

# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2017 | anno XII



Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI

# Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



Ci sono tanti motivi per leggere una pubblicazione e tanto vale a maggior ragione quando i contributi riflettono su argomenti di stretta attualità. È il caso dell'unificazione e integrazione europea, tematiche oggetto degli approfondimenti proposti da questa rivista, pubblicata con costante impegno editoriale dall'Editore barese Cacucci.

Nata dieci anni fa per iniziativa dei due validi europeisti che tuttora la dirigono, i professori Ennio Triggiani e Ugo Villani, dell'Università Aldo Moro di Bari, alterna nelle pagine passato, presente e futuro del grande "progetto" dell'Unione dei popoli, affronta problemi, sviluppa prospettive, delinea scenari e soluzioni.

L'Europa oggi è viva. L'Unione ha assicurato stabilità e prosperità agli Stati del continente. Il grande sogno dei fondatori di valorizzare l'identità comune di tutti i cittadini europei ha garantito settanta anni di pace a un territorio prima costantemente devastato da conflitti. Ci ha condotti alla libera circolazione delle persone e delle merci, una conquista impensabile solo qualche decennio fa. Il disegno unificante è sempre attuale, anche se sostenerlo sta diventando arduo davanti alle difficoltà contingenti, legate alla crisi economica, aggravate dal rigore della politica monetaria e non alleggerite certamente dalla pesantezza della burocrazia comunitaria. Sopraffatta da una visione ragionieristica della stabilità finanziaria fin qui mantenuta dai vertici dell'Eurogruppo, l'Europa dei popoli ha smarrito lo slancio dei primi anni costituenti, dando fiato a quanti per "qualche voto in più" tradiscono gli ideali di unità e coesione che ogni europeo dovrebbe sostenere. C'è finanche chi si batte per demolire il progetto dell'Unione, pur sedendo nei banchi dell'Euro Parlamento, a Bruxelles e a Strasburgo.

Pur tra le difficoltà, l'unità d'Europa rappresenta un modello di sviluppo sostenibile, una crescita che rispetta i diritti umani e questo attrae le popolazioni tormentate dalla guerra nel Medio Oriente e migranti dalle aree più povere dell'Africa subsahariana. Un flusso incessante di profughi, in cerca di un futuro senza paura, affolla i confini degli Stati continentali e attraversa il Mediterraneo, segnando il passaggio con una scia di tragedie e di lutti.

Per l'Europa purtroppo si muore e sotto la pressione di masse di disperati governi e popoli si scoprono incerti, impotenti, insicuri.

Generano mostri tanto le drammatiche vicende della Grecia minacciata dal default, quanto l'insistenza sui presunti disastri della moneta unica, mentre l'agitare strumentalmente lo spettro del "clandestino", degli "extracomunitari-criminali", degli "immigrati mantenuti dallo Stato", alimenta atteggiamenti xenofobi finora lontani dai valori degli italiani, tanto più dei pugliesi, premiati per la virtù dell'accoglienza, che distingue da sempre la Puglia e la sua gente.

Al flusso epocale dei migranti, gli Stati periferici reagiscono irrigidendo le frontiere. Sui confini balcanici, vediamo sorgere muri ed ostacoli di filo spinato, nel tentativo di respingere popolazioni disperate che bussano all'Europa per salvare le loro vite. Non c'è modo di trattenerle, nonostante l'uso della forza, che ha il solo risultato di mettere in drammatica discussione il principio della solidarietà, ribadito nella Carta dei diritti fondamentali e nel Trattato di Lisbona.

È indispensabile, perciò, ripartire dai contenuti unificanti e riprendere a discutere costruttivamente di Europa, come questa pubblicazione ha sempre fatto.

La Puglia ha molto da insegnare sull'accoglienza e sul rispetto dei diritti delle genti, come abbiamo visto negli ultimi decenni, a cominciare dall'ondata migratoria degli anni Novanta dall'Albania. Cerchiamo adesso di contagiare positivamente il Paese e l'intera Europa.

**Mario Loizzo**

*Presidente del Consiglio Regionale della Puglia*

# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2017 | anno XII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI

Direzione  
**Ennio Triggiani Ugo Villani**  
**Giandonato Caggiano**

Comitato scientifico

**Mads Andenas, Sergio M. Carbone, Biagio De Giovanni, Angela Del Vecchio, Paolo Fois, Marc Jaeger, Diego J. Liñán Nogueras, Paolo Mengozzi, Bruno Nascimbene, Mario Sarcinelli, Giuseppe Tesaro, Christian Tomuschat, Gian Luigi Tosato, Claudio Zanghì**

Comitato di redazione

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

Revisione abstracts a cura di **Denise Milizia**

Comitato dei referees

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

[www.studisullintegrazioneeuropea.eu](http://www.studisullintegrazioneeuropea.eu)

Studi sull'integrazione europea è presente in Academia.edu, ACNP, DO.GI., ESSPER e Google Scholar.

Direzione e Redazione

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

**<http://www.cacucci.it> e-mail: [studiinteuropea@cacucci.it](mailto:studiinteuropea@cacucci.it)**

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

La Direzione della Rivista comunica che i contributi in essa pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo, con la sola eccezione di quelli caratterizzati dalla particolare autorevolezza scientifica o dalla specifica competenza dell'Autore nell'argomento trattato.

---

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

---

© 2017 Cacucci Editore – Bari

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

<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto: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 Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana	489
Bruno NASCIMBENE Riflessioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia	515
Giovanni CELLAMARE Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie	527
Massimo Francesco ORZAN The Role of the General Court’s Appeal Chamber in the Definition of the Conditions of Admissibility of EU Civil Servants’ Applications	541
Valentina PETRALIA Clausola di sovranità e tutela dei diritti umani nel sistema di Dublino	553
Antonio MARCACCI Digitally-provided Financial Services under EU Law: Overcoming the Current Patchwork of Europeanized Private International Law and Sectorially-harmonized National Private Laws	569
Susanna VILLANI Riflessioni sul regime dell’Unione europea in materia di aiuti di Stato in caso di calamità	585
<b>NOTE E COMMENTI</b>	
Francesco BUONOMENNA Limiti della <i>governance</i> economica nel regime internazionale ed europeo	605

---

Oreste PALLOTTA <i>Public e private antitrust enforcement</i> alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato	621
Claudia MORINI Il processo di ammissione dell'Albania nell'Unione europea nel contesto della politica europea di allargamento: recenti evoluzioni	641
Alice PISAPIA La base giuridica per l'adozione degli atti dell'Unione	659
Fulvia STAIANO Il principio del recupero dei costi e l'accesso all'acqua nel diritto dell'Unione europea	677
<b>RECENSIONI</b>	
Susanna CAFARO, <i>L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi - Cosa abbiamo imparato?</i> , ESI, Napoli, 2017 (P. Schiffauer)	699
Libri ricevuti	705
Indice degli autori	707
Indice del volume XII (2017)	709

# Summary



## ARTICLES

- UGO VILLANI  
Limitations to Sovereignty, ‘Counter-limits’ and Fundamental Rights in the Italian Constitution 489
- Bruno NASCIBENE  
Thoughts and Remarks on the Area of Freedom, Security and Justice 515
- Giovanni CELLAMARE  
Observations on the Issue of Short Stay Visas (LTV) on Humanitarian Grounds 527
- Massimo Francesco ORZAN  
The Role of the General Court’s Appeal Chamber in the Definition of the Conditions of Admissibility of EU Civil Servants’ Applications 541
- Valentina PETRALIA  
Sovereignty Clause and Protection of Human Rights in the Dublin System 553
- Antonio MARCACCI  
Digitally-provided Financial Services under EU Law: Overcoming the Current Patchwork of Europeanized Private International Law and Sectorially-harmonized National Private Laws 569
- Susanna VILLANI  
Reflections on the EU State Aid Regime in Case of Disaster 585

## NOTES AND COMMENTS

---

Francesco BUONOMENNA The Limits of the Economic Governance in the International and European System	605
Oreste PALLOTTA Public and Private Antitrust Enforcement under Directive 2014/104/EU: An Altered Balance	621
Claudia MORINI The EU Accession Process of Albania in the Context of the Enlargement Policy of the European Union: Recent Developments	641
Alice PISAPIA The Legal Basis for the Adoption of the EU Acts	659
Fulvia STAIANO The Principle of Cost Recovery and Access to Water in European Union Law	677
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Susanna CAFARO, <i>L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi - Cosa abbiamo imparato?</i> , ESI, Napoli, 2017 (P. Schiffauer)	699
Books received	705
List of contributors	707
Index of Volume XII (2017)	713



# Articoli



Ugo Villani\*

# Limitazioni di sovranità, “controlimiti” e diritti fondamentali nella Costituzione italiana\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le norme del diritto internazionale consuetudinario e il loro rango nell'ordinamento italiano. – 3. I principi fondamentali della Costituzione e i diritti inviolabili della persona quali controlimiti al recepimento di norme del diritto internazionale consuetudinario. – 4. L'art. 11 Cost. nei rapporti con il diritto comunitario, poi dell'Unione europea, e il primato di quest'ultimo. – 5. I controlimiti all'applicazione del diritto dell'Unione europea e il loro funzionamento. – 6. La permanente attualità dei controlimiti. – 7. Il caso *Taricco*: la sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, il ricorso ai controlimiti e la posizione della Corte costituzionale nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24. – 8. L'inquadramento della Carta delle Nazioni Unite nell'art. 11 Cost. – 9. Il rango della CEDU nell'ordinamento italiano. – 10. Il ridimensionamento dell'autorità delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 11. Conclusioni.

1. Sebbene l'espressione “limitazioni di sovranità” sia usata in maniera esplicita solo nell'art. 11 Cost. (rispetto a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni), se intesa come comprensiva delle restrizioni ai poteri dello Stato sulla propria comunità territoriale derivanti da obblighi internazionali, essa rientra anche nell'art. 10, co. 1, Cost., nella misura in cui l'ordinamento italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, e nell'art. 117, co. 1, Cost., modificato dalla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, con riferimento al rispetto da parte del legislatore (sia statale che regionale) dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (ricordiamo anche l'art. 10, co. 2, Cost., relativo alla condizione giuridica dello straniero, e l'art. 35, co. 3, sugli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti dei lavoratori; norme dalle quali, peraltro, prescindiamo).

Tali articoli, alla luce della loro applicazione nella giurisprudenza costituzionale, concernono, rispettivamente, i rapporti con il diritto comunitario (poi dell'Unione europea), con il diritto internazionale consuetudinario, con il diritto internazionale

\* Ordinario f. r. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

\*\* Relazione tenuta in occasione del convegno dell'Istituto Betti svolto in Roma il 28 ottobre 2016, dal titolo “Sovranità e diritto al tempo della globalizzazione”.

pattizio (oltre che con le norme del diritto UE non direttamente applicabili). In tali differenti ambiti diversi sono i procedimenti di adattamento dell'ordinamento italiano alle norme esterne di volta in volta considerate, il rango che esse assumono nel nostro ordinamento, i principi e i meccanismi utilizzati per risolvere le eventuali antinomie tra le suddette norme esterne e quelle nazionali.

