglia in cifre 2008

IPRES (Istituto Pugliese di Ricerche Economiche e Sociali Bari)

510 Pagine
prezzo: 40,00 €



Sommario:

Territorio e ambiente. Economia e lavoro. Popolazione e società.

L'euro e il dollaro

DEGENNARO Emanuele

230 Pagine
prezzo: 22,00 €



Sommario:

Genesi e ruoli della moneta internazionale. Le condizioni necessarie per l'affermazione della moneta internazionale. Le origini del dollaro come moneta internazionale. Le condizioni per l'affermazione della moneta internazionale nell'Unione Monetaria Europea. L'era del dollaro. Lo squilibrio globale nell'era del dollaro. Le ragioni del consenso. Le conseguenze dello squilibrio economico nell'era del dollaro. La sostenibilità del disavanzo USA. Il ruolo degli Stati Uniti nella crisi finanziaria internazionale. Le tendenze pre-crisi delle funzioni dell'euro come moneta internazionale. L'euro e il dollaro in prospettiva.

Le Processus de Barcelone: du partenariat euro-méditerranéen au dialogue interculturel

Cosimo NOTARSTEFANO

160 Pagine
prezzo: 15,00 €



Sommario:

Introduction. Genèse, évolution et relance de la politique euro-méditerranéenne. Le dialogue interculturel et interreligieux dans l'espace euro-méditerranéen. Le Processus de Barcelone: «Union pour la Méditerranée». Récents développements dans le cadre du dialogue interculturel euro-méditerranéen. Déclaration commune du sommet de Paris pour la Méditerranée. Bibliographie.

In copertina **Luca Giordano** (Napoli 1634-1705)

Ratto d'Europa – olio su tela, cm 176 x 230 – Milano, collezione privata

Il dipinto è stato reso noto ed esposto per la prima volta da Nicola Spinosa in occasione della mostra dedicata al Giordano svoltasi nel 2001 a Napoli (Castel Sant'Elmo-Museo di Capodimonte). A quel che riporta lo studioso, esso – attualmente in collezione privata milanese – ha fatto parte dell'antica raccolta dei Pio Falcò già in villa Mombello presso Imbersago, in Brianza, nella quale erano confluite nel XVIII secolo parte delle collezioni degli Orsini di Roma, dei Pio di Savoia e dei Falcò di Milano, e può essere identificato con uno dei due *Ratti d'Europa* che compaiono in un inventario del 1724, entrambi attribuiti, impropriamente ma significativamente, a Tiziano.

Domina la scena la luminosa, opulenta figura di Europa seminuda, con un drappo trasparente che le avvolge i fianchi e un serico manto azzurro cupo che il vento investe e trasforma in una sorta di fondale colorato su cui risalta il candore dell'incarnato del torso, colpito da un cono di luce che lascia in ombra il volto e parte delle spalle. La giovane donna è seduta sulla groppa di un toro bianco/nero, dai grandi occhi parlanti, inghirlandato con un serto di fiori dai vivacissimi colori, sotto le cui sembianze si cela il suo rapitore, Giove, ormai allontanatosi dalla riva e semimmerso nelle onde. È difficile però cogliere un cenno di ripulsa in Europa, la cui debole ribellione è testimoniata solo dal gesto del braccio destro, sollevato come a chiedere aiuto.

Nella fascia inferiore del dipinto spiccano le figure delle due ancelle compagne di giochi di Europa, simili a due naiadi per avere l'una tra le mani rametti di corallo e una conchiglia piena di perle e l'altra la ricca capigliatura bionda ornata da rutilanti coralli, e putti alati che si abbeverano a conchiglie. Altri putti, uno dei quali reca tra le mani una corona di fiori, compaiono fra le nuvole, in alto, seguendo la direzione della corsa intrapresa dal toro.

Cronologicamente il dipinto, caratterizzato da una materia cromatica fluida e brillante, si pone ai tempi del secondo soggiorno fiorentino del Giordano, quando egli eseguì gli affreschi di Palazzo Medici Riccardi (1683-1685) e dimostra una rinnovata attenzione alla pittura barocca chiara e luminosa di Pietro da Cortona esemplificata, nella stessa Firenze, dalle volte di Palazzo Pitti. Oltre a ciò, lo Spinosa vi coglie un diretto riflesso della grande pittura veneta del Cinquecento, da Tiziano a Paolo Veronese, visibile soprattutto nel grande, luminoso nudo di Europa e nella cromia calda e avvolgente.

Il soggetto di Europa rapita dal toro/Giove è stato più volte trattato dal Giordano; tra le numerose versioni che egli ne diede si ricordano in particolare quella conservata nella Burghley House Collection a Stamford, dalla composizione assai simile al dipinto milanese, ma in controparte, e quella della Wadsworth Atheneum ad Hartford, Connecticut.

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. 1/2009, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2009, 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 2009).

ISBN 978-88-8422-895-6



9 788884 228956

€ 22,00