2. Riguardo alle norme del diritto internazionale generale, cioè del diritto internazionale consuetudinario, comprensivo delle norme imperative (*ius cogens*), l'art. 10, co. 1, Cost. adotta la tecnica del rinvio a tali norme e determina un adattamento dell'ordinamento italiano che è automatico, immediato, completo e continuo, operando così – secondo la nota formula del Perassi – come “trasformatore permanente”, il quale estrae dalle norme del diritto internazionale, a cui si riferisce, il contenuto delle norme interne per adattarlo a quelle”.

Le norme consuetudinarie, in virtù dell'art. 10, co. 1, peraltro, sono immesse nell'ordinamento italiano con le opportune modifiche nella loro formulazione, in particolare per quanto riguarda i loro destinatari. Se, infatti, in principio la norma internazionale generale si rivolge agli Stati, attribuendo loro diritti e obblighi reciproci, una volta entrata nel diritto interno essa va necessariamente rimodulata per essere applicata da parte del giudice (o della pubblica amministrazione) statale, così come per conferire diritti o obblighi ai soggetti dell'ordinamento interno.

È attraverso il procedimento contemplato dall'art. 10, co. 1, che le norme consuetudinarie che pongono limiti alla sovranità dello Stato penetrano nell'ordinamento italiano, traducendosi in limiti e divieti di diritto interno all'esercizio dei poteri degli organi statali, in particolare di quelli giudiziari. Non è questa la sede per un esame di tali norme. Basti ricordare – oltre a quelle riguardanti il trattamento degli stranieri e dei loro beni, che si trovino nel territorio dello Stato – le norme che pongono limiti particolarmente incisivi rispetto a taluni organi di Stati stranieri, in specie il Capo dello Stato, il Capo del governo, il Ministro degli esteri, gli agenti diplomatici. Tali limiti si risolvono in un complesso di immunità di detti organi dai poteri dello Stato in questione, le quali si estendono alla giurisdizione penale e civile. Un fondamentale limite alla sovranità è posto, infine, a favore degli Stati stranieri, i quali godono dell'immunità dalla giurisdizione. Essa, in origine assoluta, cioè comprensiva di qualsiasi atto di tali Stati, successivamente – grazie specialmente alla giurisprudenza italiana e belga sviluppatasi dall'inizio del XX secolo – si è trasformata in immunità relativa (o ristretta), riguardante i soli atti emanati nell'esercizio dei poteri dello Stato straniero quale ente sovrano (atti *iure imperii*), non anche a quelli posti in essere alla stregua di qualsiasi privato (atti *iure privatorum* o *gestionis*).

Le norme consuetudinarie, essendo immesse nell'ordinamento italiano tramite una norma costituzionale – l'art. 10, co. 1 – assumono anche esse rango costituzionale. Di conseguenza si pongono a un livello sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie, le quali, in caso di conflitto con una norma consuetudinaria, sono soggette a una pronuncia di illegittimità costituzionale da parte della Corte costituzionale. Invero, non pochi sono i casi in cui quest'ultima ha dichiarato l'incostituzionalità di leggi italiane perché in contrasto con norme di diritto internazionale consuetudinario. Può ricordarsi, tra le meno risalenti, la sentenza del 30 luglio 2008 n. 306, la quale ha affermato l'incostituzionalità delle leggi italiane che escludevano

l'indennità di accompagnamento a persone disabili, legittimamente soggiornanti in Italia ma prive della “carta di soggiorno” per mancanza di requisiti reddituali. La Corte costituzionale ha dichiarato che tale disciplina violava l'art. 10, co. 1, Cost., “dal momento che tra le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto rientrano quelle che, nel garantire i diritti fondamentali della persona indipendentemente dall'appartenenza a determinate entità politiche, vietano discriminazioni nei confronti degli stranieri, legittimamente soggiornanti nel territorio dello Stato”. Anche in materia di servizio militare obbligatorio sono state emanate varie sentenze di incostituzionalità di leggi italiane che, a certe condizioni, sottoponevano stranieri a tale servizio. Per esempio, nella sentenza del 15 maggio 2001 n. 131, la Corte costituzionale ha rinvenuto una violazione dell'art. 10, co. 1, per contrasto della disciplina in questione “con la norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta, richiamata dalla disposizione costituzionale invocata, che vieta agli Stati di assoggettare agli obblighi militari i cittadini di altri Stati”.

Meno agevole è la definizione dei rapporti tra le norme internazionali consuetudinarie e quelle costituzionali, dato che, dal punto di vista del loro rango, esse sembrano porsi al medesimo livello (appunto, quello costituzionale). L'eventuale antinomia tra le norme in parola, pertanto, è stata risolta dalla Corte costituzionale sulla base del principio di specialità. Nella sentenza del 18 giugno 1979 n. 48, con riguardo alla norma consuetudinaria sulla immunità dalla giurisdizione civile degli agenti diplomatici anche per gli atti compiuti a titolo privato, la Corte costituzionale ha affermato, infatti, che tale norma può armonizzarsi con le norme costituzionali apparentemente contrastanti, in particolare con l'art. 24 Cost., che riconosce il diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi, considerando la suddetta norma consuetudinaria come norma speciale volta a garantire l'espletamento della missione diplomatica. Anche la migliore dottrina, espressa dal Conforti, ha fatto riferimento al principio di specialità, qualificando il diritto internazionale, nel quadro dei procedimenti di adattamento, come diritto speciale, nel senso che le norme internazionali sono sorrette dalla volontà del legislatore (nel caso di norme consuetudinarie, del Costituente) che gli obblighi da esse derivanti siano rispettati. La prevalenza della norme internazionali consuetudinarie anche su quelle costituzionali viene così a giustificarsi non già in virtù di una ipotetica superiorità di rango, ma di un principio, quello di specialità, di carattere interpretativo.

Alle considerazioni che precedono può aggiungersi che, anche sul piano letterale, l'art. 10, co. 1, dispone che “l'ordinamento giuridico italiano” si conforma alle norme internazionali in discorso e, per tale via, sembra comprendere anche la Costituzione nell'adeguamento alle norme consuetudinarie, così stabilendo la prevalenza di queste ultime.

**3.** Detta prevalenza, peraltro, non è assoluta. Nella stessa sentenza del 18 giugno 1979 n. 48 la Corte costituzionale ha avvertito che l'adattamento al diritto internazionale generale non può in alcun modo consentire la violazione dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale. La Corte costituzionale (seguita dalla Corte di cassazione nella sentenza del 3 agosto 2000 n. 530) ha operato però una distinzione temporale: per le norme consuetudinarie anteriori alla Costituzione italiana vi sarebbe stato già un adeguamento dell'ordinamento italiano, per cui

l'adozione della Costituzione non potrebbe limitarne l'applicazione; al contrario, i principi fondamentali della Costituzione bloccherebbero l'ingresso nel nostro ordinamento delle norme di diritto internazionale generale che venissero ad esistenza dopo l'entrata in vigore della Costituzione.

Successivamente questa distinzione, alquanto artificiosa e formalistica, è stata superata in base alla considerazione che l'apertura internazionalistica dell'art. 10, co. 1, non può spingersi in alcun caso sino a un punto di rottura dei valori fondamentali della Costituzione, che garantiscono l'identità dell'ordinamento italiano. La Corte costituzionale, nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, ha rilevato, inoltre, che sin dalla sua prima sentenza (del 14 giugno 1956 n. 1), è stato chiarito che l'istituto della illegittimità costituzionale riguarda sia le leggi posteriori che quelle anteriori alla Costituzione e che tale principio vale anche per le norme del diritto internazionale generalmente riconosciuto oggetto dell'art. 10, co. 1, Cost., che si siano formate prima o dopo la Costituzione. Pertanto tali valori, corrispondenti ai principi supremi o fondamentali dell'ordinamento costituzionale (quali, per esempio, la sovranità popolare, l'indipendenza dei giudici, il ripudio della guerra) e ai diritti inalienabili della persona, costituiscono limiti all'ingresso delle norme internazionali generali: ove queste siano in conflitto con i suddetti principi fondamentali o con i diritti inalienabili della persona l'art. 10, co. 1, non ne permette l'ingresso nell'ordinamento italiano (Corte costituzionale, 22 marzo 2001 n. 73, e 22 ottobre 2014 n. 238). In altri termini, come risulta con chiarezza da quest'ultima sentenza, nel caso di norma internazionale confliggente con i principi supremi o con i diritti umani inalienabili non si determina l'incostituzionalità di una norma prodotta nell'ordinamento italiano mediante il rinvio alla norma internazionale, ma, in maniera più radicale, l'art. 10, co. 1, non è più operativo, poiché tali principi o diritti inalienabili precludono lo stesso recepimento della norma internazionale (o, se si preferisce, la produzione della corrispondente norma interna).

I limiti in esame sono spesso denominati “controlimiti”, al pari di quelli operanti – come si vedrà – rispetto al diritto UE. Essi, infatti, sono destinati a neutralizzare i limiti alla sovranità che, come si è rilevato, derivano dal rinvio al diritto internazionale generale.

Solo di recente la teoria dei controlimiti, costantemente ribadita in via di principio dalla Corte costituzionale, ha trovato concreta applicazione. È il caso, notissimo, della citata sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, relativa all'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, in particolare della Repubblica federale di Germania, rispetto ad azioni risarcitorie concernenti crimini di guerra e contro l'umanità commessi nel corso della Seconda guerra mondiale ai danni di cittadini italiani. La giurisprudenza italiana, a partire dalla sentenza della Cassazione (SS.UU.) dell'11 marzo 2004 n. 5044 (*Ferrini c. Repubblica federale di Germania*), aveva negato l'immunità dalla giurisdizione per tali crimini, sebbene commessi *iure imperii* dalla Germania, ritenendo che le norme internazionali, immesse nell'ordinamento italiano tramite l'art. 10, co. 1, che tutelano i diritti fondamentali della persona contro tali crimini, prevalgono sulle norme internazionali in tema di immunità. Al contrario, la Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 3 febbraio 2012, *Repubblica federale di Germania c. Italia*, pur riconoscendo che i crimini di guerra e contro l'umanità sono vietati da norme di diritto internazionale generale aventi carattere

cogente, aveva affermato che ciò non incide sulle regole, di carattere procedurale, relative all’immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri. Queste restano quindi applicabili, posto che i suddetti crimini sono commessi dallo Stato nell’esercizio di propri poteri pubblici quale ente sovrano.

L’Italia aveva dato esecuzione a tale sentenza mediante la l. 29 gennaio 2013 n. 5, contenente l’autorizzazione all’adesione alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2 dicembre 2004 sulla immunità giurisdizionale degli Stati e dei loro beni e il relativo ordine di esecuzione. Essa, all’art. 3, espressamente dedicato all’esecuzione della citata sentenza della Corte internazionale di giustizia, stabiliva che il giudice davanti al quale pende controversia relativa alle condotte oggetto di tale sentenza rileva, anche d’ufficio e anche quando ha già emesso sentenza non definitiva passata in giudicato che ha riconosciuto la sussistenza della giurisdizione, il difetto di giurisdizione in qualunque stato e grado del processo. Quanto alle sentenze passate in giudicato, in contrasto con la sentenza della Corte internazionale di giustizia, esse potevano essere impugnate per revocazione.

Il Tribunale di Firenze, con tre ordinanze del 21 gennaio 2014, aveva sollevato questione di legittimità costituzionale della “norma prodotta nel nostro ordinamento mediante il recepimento, ai sensi dell’art. 10, primo comma, Cost.”, nella parte in cui nega la giurisdizione, nelle azioni risarcitorie per danni da crimini di guerra commessi, almeno in parte, nello Stato del giudice adito, *iure imperii* dal Terzo Reich (nonché della l. 17 agosto 1957 n. 848, di esecuzione della Carta delle Nazioni Unite e della ricordata l. 14 gennaio 2013 n. 5, nella parte volta all’esecuzione della sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012), in riferimento agli articoli 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell’uomo, e 24 Cost., che garantisce il diritto alla tutela giudiziaria dei propri diritti e interessi legittimi.

La Corte costituzionale, nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, ha richiamato espressamente i controlimiti, costituiti dai principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale e dai diritti inalienabili della persona e che rappresentano elementi identificativi di detto ordinamento. Essa ha rilevato, quindi, che la norma internazionale generale sulla immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, come interpretata dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia, comporta il “sacrificio totale” del diritto alla tutela giudiziaria dei diritti fondamentali, violati, nella specie, da atti qualificabili come crimini di guerra o contro l’umanità e, pertanto, si pone in contrasto manifesto con gli articoli 2 e 24 Cost.

Come si è accennato, la Corte costituzionale, a differenza delle ordinanze di rimessione del Tribunale di Firenze, non ha pronunciato l’incostituzionalità della ipotetica norma interna prodotta nell’ordinamento italiano mediante il recepimento, ai sensi dell’art. 10, co. 1, Cost., della norma consuetudinaria in esame. Essa, al contrario, ha dichiarato non fondata la questione, poiché ha affermato recisamente che il contrasto di una norma internazionale generale con i principi supremi dell’ordinamento italiano e con i diritti inviolabili della persona preclude lo stesso funzionamento del rinvio previsto dall’art. 10, co. 1, Cost. Di conseguenza la norma internazionale in questione “non è entrata nell’ordinamento italiano e non vi spiega, quindi, alcun effetto”; per converso, i diritti inviolabili delle persone vittime di crimini di guerra e contro l’umanità non sono privi della necessaria tutela giurisdizionale effettiva.

I principi affermati dalla sentenza in esame hanno trovato puntuale conferma nell'ordinanza della Corte costituzionale del 3 marzo 2015 n. 30, la quale ha dichiarato inammissibile, per inesistenza di oggetto, la questione di costituzionalità della norma prodotta nell'ordinamento italiano mediante il (presunto) recepimento della norma consuetudinaria accertata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio 2012. Essi sono stati concretamente applicati, tra l'altro, dalla Corte di cassazione (sez. pen.) nella sentenza del 29 ottobre 2015 n. 43696 e (SS. UU. civ.) nella sentenza del 29 luglio 2016 n. 15812, negando l'immunità dalla giurisdizione, rispettivamente, della Serbia e della Repubblica federale di Germania.

4. L'art. 11 Cost., nella parte in cui dichiara che l'Italia consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni (e promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo), fu pensato principalmente con riferimento alle Nazioni Unite. Peraltro esso ha trovato concreta applicazione nei riguardi del diritto comunitario (poi dell'Unione europea), anzitutto per giustificare il (parziale) trasferimento di poteri sovrani di carattere legislativo (si pensi alla emanazione dei regolamenti, direttamente applicabili nell'ordinamento degli Stati membri) e giudiziario (come accade, in particolare, per la competenza a titolo pregiudiziale della Corte di giustizia UE) da parte dell'Italia alle istituzioni europee. L'inserimento del nuovo art. 117, co. 1, nella Costituzione con la l. cost. 18 ottobre 2001 n. 3, il quale sottopone la potestà legislativa (statale come regionale) al rispetto "dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario", non ha in alcun modo modificato la giurisprudenza costituzionale, che vi ha visto solo una conferma dei risultati cui essa era già pervenuta sulla base dell'art. 11 Cost. Basti qui ricordare la sentenza del 7 marzo 1964 n. 14, per quanto riguarda la giustificazione della limitazione dei poteri legislativi, e quella del 27 dicembre 1965 n. 98, relativa al profilo dei poteri giudiziari, limitati a favore della Corte di giustizia.

L'art. 11 è stato utilizzato, almeno da un certo momento in poi, anche per definire il rango del diritto comunitario e, in particolare, per risolvere i casi di conflitto tra quest'ultimo e il diritto interno. In origine, nella citata sentenza del 7 marzo 1964 n. 14, la Corte costituzionale aveva affermato che, essendo stati resi esecutivi i Trattati europei con legge ordinaria, le disposizioni del diritto comunitario avevano la stessa efficacia della legge ordinaria, per cui le ipotesi di contrasto andavano risolte in base al principio della successione delle leggi nel tempo. Di conseguenza una legge italiana successiva ben poteva abrogare o modificare le disposizioni comunitarie contrastanti.

Tale tesi incontrò un'immediata e severa reazione della Corte di giustizia, la quale, pronunciandosi in via pregiudiziale sulla medesima vicenda, *Costa c. ENEL*, già approdata alla Corte costituzionale, affermò, al contrario, il primato del diritto comunitario sulle norme interne e l'invalidità di tali norme se confliggenti. Secondo la Corte di giustizia, infatti, il trasferimento di poteri degli Stati a favore dell'ordinamento comunitario implica "una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani", di fronte alla quale una legge statale ulteriore, incompatibile con il sistema comunitario, sarebbe del tutto priva di efficacia (sentenza del 15 luglio 1964, causa 6/64).

Un primo passo della Corte costituzionale verso il riconoscimento del primato del diritto comunitario fu compiuto con la sentenza del 30 ottobre 1975 n. 232, la quale ricavò tale primato proprio dall'art. 11 Cost. La Corte dichiarò, infatti, che leggi successive incompatibili, o anche solo riproduttive, rispetto a regolamenti comunitari, violando le norme rilevanti del Trattato CEE, comportavano la violazione dell'art. 11 Cost. e, pertanto, erano destinate a essere dichiarate incostituzionali. La Corte di giustizia, peraltro, nella sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, non approvò la posizione della Corte costituzionale, poiché essa implicava la necessità di una pronuncia di quest'ultima affinché fosse eliminata la legge interna incompatibile (o riproduttiva) e ciò pregiudicava sia l'efficacia diretta dei regolamenti, sia la loro entrata in vigore simultanea in tutti gli Stati membri.

Finalmente la riconciliazione tra le due Corti si realizzò con la sentenza della Corte costituzionale dell'8 giugno 1984 n. 170. In essa la nostra Corte dichiara che l'art. 11 Cost. non implica l'invalidità della legge statale successiva in contrasto con norme comunitarie direttamente applicabili, ma la sua disapplicazione da parte del giudice comune. Questi, pertanto, non deve sollevare una questione di illegittimità costituzionale (che sarebbe dichiarata inammissibile dalla Corte costituzionale), ma deve provvedere ad assicurare l'applicazione del diritto comunitario in luogo di quello italiano incompatibile. Per questa via, pur rifiutando la tesi della Corte di giustizia di una preminenza gerarchica del diritto comunitario su quello nazionale, che resta valido ed efficace, la Corte costituzionale giunge praticamente al medesimo risultato di garantire il primato del diritto comunitario in maniera automatica, cioè senza bisogno di un intervento, proprio o del legislatore, ma a opera del giudice comune. Secondo la Corte costituzionale, in forza del coordinamento attuato in conformità dell'art. 11 Cost. tra l'ordinamento comunitario e quello italiano, i regolamenti sono destinati a operare in maniera immediata nella sfera territoriale dell'Italia e il sistema statale si apre a questa normazione, lasciando che essa viga nel territorio italiano. Rispetto all'ambito di applicazione dei regolamenti comunitari la legge italiana “non vuole interferire” e, se incompatibile, non viene affatto in rilievo. Come la Corte costituzionale preciserà nella sentenza del 14 giugno 1990 n. 285, di fronte a regolamenti comunitari “l'ordinamento interno si ritrae e non è più operante”.

La giurisprudenza costituzionale successiva, muovendosi in sintonia con quella della Corte di giustizia, ha ampliato la diretta applicabilità – con conseguente disapplicazione di leggi italiane incompatibili – alle sentenze della Corte di giustizia, ove riguardino norme comunitarie direttamente applicabili (sentenze del 23 aprile 1985 n. 113, dell'11 luglio 1989 n. 389, del 13 luglio 2007 n. 284) e alle direttive, purché provviste di effetti diretti alla stregua della giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenze del 2 febbraio 1990 n. 64 e del 18 aprile 1991 n. 168). Inoltre la Corte costituzionale ha affermato che l'obbligo di disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto comunitario direttamente applicabile incombe anche agli organi amministrativi (sentenza dell'11 luglio 1989 n. 389).

Per quanto riguarda il diritto comunitario non direttamente applicabile (si pensi, di regola, alle direttive), le norme italiane con esso confliggenti sono destinate, invece, a essere dichiarate incostituzionali dalla Corte costituzionale, sempre sulla base dell'art. 11 Cost. (confermato dall'art. 117, co. 1, Cost.; si vedano, tra le altre, le sentenze del 28 marzo 2006 n. 129 e del 28 gennaio 2010 n. 28). In questo

caso, infatti, il giudice comune, ove ritenesse di disapplicare le leggi italiane, non potrebbe comunque decidere il caso poiché non troverebbe una disciplina europea sufficientemente completa per regolarlo.

5. Il primato del diritto comunitario (come, poi, dell'UE) opera, sempre in forza dell'art. 11 Cost., anche nei riguardi della Costituzione italiana, rispetto alla quale esso ben può contenere norme derogatrici. In questo senso la Corte costituzionale si è più volte espressa, con le sentenze del 31 marzo 1994 n. 117 e del 24 aprile 1996 n. 126. E invero, analogamente a quanto si è osservato riguardo all'art. 10, co. 1, Cost., anche a proposito dell'art. 11 potrebbe ripetersi che le limitazioni di sovranità determinano una restrizione (o una "ritrazione") dell'intero ordinamento italiano, comprensivo della Costituzione.

Tuttavia la limitazione di sovranità a favore dell'Unione, come già della Comunità europea, non opera senza eccezioni o... senza limiti. Il diritto dell'Unione, invero, non può mai pregiudicare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e i diritti inalienabili della persona; gli stessi limiti, quindi, che operano rispetto all'ingresso del diritto internazionale generale in base all'art. 10, co. 1, Cost. Poiché tali principi limitano la... limitazione di sovranità a favore dell'UE essi sono denominati "controlimiti".

Il loro vigore può ricavarsi, invero, dallo stesso art. 11 Cost. Come ha dichiarato limpidamente la Corte costituzionale nella sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183, l'art. 11 consente limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità, ivi indicate, di assicurare la pace e la giustizia fra le Nazioni. Ove il diritto dell'Unione determinasse la violazione dei principi costituzionali fondamentali o dei diritti umani inalienabili esso tradirebbe tali finalità e, di conseguenza, non troverebbe più copertura nel citato art. 11. Si noti che il TUE, così come modificato dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sembra riconoscere anch'esso una sfera di principi fondamentali degli Stati membri intangibili da parte dell'Unione. L'art. 4, par. 2, dichiara, infatti, che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali.

Il sindacato sulla compatibilità con i controlimiti di disposizioni del diritto dell'Unione non può essere operato dal giudice comune (come pure, in un caso, ha fatto il Consiglio di Stato nella sentenza dell'8 agosto 2005 n. 4207), ma ricade nella competenza esclusiva della Corte costituzionale, come la stessa ha costantemente ribadito (tra le altre, nell'ordinanza del 28 dicembre 2006 n. 454). Il conflitto tra disposizioni europee e i principi costituzionali fondamentali o i diritti inalienabili della persona (anch'essi costituzionalmente tutelati), infatti, si configura quale contrasto con la Costituzione della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, nella parte in cui produca l'applicazione delle suddette disposizioni nell'ordinamento italiano. Si aggiunga che l'accertamento di un contrasto di una disposizione del diritto dell'Unione con i controlimiti comporta una decisione di estrema gravità, che può innescare un elemento di tensione nei rapporti tra l'ordinamento italiano e quello dell'Unione. Appare quindi opportuno lasciare al responsabile e autorevole apprezzamento della Corte costituzionale l'eventuale adozione di una decisione siffatta.

Nella ricordata sentenza del 27 dicembre 1973 n. 183 la Corte costituzionale aveva affermato che, nell’ipotesi “aberrante” in cui le istituzioni europee usassero i propri poteri per violare i principi fondamentali della Costituzione o i diritti inviolabili della persona, essa stessa assicurerebbe la garanzia del proprio sindacato giurisdizionale “sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali”. Questa posizione non era priva di incertezze. Essa poteva interpretarsi, per un verso, come volta a limitare il suo sindacato all’ipotesi di conflitto con i controlimiti non di una singola disposizione o atto comunitario ma dell’intero Trattato europeo; e, per altro verso, come suscettibile di prefigurare un recesso dell’Italia dalle Comunità europee in caso di tale conflitto (restando aperta la questione se detto recesso fosse conseguenza diretta della pronuncia della Corte o richiedesse un atto delle istituzioni politiche, cioè Governo e Parlamento). Tale interpretazione (seguita dalla Corte di cassazione nella sentenza del 3 ottobre 1997 n. 9653), non appariva peraltro giustificata, se non altro perché conduceva a una conseguenza, il recesso dell’Italia dalle Comunità europee, eccessiva e sproporzionata rispetto all’obiettivo di salvaguardare i principi fondamentali e i diritti inviolabili dell’uomo nell’ipotesi – da ritenere più probabile e verosimile – in cui essi fossero messi a repentaglio non già dal sistema complessivo dei Trattati comunitari, ma da una specifica, singola disposizione, o atto, o sentenza europea. Come si è già accennato, il controllo sul rispetto dei controlimiti si risolve nel sindacato costituzionale sulla legge italiana di esecuzione dei Trattati europei nella parte in cui, tramite le norme di tali Trattati, ammetta l’esercizio di certi poteri o l’emanazione di certi atti, che si pongano in contraddizione con i principi costituzionali o i diritti umani fondamentali. In questi termini si è espressa la Corte costituzionale nella sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, la quale, dopo avere riaffermato la vigenza dei controlimiti (richiamati anche dalla precedente sentenza dell’8 giugno 1984 n. 170), ha affermato la propria competenza “a verificare, attraverso il controllo di costituzionalità della legge di esecuzione, se una qualsiasi norma del Trattato, così come essa è interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi comunitari, non venga in contrasto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o non attenti ai diritti inalienabili della persona umana”.

In termini analoghi la questione di costituzionalità è stata sottoposta alla Corte costituzionale dalla Corte di cassazione e dalla Corte d’appello di Milano nella recente vicenda *Taricco* (della quale ci occuperemo tra breve). La Corte costituzionale, infatti, è stata investita della questione di legittimità costituzionale dell’art. 2 della l. 2 agosto 2008 n. 130, di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nella parte in cui autorizza la ratifica e rende esecutivo l’art. 325 TFUE, relativo alla lotta contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell’Unione, come interpretato dalla sentenza della Grande sezione della Corte di giustizia UE dell’8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*. E la Corte costituzionale, nell’ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24, con la quale ha sottoposto varie questioni in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, dopo avere ribadito che “l’osservanza dei principi supremi dell’ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell’Unione possa essere applicato in Italia”, ha nitidamente affermato che nel caso (peraltro sommarmente improbabile) che “in specifiche ipotesi normative” tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge italiana

di esecuzione dei Trattati europei, ma “per la sola parte in cui essa consente che quell’ipotesi normativa si realizzi”.

Tuttavia, se l’oggetto formale dello scrutinio della Corte costituzionale è la legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, non può sfuggire che il riferimento alla parte in cui tale legge consenta l’ingresso nell’ordinamento italiano di una data disposizione del diritto dell’Unione, di un certo atto europeo, di una determinata sentenza della Corte di giustizia, sposta l’oggetto reale del controllo sulla disposizione, sull’atto o sulla sentenza europea. Sono questi, infatti, che vengono confrontati con i principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona per accertare la loro eventuale incompatibilità, sicché la menzione della legge italiana appare una sorta di *fiction iuris* per giustificare una valutazione della disposizione, dell’atto o della sentenza europea, che, in quanto estranei all’ordinamento italiano, di per sé sono sottratti al sindacato della Corte costituzionale.

La declaratoria di incostituzionalità, dunque, non determinerebbe il recesso dell’Italia dall’Unione, ma impedirebbe alla legge italiana di esecuzione dei Trattati europei di immettere nell’ordinamento italiano una “specificata” disposizione dell’Unione o, più verosimilmente, un atto emanato in forza della disposizione o – come nei casi delle due pronunce della Corte costituzionale da ultimo ricordate – una sentenza della Corte di giustizia contenente una data interpretazione o applicazione della disposizione. I controlimiti, in definitiva, determinano la “disapplicazione” della disposizione, atto o sentenza con essi confliggente; essi svolgono, quindi, una funzione analoga (ma rovesciata) rispetto a quella propria delle limitazioni della sovranità italiana a favore dell’ordinamento UE. Peraltro, mentre la disapplicazione del diritto nazionale contrastante con quello dell’Unione (direttamente applicabile) è affidata al giudice comune (nonché alla pubblica amministrazione), la disapplicazione delle norme, atti o sentenze dell’Unione confliggenti con i principi fondamentali costituzionali o con i diritti inalienabili della persona, essendo il risultato di un giudizio di costituzionalità della legge italiana di esecuzione dei Trattati europei, resta prerogativa esclusiva della Corte costituzionale.

6. Sebbene il necessario rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inalienabili della persona da parte del diritto dell’Unione sia costantemente ribadito dalla Corte costituzionale, a lungo il meccanismo dei controlimiti non è stato azionato al fine di impedire l’applicazione di una disposizione europea. Ciò non significa, tuttavia, che il riferimento a tali principi e diritti abbia rappresentato una mera clausola di stile, priva di rilevanza pratica. Essi sono venuti in rilievo rispetto a una (discutibile) giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, nell’esercizio della competenza pregiudiziale di validità sugli atti comunitari, era solita dichiarare che la sua pronuncia di invalidità avesse efficacia *ex nunc*, quindi solo per le eventuali cause future nelle quali venisse in rilievo l’atto invalido, giungendo a escludere l’applicazione della sua sentenza da parte del giudice *a quo*, quindi anche a favore di chi avesse promosso a livello nazionale una causa fondata, appunto, sull’affermazione della invalidità dell’atto in questione (per esempio, sentenza del 27 febbraio 1985, causa 112/83, *Société des produits de maïs*). La nostra Corte costituzionale, nella sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, aveva affermato che una siffatta giurisprudenza comportava un contrasto con il diritto alla tutela giudiziaria sancito dall’art. 24 Cost.

e costituente un principio supremo del nostro ordinamento. La Corte aveva giustamente rilevato che tale diritto “verrebbe a svuotarsi dei suoi contenuti sostanziali se il giudice, il quale dubiti della legittimità di una norma che dovrebbe applicare, si veda rispondere dall’ autorità giurisdizionale cui è tenuto a rivolgersi, che effettivamente la norma non è valida, ma che tale invalidità non ha effetto nella controversia oggetto del giudizio principale, che dovrebbe quindi essere deciso con l’ applicazione di una norma riconosciuta illegittima”. La Corte costituzionale, in questo caso, era riuscita a evitare la dichiarazione di incostituzionalità – con conseguente disapplicazione di una sentenza della Corte di giustizia –, e quindi uno “scontro” diretto con quest’ ultima, dichiarando la questione di legittimità costituzionale inammissibile per ragioni processuali (e con argomenti non privi di una certa... abilità acrobatica). Ma il monito, evidente in tale pronuncia, era stato ben inteso dalla Corte di giustizia, la quale aveva mutato giurisprudenza, affermando che l’ attore nella causa principale, così come altre persone che abbiano presentato analogo ricorso, possono legittimamente invocare la declaratoria di invalidità dell’ atto in questione.

Successivamente, e specie con l’ entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, la teoria dei controlimiti non aveva trovato applicazione ed era parsa “passata di moda” a parte della dottrina e della giurisprudenza. La Corte di cassazione (sez. trib.), 1° giugno 2012 n. 8817, era giunta a dichiarare che la c.d. teoria dei controlimiti doveva ritenersi ormai superata, in considerazione dello sviluppo della tutela dei diritti fondamentali, attestata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dal valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali, “al punto che il conflitto tra diritto comunitario e diritto statale non sembra oggi più concepibile in uno spazio giuridico europeo veramente integrato”.

Al riguardo rileviamo che, pur riconoscendo gli enormi progressi realizzati nella tutela dei diritti umani da parte del diritto UE, il rischio di un conflitto con i principi supremi e i diritti inalienabili riconosciuti dall’ ordinamento costituzionale italiano non può escludersi. Anzitutto non è detto che la posizione gerarchica dei diritti umani fondamentali e il grado di tutela nel diritto dell’ Unione coincidano con quello della Costituzione italiana. E la Corte di giustizia, nella sentenza del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ha ammesso che uno Stato membro, in caso di divergenza del livello di protezione di un diritto umano tra il diritto nazionale e quello dell’ Unione, può applicare i superiori standard nazionali solo a patto che ciò non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta europea dei diritti fondamentali, come interpretato dalla Corte stessa, “né il primato, l’ unità e l’ effettività del diritto dell’ Unione”. È ben possibile, quindi, secondo la Corte di giustizia, che il livello di tutela costituzionale dei diritti fondamentali sia sacrificato in nome del primato, dell’ unità e dell’ effettività del diritto dell’ Unione. Del resto, già nella celebre sentenza del 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, con la quale i diritti fondamentali trovarono riconoscimento nel diritto comunitario in quanto tutelati da principi generali dello stesso, la Corte ebbe cura di precisare che la salvaguardia dei diritti fondamentali in seno all’ Unione va garantita entro l’ ambito della struttura e delle finalità della stessa (e, quindi, anche nei limiti derivanti da tali struttura e finalità).

Inoltre, anche ad ammettere che il sistema normativo europeo sia oggi tale da garantire una tutela dei diritti umani corrispondente (o addirittura superiore) a

quella assicurata dall'ordinamento costituzionale italiano, ciò non può escludere che l'applicazione o l'interpretazione di una disposizione del diritto dell'Unione si ponga in contrasto con i diritti umani risultanti dalla Costituzione italiana. Dato che, verosimilmente, l'ipotesi di un contrasto può realizzarsi riguardo a un atto o a una sentenza europea che applichi o interpreti una norma dei Trattati, piuttosto che alla norma stessa, escludere ogni possibilità di contrasto significherebbe presumere una sorta di "infallibilità" delle istituzioni europee, comprese quelle giudiziarie. Infine si deve ricordare che, sebbene i diritti inalienabili della persona costituiscano la categoria forse più importante dei controlimiti, tuttavia non li esauriscono, poiché essi comprendono anche altri principi costituzionali fondamentali, sul rispetto dei quali non è rilevante il livello europeo di tutela dei diritti umani.

7. Infatti un contrasto con i controlimiti è emesso, anche in maniera alquanto traumatica, nella vicenda relativa alla ricordata sentenza della Corte di giustizia dell'8 settembre 2015, causa C-105/14, *Taricco e altri*, emessa su rinvio pregiudiziale del Tribunale di Cuneo. La Corte è stata chiamata a interpretare l'art. 325 TFUE, il quale, tra l'altro, prescrive che l'Unione e gli Stati membri combattono contro la frode e le altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione mediante misure dissuasive e tali da permettere una protezione efficace e che gli Stati membri, a tal fine, adottino le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari. Nella sentenza la Corte di giustizia, riguardo a frodi fiscali in materia di IVA (c.d. frodi carosello), ha affermato che la normativa italiana sulla prescrizione dei reati risultante dall'art. 160 c.p., ult. co., e dall'art. 161 c.p., come modificati dalla l. 5 dicembre 2005 n. 251 (c.d. ex Cirielli), secondo la quale, dopo l'interruzione della prescrizione, il termine della nuova prescrizione può essere prolungato solo di un quarto rispetto a quello iniziale (e non è, quindi, identico a quest'ultimo), è idonea a pregiudicare gli obblighi degli Stati membri derivanti dal suddetto art. 325 TFUE, conducendo il più delle volte alla prescrizione dei reati in questione, e va, pertanto, disapplicata dal giudice italiano. A questo fine, peraltro, lo stesso giudice deve verificare se tale normativa impedisca di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in numero considerevole di casi di frode grave lesivi degli interessi finanziari dell'Unione, o se preveda termini di prescrizione più lunghi per i casi di frodi analoghe ai danni dello Stato.

La sentenza della Corte di giustizia dichiara espressamente che l'art. 325 TFUE pone a carico degli Stati membri un obbligo di risultato preciso e incondizionato e quindi, essendo direttamente applicabile, in forza del primato del diritto dell'Unione rende *ipso iure* inapplicabile qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale. Dato che la sentenza in questione è dichiarativa di una norma europea direttamente applicabile essa, inoltre, ha una efficacia *erga omnes*, sicché la disapplicazione delle disposizioni italiane in materia di prescrizione riguarda tutti i processi in corso (oltre che quelli futuri), anche per i reati finanziari commessi anteriormente alla sentenza *Taricco* (purché non già prescritti alla data di quest'ultima).

La Corte di giustizia ha cura di sottolineare che la disapplicazione delle norme italiane della legge ex Cirielli – e, quindi, la mancata punizione dei reati in questione – non è in contrasto con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, in base al quale nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento della

commissione, non costituiva reato secondo il diritto interno o internazionale, né può essere sottoposto a una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Tale disapplicazione, infatti, avrebbe il solo risultato di non abbreviare il termine generale di prescrizione, ma non produrrebbe alcun effetto né sulla configurazione del reato, né sull'entità della pena originariamente prevista. La Corte di giustizia, richiamando anche la giurisprudenza della Corte europea di Strasburgo relativa all'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), corrispondente al citato art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, ha accolto, in definitiva, una qualificazione processuale, non sostanziale, della prescrizione, escludendo che essa ricada nell'ambito di applicazione del principio di legalità penale *nullum crimen nulla poena sine lege*.

La sentenza della Corte di giustizia incide sensibilmente sui compiti del giudice italiano, e non solo per l'ovvia ragione che a lui spetta effettuare la disapplicazione delle disposizioni in questione sui termini di prescrizione per i reati finanziari ricadenti nell'art. 325 TFUE: al giudice nazionale spetta, ai fini della stessa disapplicazione di tali disposizioni, valutare se queste impediscano l'irrogazione di sanzioni effettive e dissuasive in un numero di casi considerevole di frode grave che ledano gli interessi finanziari dell'Unione o se esse prevedano tempi di prescrizione più lunghi per analoghi reati in danno dello Stato italiano. Si aggiunga che la sentenza *Taricco*, pur negando che la disapplicazione dei termini di prescrizione della legge italiana violi l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali, afferma che riguardo ai reati commessi anteriormente alla stessa sentenza il giudice italiano, nel disapplicare le disposizioni nazionali in questione, dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati (cioè degli autori delle frodi) siano rispettati.

La reazione della giurisprudenza italiana è stata varia, articolata e non priva di contraddizioni. La prima sentenza della Corte di cassazione successiva alla sentenza *Taricco* si è adeguata alla pronuncia della Corte di giustizia. Si tratta della sentenza della Corte di cassazione penale del 20 gennaio 2016 n. 2210, la quale ha disapplicato gli articoli oggetto della sentenza *Taricco* anche riguardo a reati commessi anteriormente alla stessa; la Corte di cassazione ha seguito una ricostruzione processuale della prescrizione, ritenendo quindi inapplicabile il principio di legalità penale consacrato nell'art. 25 Cost. (oltre che nell'art. 7 CEDU).

Altre sentenze, al contrario, non hanno applicato la sentenza *Taricco* (e non hanno, quindi, disapplicato le disposizioni italiane in questione) o per assenza di gravità della frode (nonché per l'avvenuto decorso del termine di prescrizione anteriormente a tale sentenza: Cassazione penale, 26 febbraio 2016 n. 7914), o per assenza dei requisiti della gravità della frode e della ineffettività delle sanzioni previste in un numero considerevole di casi (Cassazione penale, 24 ottobre 2016 n. 44584), o perché il reato in questione doveva ritenersi differente da quello contemplato dalla stessa sentenza *Taricco* (Cassazione penale 31 marzo 2017 n. 16458).

Infine un'ordinanza della Corte di appello di Milano del 18 settembre 2015 n. 339 e una della Corte di cassazione penale dell'8 luglio 2016 n. 28346, come si è accennato, hanno promosso giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. 2 agosto 2008 n. 130, di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, nella parte in cui si dà esecuzione all'art. 325, paragrafi 1 e 2, come interpretato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'8 set-

tembre 2015 nel caso *Taricco*. L'incostituzionalità è fondata su una serie di ragioni di contrasto di tale sentenza con i principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano e con i diritti inalienabili della persona, ritenuti essenziali al nucleo dell'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale.

Specie l'ordinanza della Corte di cassazione rappresenta un "attacco frontale" alla sentenza *Taricco*. Non è possibile, in questa sede, un esame analitico dei vari e numerosi punti di contrasto con i principi supremi dell'ordinamento italiano che essa imputa a tale sentenza. Ci limitiamo a rilevare gli aspetti essenziali, quali emergono dall'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 con la quale la Corte costituzionale, relativamente alle questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte d'appello di Milano e dalla Corte di cassazione, ha deciso di sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione, ai sensi dell'art. 267 TFUE, alcune questioni interpretative concernenti l'art. 325 TFUE e la stessa sentenza dell'8 settembre 2015. La Corte costituzionale – sulla falsariga delle ordinanze di sottoposizione delle questioni di costituzionalità – afferma, anzitutto, che nell'ordinamento italiano la prescrizione ha natura sostanziale, non processuale (come ritenuto dalla Corte di giustizia), in quanto incide sulla punibilità della persona, e pertanto il suo regime è soggetto al principio di legalità penale, espresso dall'art. 25, co. 2, Cost., che costituisce "un principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva".

La Corte costituzionale rileva, quindi, un primo *vulnus* a tale principio nel fatto che, al momento della commissione del reato, l'autore non poteva prevedere che, a seguito di una futura sentenza della Corte di giustizia, l'art. 325 TFUE imponesse al giudice italiano di non applicare le disposizioni in questione sulla prescrizione, così, in definitiva, condannandolo a una pena, invece di dichiarare l'estinzione del reato.

Se tale considerazione si riferisce al carattere retroattivo della punibilità per le frodi commesse anteriormente alla sentenza *Taricco*, carattere in contrasto con il principio della sottoposizione alla pena prevista al momento della commissione del reato, derivante dall'art. 25, co. 2, Cost., un secondo elemento di conflitto con il principio di legalità penale viene individuato nella mancanza di determinatezza della "regola *Taricco*". Come si è ricordato, la disapplicazione delle disposizioni italiane non è prescritta in maniera assoluta: al giudice è demandato, infatti, il compito di valutare se esse siano tali da impedire di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave. Ora – osserva la Corte costituzionale – per tale via il calcolo del tempo necessario per la prescrizione di un reato non è più il frutto dell'applicazione, da parte del giudice, di regole legali sufficientemente determinate, ma di una sua valutazione discrezionale concernente, in particolare, il numero considerevole dei casi e la gravità della frode, da effettuare caso per caso, in spregio del "principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale".

La Corte costituzionale, rilevato il conflitto dell'art. 325 TFUE (o, meglio, della sentenza *Taricco*) con i principi supremi dell'ordinamento italiano, non giunge, peraltro, a una pronuncia di incostituzionalità, cioè, in sostanza, a un rifiuto di esecuzione di tale sentenza. Essa, al contrario, trae spunto anche da alcuni passaggi della stessa sentenza *Taricco*, come la ricordata attribuzione al giudice nazionale

del compito di verificare che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati, nonché da alcune disposizioni del diritto dell’Unione, come l’art. 4, par. 2, TUE, che prescrive il rispetto dell’identità nazionale degli Stati membri, e l’art. 53 della Carta dei diritti fondamentali, che garantirebbe un livello di protezione più elevato di tali diritti risultante dalla Costituzione italiana, la quale “conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla descrizione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità”. E, su queste basi, pone alla Corte di giustizia due questioni interpretative riguardanti l’art. 325 TFUE e una relativa alla sentenza *Taricco*. Nelle prime due chiede se l’art. 325 TFUE debba essere interpretato nel senso di imporre la disapplicazione della normativa sulla prescrizione, alle condizioni precisate dalla Corte di giustizia, “anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata” e “anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità”; nella terza se la sentenza della Corte di giustizia dell’8 settembre 2015 nel caso *Taricco* debba essere interpretata nel senso di imporre, alle condizioni ivi precisate, la disapplicazione della normativa nazionale sulla prescrizione “anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.

Malgrado la distinzione tra le questioni interpretative concernenti l’art. 325 TFUE e quella relativa alla sentenza dell’8 settembre 2015, a noi pare che, nella sostanza, è quest’ultima che è messa totalmente in discussione. La Corte costituzionale, invero, sembra voler provocare una nuova interpretazione dell’art. 325 TFUE, quasi suggerendo le risposte alla Corte di giustizia, al fine di ottenere una pronuncia che sia conforme bensì al diritto dell’Unione e alla Carta dei diritti fondamentali, ma, in sostanza, alla propria ricostruzione dei principi operanti in materia, in armonia con i principi costituzionali italiani. Con questa proposta di dialogo (se non di revisione della pronuncia dell’8 settembre 2015), la Corte costituzionale sembra promettere anche una pacifica e amichevole soluzione del caso: “[i]n conclusione, se la Corte di giustizia dovesse concordare con questa Corte sul significato dell’art. 325 del TFUE e della sentenza resa in causa *Taricco*, sarebbero superate le questioni di legittimità costituzionale sollevate dai giudici rimettenti”.

Non essendo stata ancora pronunciata la sentenza della Corte di giustizia, ci limitiamo a osservare, per ora, che le conclusioni dell’Avvocato generale Yves Bot, presentate il 18 luglio 2017, sono complessivamente contrarie alle tesi enunciate dalla Corte costituzionale nell’ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24. Egli nega, anzitutto, che la prescrizione abbia natura sostanziale e, dunque, che l’applicazione dei principi affermati sulla sentenza *Taricco* ai processi in corso violi l’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali (e il corrispondente art. 7 CEDU). Per quanto riguarda i controlimiti invocati dalla Corte costituzionale, l’avvocato generale esclude che possa applicarsi il livello di tutela ricavato dall’art. 25, co. 2, Cost. ed esteso alla disciplina della prescrizione poiché esso, ostacolando l’attuazione di un obbligo stabilito dalla Corte di giustizia, compromette il primato del diritto dell’Unione e la sua effettività, impedendo la condanna per i reati in questione che ledono gli interessi finanziari dell’Unione. Egli, inoltre, respinge l’argomento secondo il quale

l'applicazione – a seguito della sentenza *Taricco* – ai processi in corso di un termine di prescrizione più lungo pregiudicherebbe l'identità nazionale della Repubblica italiana, garantita dall'art. 4, par. 2, TUE. L'Avvocato generale rileva che non è dimostrato che lo *status* di principio “supremo” riguardi tutti gli aspetti del principio di legalità dei reati e delle pene e che, in realtà, la stessa Corte costituzionale afferma il ricorso ai controlimiti solo quando venga in rilievo il “nucleo centrale” di un principio fondamentale.

Su un punto sollevato dalla Corte costituzionale l'Avvocato generale, peraltro, mostra di condividere la critica della Corte alla sentenza *Taricco*. Egli riconosce che i criteri, cui è subordinata la disapplicazione delle disposizioni in questione sulla prescrizione, concernenti l'idoneità di queste ultime a impedire l'inflizione di sanzioni effettive e dissuasive “in un numero considerevole di casi” di violazione “grave” degli interessi finanziari dell'Unione, sono “vaghi e generici” e sembrano introdurre un elemento di soggettività nella valutazione richiesta al giudice. Pertanto egli propone, da un lato, di eliminare il riferimento al numero considerevole di casi e, dall'altro, di fondare la valutazione del giudice esclusivamente sulla natura del reato di frode, natura la cui definizione spetta al legislatore dell'Unione.

8. Solo di recente, con la più volte ricordata sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, l'art. 11 Cost. è stato applicato all'ordinamento delle Nazioni Unite. La Corte costituzionale si è occupata, più precisamente, dell'art. 94 della Carta, in base al quale ogni Stato membro deve conformarsi alla decisione della Corte internazionale di giustizia in ogni controversia di cui sia parte. Essa ha affermato che tale vincolo costituisce una delle ipotesi di limitazione di sovranità alle quali lo Stato italiano ha consentito ai sensi dell'art. 11 Cost., sempre, però, nel limite del rispetto dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili tutelati dalla Costituzione. Ha quindi confermato che fra tali controlimiti rientra, ai sensi degli articoli 2 e 24 Cost., la tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali e, in presenza della norma italiana di adattamento alla Carta delle Nazioni Unite – l'art. 1 della l. 17 agosto 1957 n. 848 di esecuzione della Carta –, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, limitatamente all'esecuzione data all'art. 94 della Carta ed esclusivamente riguardo alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 3 febbraio 2012.

La tecnica usata dalla Corte costituzionale consiste nello scrutinio di costituzionalità della legge italiana di adattamento alla Carta ONU, non potendo la stessa Corte sindacare norme internazionali, quale l'art. 94 della Carta, o la sentenza del 3 febbraio 2012. Non può sfuggire, peraltro, che l'oggetto reale del giudizio della Corte costituzionale è proprio tale sentenza; e che il risultato del giudizio consiste nel divieto di darvi esecuzione e nel rifiuto di consentirne l'ingresso nell'ordinamento italiano, al pari della norma internazionale consuetudinaria come interpretata dalla stessa sentenza.

Si noti che, nel condivisibile ragionamento della Corte costituzionale, l'inquadramento della Carta ONU nelle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. ha per conseguenza che essa, tendenzialmente, acquisti un rango costituzionale, sebbene eseguita mediante una legge ordinaria. Tale rango, pur non esplicitamente dichiarato dalla Corte costituzionale, è confermato dalla sottoposizione della stessa Carta ONU non già all'intera Costituzione – come dovrebbe desumersi dalla sua

esecuzione in Italia con legge ordinaria –, ma ai soli principi fondamentali e diritti inalienabili della persona, gli stessi controlimiti, cioè, che impediscono l’ingresso delle norme internazionali generali *ex art. 10, co. 1, Cost.*, e, come si è visto, del diritto UE.

Tale collocazione della Carta ONU può essere foriera di sviluppi importanti. L’art. 11 Cost., infatti, potrebbe conferire alla Carta quello stesso primato di cui gode il diritto dell’Unione e che comporta la disapplicazione del diritto interno confliggente. Pertanto, limitatamente a eventuali norme o atti obbligatori delle Nazioni Unite *self-executing*, aventi, cioè, un contenuto completo e autosufficiente suscettibile di diretta applicazione, nel caso di contrasto con leggi (ordinarie o persino costituzionali) sarebbe affidato al giudice comune e alla pubblica amministrazione il compito di assicurare l’applicazione – e, dunque, il primato – della Carta, disapplicando le leggi italiane contrastanti. Alla Corte costituzionale resterebbe la competenza a definire gli eventuali conflitti della Carta ONU con i principi fondamentali della Costituzione e i diritti inalienabili della persona, facendo scattare i controlimiti (nonché, ovviamente, la declaratoria di incostituzionalità di leggi italiane in contrasto con disposizioni non direttamente applicabili della stessa Carta).

9. A differenza delle disposizioni della Costituzione sin qui considerate, l’art. 117, co. 1 (modificato dalla l. cost. del 18 ottobre 2001 n. 3), non riguarda l’adattamento, che, per quanto concerne i trattati dei quali l’Italia è parte, resta affidato, di solito, all’ordine di esecuzione, dato, di regola, con legge ordinaria. Esso determina, invece, il rango delle norme pattizie immesse nell’ordinamento italiano, in particolare – tenendo conto della giurisprudenza costituzionale formata su tale norma – quelle contenute nella CEDU e nei suoi Protocolli.

Nelle celebri sentenze “gemelle” del 24 ottobre 2007 n. 348 e n. 349 la Corte costituzionale ha interpretato l’espressione contenuta in tale norma, secondo la quale la potestà legislativa è esercitata nel rispetto (tra l’altro) dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, nel senso che essa non “costituzionalizza” la CEDU (che, eseguita anch’essa con legge ordinaria, in principio ha il medesimo rango di tale legge), ma le conferisce una particolare forza di resistenza, ponendo al legislatore il limite invalicabile del suo rispetto. Di conseguenza una legge in conflitto con la Convenzione violerebbe l’art. 117, co. 1, e quindi sarebbe incostituzionale (e tali furono dichiarate le leggi italiane oggetto delle due sentenze del 24 ottobre 2007). La CEDU, peraltro, si colloca in un rango subcostituzionale, quale norma interposta tra la legge ordinaria e la Costituzione, alla quale resta subordinata. Ove una disposizione alla stessa Convenzione – o, più verosimilmente, una sentenza della Corte EDU che ne facesse applicazione – fosse in conflitto con la Costituzione non potrebbe, evidentemente, operare come parametro di costituzionalità di una legge italiana e, anzi, dovrebbe essere “espunta” dall’ordinamento giuridico (così la citata sentenza n. 348). Ciò significa, a nostro avviso, che la legge italiana di esecuzione della CEDU sarebbe dichiarata incostituzionale nella parte in cui permetta l’ingresso, nel nostro ordinamento, della disposizione in questione della Convenzione o, meglio, della sentenza che ne dia un’interpretazione contrastante con la Costituzione; sentenza che, pertanto, non entrerebbe nell’ordinamento italiano, né sarebbe eseguibile in Italia.

Sia le due sentenze del 24 ottobre 2007, sia quelle successive (ma possono rinvenirsi sentenze anche precedenti alla riforma del 2001), affermano che il giudice comune, prima di sollevare l'eventuale questione di costituzionalità della legge italiana in contrasto con disposizioni della CEDU, deve anzitutto interpretare tale legge in maniera conforme alla Convenzione e ai suoi Protocolli. Egli, cioè, se possibile, deve "piegare" la legge italiana in modo da conciliarla con la Convenzione stessa, privilegiando, tra le varie interpretazioni sostenibili, quella che risulti più coerente con il rispetto della CEDU, anche a costo di qualche forzatura della lettera della norma interna. Tale interpretazione – consolidata già riguardo ai rapporti del diritto interno con quello UE – si fonda su una presunzione di conformità del legislatore con gli impegni internazionali da lui stesso attuati nell'ordinamento interno mediante l'ordine di esecuzione. Essa è rafforzata da una presunzione di conformità alla Costituzione, in particolare all'art. 117, co. 1, Cost., che impone al legislatore di rispettare gli obblighi internazionali.

Va precisato che il giudice italiano deve interpretare le disposizioni della CEDU, anche ai fini di una interpretazione conforme del diritto interno, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, alla quale – come sottolinea la sentenza n. 349 del 2007 – spetta l'ultima parola sull'interpretazione della Convenzione. Tale giurisprudenza, al di là degli effetti obbligatori del giudicato, esprime una autorità di "cosa interpretata", nel senso che l'interpretazione della Corte tende a consolidarsi e a imporre il significato delle disposizioni della Convenzione da essa risultante. Di conseguenza, il dovere del giudice nazionale di interpretazione conforme si estende, dal testo della CEDU, al diritto vivente della giurisprudenza della Corte europea.

**10.** Nella giurisprudenza costituzionale successiva, il dovere del giudice italiano di interpretare e di applicare le disposizioni della CEDU così come interpretate dalla Corte EDU, pur costantemente ribadito, è stato subordinato a talune condizioni. Queste hanno limitato l'autorità interpretativa della Corte EDU, tanto da determinare, secondo parte della dottrina, un arretramento nel riconoscimento dell'autorità di tale Corte e, in definitiva, del rispetto della Convenzione – intesa come "diritto vivente" – da parte del giudice nazionale. Esempio di tale orientamento è la sentenza della Corte costituzionale del 26 marzo 2015 n. 49, anche se già prima, nella sentenza del 26 novembre 2009 n. 311, la Corte costituzionale aveva chiarito che il dovere di interpretazione conforme alla giurisprudenza europea non va inteso in senso pedissequo, ma come dovere di rispettare la "sostanza" di questa giurisprudenza.

Nella sentenza n. 49 del 2015 la Corte costituzionale ha affermato, infatti, che il giudice italiano sarà vincolato all'interpretazione della Corte EDU solo in presenza di una giurisprudenza consolidata o di una "sentenza pilota", alle quali dovrà adeguare la propria interpretazione del diritto interno al fine di prevenire conflitti con la Convenzione o, in caso di impossibilità, ricorrendo all'incidente di legittimità costituzionale. Nessun obbligo esiste, invece, a fronte di pronunce della Corte EDU che non siano espressive di un orientamento ormai divenuto definitivo. E la Corte fornisce al giudice comune una serie di indizi alla luce dei quali escludere che si sia consolidata una data interpretazione delle disposizioni della CEDU, quali "la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza

europea, gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non si sia posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano”. È evidente che l’autorità della giurisprudenza della Corte EDU risulta così alquanto ridimensionata, come dimostra anche la giurisprudenza costituzionale successiva (per esempio la sentenza del 21 luglio 2016 n. 200).

Il ridimensionamento della giurisprudenza della Corte EDU, rispetto alle sentenze “gemelle” del 2007, risulta anche dall’affermazione secondo la quale la sentenza della Corte EDU, ancorché tenda ad assumere un valore generale e di principio, resta pur sempre legata alla concretezza della situazione che l’ha originata (sentenza del 22 luglio 2011 n. 236); e la concretezza e la peculiarità del caso deciso vanno tenute in conto al fine di individuare il principio espresso dalla Corte EDU e di valutare la legittimità costituzionale di una legge interna in rapporto a tale principio (come ha dichiarato la Corte costituzionale nella citata sentenza n. 200 del 2016, “il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità di decisioni casistiche orientate da fattori del tutto peculiari della fattispecie concreta, libera l’interprete” dall’obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte europea). Ancor più tale ridimensionamento deriva dall’affermazione, contenuta nella citata sentenza n. 49 del 2015, secondo la quale “il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU”. Nelle ipotesi, qualificate peraltro come “estreme”, nelle quali l’opera interpretativa “degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali e internazionali” non riesca a conciliare i principi desumibili sia dalla Costituzione che dalla CEDU, “è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana”. L’affermazione è coerente con il rango subcostituzionale riconosciuto alla Convenzione, ma forse, nella sua absolutezza, non tiene in considerazione che è la stessa Costituzione, all’art. 117, co. 1, che – come si è visto – prescrive una interpretazione del diritto italiano conforme (o anche... conformata) alla CEDU.

Va sottolineato, ancora, che l’ipotesi di conflitto tra la legge italiana e la Convenzione si realizza soltanto se la prima garantisce la tutela di un diritto fondamentale in maniera più ridotta rispetto alla CEDU, non anche nel caso opposto, in cui l’ordinamento italiano assicuri una tutela più elevata (tra le molte, si vedano le sentenze del 26 novembre 2009 n. 311, del 4 dicembre 2011 n. 317, del 28 novembre 2012 n. 264 e l’ordinanza del 9 luglio 2014 n. 223). È la stessa CEDU, infatti, che stabilisce che nessuna delle sue disposizioni può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell’uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente (art. 53). Deve osservarsi, tuttavia, che il criterio della protezione più elevata non sempre risulta applicabile; infatti nell’ambito di ciascun sistema giuridico (costituzionale o

convenzionale) può variare il rapporto tra diversi diritti fondamentali che vengano in conflitto, per esempio il diritto alla riservatezza e il diritto all'informazione, i quali vanno reciprocamente temperati. In questi casi l'individuazione del livello più elevato di protezione tra i due sistemi di protezione (la Costituzione italiana e la CEDU) non è più possibile, poiché la maggiore tutela che si rilevi rispetto a un diritto è controbilanciata dalla corrispondente limitazione (e, quindi, dalla minore tutela) dell'altro diritto in questione.

Ora, la ricerca della massima tutela dei diritti fondamentali conduce la Corte costituzionale a operare un bilanciamento tra il singolo diritto oggetto della pronuncia della Corte EDU e gli altri interessi costituzionalmente protetti, "cioè con altre norme costituzionali, che a loro volta garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall'espansione di una singola tutela" (sentenza del 4 dicembre 2009 n. 317). La Corte costituzionale prosegue dichiarando che, "naturalmente, alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali – compresi nella previsione generale ed unitaria dell'art. 2 Cost. – si sviluppi in modo squilibrato, con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalla stessa Convenzione europea. Il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU nella legislazione italiana deve derivare un plus di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali". Tale bilanciamento è collocato dalla Corte costituzionale nel "margine di apprezzamento", elaborato dalla stessa Corte EDU, che residua agli Stati parti nell'applicazione della CEDU (si veda ancora la sentenza n. 317 del 2009 e numerose sentenze successive, come quelle del 7 aprile 2011 n. 113, dell'11 novembre 2011 n. 303, del 23 gennaio 2012 n. 15 e del 28 novembre 2012 n. 264).

Questo *modus operandi* della Corte costituzionale finisce per ridurre l'autorità della pronuncia della Corte EDU sul significato dello specifico diritto fondamentale oggetto della stessa. Infatti – come la Corte costituzionale ha ribadito nella recente sentenza del 20 luglio 2016 n. 193 –, sebbene le norme della Convenzione debbano essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte EDU, spetta alla Corte costituzionale valutare come e in quale misura "il prodotto dell'interpretazione della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano", anche con le "ordinarie operazioni" di interpretazione e di bilanciamento, così da rispettare la sostanza della giurisprudenza consolidata, "ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi". L'autorità della pronuncia della Corte EDU (e, forse, anche della sua giurisprudenza consolidata) rischia così di diluirsi in un più ampio contesto giuridico, caratterizzato pur sempre dalla tutela (sembrerebbe la più ampia possibile) dei diritti fondamentali, ma in un'ottica sostanzialmente nazionale, più che europea.

Se si considera la giurisprudenza costituzionale (che in questa sede non è possibile analizzare) deve riconoscersi, peraltro, che il tasso di deferenza della nostra Corte verso quella europea è generalmente elevato, come dimostrano i numerosi casi in cui la Corte costituzionale è pervenuta alla dichiarazione di incostituzionalità di leggi italiane per contrasto con disposizioni della Convenzione, come interpretata

dalla Corte di Strasburgo (per delle sentenze recenti si vedano quelle del 23 luglio 2015 n. 184, del 19 febbraio 2016 n. 36, del 21 luglio 2016 n. 200; si veda anche la sentenza del 7 ottobre 2016 n. 215, che, peraltro, non richiama espressamente la giurisprudenza della Corte EDU).

Non mancano casi, tuttavia, nei quali l’orientamento oggi prevalente della Corte costituzionale ha condotto, in definitiva, a disattendere sentenze della Corte EDU. Ciò va detto, anzitutto, riguardo all’affermazione, vigorosamente enunciata, in particolare, nella citata sentenza del 26 marzo 2015 n. 49, secondo la quale l’interpretazione della Corte EDU è vincolante per il giudice nazionale solo se contenuta in una giurisprudenza consolidata o in una sentenza pilota. In tale sentenza la Corte costituzionale ha sostanzialmente disconosciuto l’autorità della sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, dichiarando l’inammissibilità di alcune questioni di legittimità costituzionale – per contrasto con la CEDU – relative alla legislazione italiana in materia di lottizzazione abusiva.

Analogamente il bilanciamento tra la pronuncia della Corte EDU e gli altri interessi costituzionalmente tutelati, tenuto conto del margine di apprezzamento, ha determinato un rifiuto della Corte costituzionale di consentire l’esecuzione in Italia di sentenze della Corte EDU. Senza pretesa di completezza, il caso più eclatante sembra rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale del 28 novembre 2012 n. 264. Essa, facendo riferimento esplicito al rispetto dei controlimiti, che alla stessa Corte spetta di controllare, ha dichiarato non fondata la questione di incostituzionalità, in rapporto all’art. 117, co. 1, Cost., di una disposizione italiana (l’art. 1, co. 777, l. 27 dicembre 2006 n. 296, legge finanziaria 2007), la quale, applicandosi retroattivamente in materia pensionistica, veniva a predeterminare il risultato di un processo in corso in termini negativi nei confronti dei ricorrenti. La Corte EDU, nella sentenza del 31 maggio 2011, *Maggio e altri c. Italia*, aveva constatato che, con tale legge, l’Italia aveva violato l’art. 6, par. 1, CEDU relativo al diritto all’equo processo. L’esecuzione di tale sentenza comportava (per quanto attiene al ruolo della Corte costituzionale) la declaratoria di incostituzionalità della norma italiana essendo in conflitto con la citata disposizione della Convenzione, come interpretata dalla Corte EDU non già in una giurisprudenza incerta o non consolidata, ma in una sentenza definitiva specificamente diretta contro l’Italia, concernente esattamente tale norma, che l’Italia era tenuta a eseguire (art. 46, par. 1, CEDU). Ebbene, la Corte costituzionale – come si è detto – ha “salvato” la norma in questione ricorrendo, appunto, a un’operazione di bilanciamento del diritto riconosciuto dalla Corte EDU con altre norme costituzionali, che garantiscono diritti fondamentali che potrebbero essere incisi dall’espansione di una singola tutela (pur avvertendo che tale operazione non è volta all’affermazione della primazia dell’ordinamento nazionale, ma all’integrazione delle tutele). La Corte costituzionale sottolinea che, mentre la Corte EDU “è tenuta a tutelare in modo parcellizzato, con riferimento a singoli diritti, i diversi valori in giuoco”, essa “opera una valutazione sistemica, e non isolata, dei valori coinvolti dalla norma di volta in volta scrutinata, ed è, quindi, tenuta a quel bilanciamento, solo ad essa spettante”. Nella specie, trattandosi di una legge che disponeva che la retribuzione pensionabile, nel caso di lavoro svolto all’estero (in Svizzera), dovesse essere proporzionata all’entità dei contributi effettivamente versati (non con il metodo retributivo), la Corte ha ritenuto che interessi di

pari rilevanza costituzionale – rispetto alla prescrizione dell’art. 117, co. 1, riferito all’art. 6, par. 1, CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo – giustificano la disposizione retroattiva della legge italiana in questione. Infatti “gli effetti di detta disposizione ricadono nell’ambito di un sistema previdenziale tendente alla corrispondenza tra le risorse disponibili e le prestazioni erogate, anche in ossequio al vincolo imposto dall’art. 81, 4° comma, Cost., ed assicura la razionalità complessiva del sistema stesso [...], impedendo alterazioni della disponibilità economica a svantaggio di alcuni contribuenti ed a vantaggio di altri, e così garantendo il rispetto dei principi di uguaglianza e di solidarietà, che, per il loro carattere fondante, occupano una posizione privilegiata nel bilanciamento con gli altri valori costituzionali”.

In questo caso, in definitiva, l’esclusione della incostituzionalità della legge italiana si risolve nel rifiuto di dare esecuzione alla sentenza della Corte EDU del 31 maggio 2011 – e, quindi, di garantire il diritto all’equo processo come in essa interpretato –, non in nome di altri diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, ma, apparentemente, del sistema complessivo di tutele risultante dalla Costituzione e dell’obiettivo di evitare sperequazioni e, principalmente, della esigenza finanziaria “di rendere sostenibile l’equilibrio del sistema previdenziale a garanzia di coloro che usufruiscono delle sue prestazioni” (si noti che, in un caso analogo, giudicato successivamente a tale sentenza, la Corte EDU ha pienamente ribadito la violazione dell’art. 6, par. 1: sentenza del 15 aprile 2014, *Stefanetti e altri c. Italia*).

**11.** L’esame sin qui svolto alla luce della giurisprudenza costituzionale conferma la varietà dei procedimenti utilizzabili e dei principi vigenti nei rapporti tra l’ordinamento italiano e le norme internazionali ed europee, anche se sussiste una comune convergenza in merito alla tutela di taluni valori nazionali irrinunciabili.

Permane, invero, qualche dubbio sulla esatta collocazione delle fonti esterne all’ordinamento italiano nelle diverse “caselle” predisposte dalle disposizioni costituzionali. Ci riferiamo alla CEDU, costantemente considerata come sovraordinata alla legge ordinaria, ma subordinata all’intera Costituzione in base all’art. 117, co. 1, Cost.: non potrebbe, invece, essere qualificata come un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, rispetto al quale l’Italia consente a limitazioni di sovranità, tenuto conto, altresì, dell’apparato organizzativo – a cominciare dalla Corte di Strasburgo – di cui essa è fornita? Un siffatto inquadramento determinerebbe conseguenze di estrema importanza. Anzitutto essa sarebbe subordinata solo ai principi fondamentali e ai diritti inalienabili della persona (i controlimiti), non all’intera Costituzione. Così, presumibilmente, la sentenza della Corte EDU del 29 ottobre 2013, *Varvara, c. Italia*, “interpretata” dalla Corte costituzionale nella ricordata sentenza del 26 marzo 2015 n. 49 in modo da assicurare il “predominio assiologico” della Costituzione, avrebbe potuto spiegare efficacia nell’ordinamento italiano. In secondo luogo l’inquadramento della CEDU nell’art. 11 Cost. comporterebbe la disapplicazione delle leggi italiane con essa confliggenti da parte del giudice comune, senza necessità di una pronuncia di incostituzionalità della Corte costituzionale, almeno quando il contrasto riguardi disposizioni della CEDU *self-executing*, cioè aventi un contenuto completo e preciso, suscettibile di diretta applicazione senza bisogno di un intervento del legislatore. Un mutamento in questa direzione della giurisprudenza della Corte costituzionale appare, peraltro, improbabile, tenuto conto della tendenza,

già rilevata, a considerare e valutare le sentenze della Corte di Strasburgo all'interno del sistema complessivo delle tutele risultanti dalla Costituzione.

La giurisprudenza costituzionale mette in luce, inoltre, la piena vitalità della teoria dei controlimiti, i quali non rappresentano più (come pareva a taluni) una mera formula di stile, da richiamare a futura memoria nel quadro dei rapporti dell'ordinamento italiano con il diritto UE, ma trovano concreta applicazione, sino al punto da rimettere in discussione, come nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24 relativa al caso *Taricco*, o a negare, come nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, l'obbligo di eseguire una sentenza internazionale emanata contro l'Italia. L'attaccamento ai controlimiti emerge anche dalla citata sentenza del 28 novembre 2012 n. 264, la quale ha cura di invocare espressamente tale categoria rispetto a una disposizione della CEDU, l'art. 6, par. 1, nell'interpretazione datane dalla sentenza del 31 maggio 2011 della Corte EDU, quando sarebbe stato sufficiente, a questo fine, affermare la supremazia della Costituzione italiana ai sensi dell'art. 117, co. 1.

Va sottolineato che i controlimiti non possono identificarsi meccanicamente con tutte le disposizioni costituzionali contenenti i principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona. Essi coincidono con i principi qualificanti e irrinunciabili dell'assetto costituzionale dello Stato, che costituiscono gli elementi identificativi dell'ordinamento costituzionale (Corte costituzionale, sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238). Denominati sovente “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale italiano, essi hanno un rango superiore anche alle altre norme costituzionali e sfuggono persino alla possibilità di una revisione costituzionale. Come la Corte costituzionale ha nitidamente affermato nella sentenza del 29 dicembre 1988 n. 1146, “la Costituzione italiana contiene alcuni principi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana”. I principi in parola costituiscono, inoltre, un limite all'ingresso tanto delle norme internazionali generalmente riconosciute alle quali l'ordinamento giuridico italiano si conforma secondo l'art. 10, co. 1, Cost., quanto delle norme contenute in trattati istitutivi di organizzazioni aventi gli scopi indicati dall'art. 11 Cost. o derivanti da tali organizzazioni, come, anzitutto, l'UE; nonché un limite alle norme concordatarie, le quali godono della copertura costituzionale fornita dall'art. 7, co. 2, Cost. (così anche Corte costituzionale, 22 marzo 2001 n. 73). I principi supremi costituiscono dunque una categoria unitaria, che opera, come si è visto, nelle varie direzioni considerate (e che, ovviamente, si pone come limite anche agli accordi internazionali, in particolare alla CEDU, pur se, in questa prospettiva, non emerge una specificità di tali principi rispetto alle altre disposizioni della Costituzione, data la generale subordinazione a queste ultime degli accordi dei quali l'Italia è parte).

Come si è avvertito, i controlimiti non coincidono pienamente con gli articoli della Costituzione che contemplano i principi fondamentali e i diritti inalienabili della persona. I principi supremi, infatti, di norma consistono solo nel “nucleo più ristretto ed essenziale” di tali disposizioni o diritti (Corte costituzionale, 2 febbraio 1982 n.

18, riguardo al diritto alla tutela giurisdizionale riconosciuto dall'art. 24 Cost. e, in via generale, 29 dicembre 1988 n. 1146). In altri termini, una limitazione di questi ultimi non è, in principio, esclusa, se giustificata da preminenti interessi pubblici, come può riconoscersi per il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 24 Cost., che può essere limitato dalle norme concordatarie a favore della giurisdizione ecclesiastica e da quelle internazionali sull'immunità dalla giurisdizione, ma non "cancellato", quale diritto ad avere comunque un giudice (si veda ancora la sentenza del 2 febbraio 1982 n. 18). Infatti nella sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, con la quale la Corte costituzionale ha ravvisato un insanabile conflitto della norma consuetudinaria sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri per crimini di guerra e contro l'umanità con i principi supremi dell'ordinamento costituzionale italiano, rappresentati dal diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (articoli 2 e 24 Cost.), essa ha più volte sottolineato che, nel caso deciso dalla Corte internazionale di giustizia con la sentenza del 3 febbraio 2012, sia la Corte che la stessa Repubblica federale di Germania avevano riconosciuto che l'immunità dalla giurisdizione italiana comportava l'inesistenza di qualsiasi rimedio giurisdizionale a tutela delle vittime dei predetti crimini. La norma consuetudinaria, nell'interpretazione della Corte internazionale di giustizia, determinava, pertanto, "il sacrificio totale del diritto alla tutela giurisdizionale delle suddette vittime". E ciò finiva per pregiudicare anche i diritti umani fondamentali violati dai crimini commessi dalla Germania; come la Corte costituzionale dichiara, in maniera lapidaria: "[s]arebbe invero arduo individuare quanto resterebbe di un diritto se non potesse essere fatto valere dinanzi ad un giudice per avere effettiva tutela".

Nell'applicazione dei controlimiti da parte della Corte costituzionale una rilevanza primaria hanno i diritti umani fondamentali, come dimostrano i ripetuti richiami dell'art. 24 Cost. sul diritto alla tutela giurisdizionale, come nella sentenza appena ricordata, anche in rapporto all'art. 2 Cost., in quelle relative al Concordato con la Santa Sede e in quella del 21 aprile 1989 n. 232, relativa all'efficacia temporale delle sentenze della Corte di giustizia UE sull'invalidità degli atti comunitari; nonché, più di recente, il riferimento al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, consacrato nell'art. 25, co. 2, Cost., nell'ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24. Sembra così emergere, da tale giurisprudenza, una visione "nazionale" dei diritti umani fondamentali, per quanto riguarda la loro concezione, i loro contenuti, i loro livelli di protezione, i loro rapporti e il loro bilanciamento reciproci, o con altri principi costituzionali (come, per esempio, la funzione sociale della proprietà o la sostenibilità del sistema pensionistico). Anche se, in tale giurisprudenza, sono presenti, com'è naturale, accenti mutevoli e posizioni non sempre uniformi sull'ambito di applicazione dei controlimiti, in linea generale non sembra, tuttavia, che essa mostri un atteggiamento di chiusura nei riguardi delle fonti esterne e della giurisprudenza internazionale. Per quanto attiene alla CEDU – che pure, rispetto al diritto internazionale consuetudinario e al diritto UE, gode di una tutela minore nell'ordinamento italiano, collocandosi a un livello subcostituzionale – il più delle volte, come si è già rilevato, la nostra Corte costituzionale mostra un atteggiamento di collaborazione e di deferenza verso la Corte di Strasburgo. Quest'ultima, nella sentenza del 27 agosto 2015, *Parrillo c. Italia*, pur esprimendo talune riserve sull'attenzione prestata alla propria giurisprudenza dai giudici italiani, ha espresso il suo favore per i principi stabiliti nelle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, rilevando che vi sono molte pro-

nunce in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità costituzionale di una disposizione interna sulla base, *inter alia*, della sua incompatibilità con i diritti garantiti ai sensi della CEDU e della giurisprudenza della Corte.

Persino la sentenza del 22 ottobre 2014 n. 238, che pure segna una netta contrapposizione tra la Corte costituzionale e la Corte internazionale di giustizia, richiamando l’importante contributo della giurisprudenza italiana e belga dei primi anni del ‘900 alla formazione della nuova norma consuetudinaria sulla immunità ristretta dalla giurisdizione degli Stati stranieri, dichiara espressamente che la propria sentenza ha “l’effetto di produrre un ulteriore ridimensionamento della portata della predetta norma, limitato al diritto interno ma tale da concorrere, altresì, ad un’auspicabile e da più parti auspicata evoluzione dello stesso diritto internazionale”. Essa, in sostanza, non vuole chiudersi in una propria concezione dell’immunità dalla giurisdizione, ma tende a promuovere un mutamento normativo, aprendosi sulla scena internazionale con la forza persuasiva delle proprie argomentazioni al fine di garantire la tutela giudiziaria dei diritti fondamentali.

Anche la ricordata sentenza del 21 aprile 1989 n. 232, ferma nei principi affermati (relativi al diritto di tutela giurisdizionale), ma estremamente prudente nel trarne le conseguenze, era chiaramente volta a sollecitare un mutamento della giurisprudenza della Corte di giustizia UE rispettoso dei diritti fondamentali. E tale mutamento si è effettivamente realizzato. Così pure, l’ordinanza del 26 gennaio 2017 n. 24, sebbene sembri innescare un “contenzioso” con la Corte di giustizia, tende – come si è rilevato – ad aprire un dialogo con quest’ultima al fine di appianare le divergenze sollevate dal caso *Taricco*. E almeno su un punto, concernente i criteri in presenza dei quali disapplicare le disposizioni italiane sulla prescrizione, l’Avvocato generale Yves Bot, nelle conclusioni del 18 luglio 2017, sembra condividere le preoccupazioni della Corte costituzionale.

Beninteso, diversa può essere la fondatezza degli argomenti sostenuti dalla Corte costituzionale, la loro capacità persuasiva e il risultato del “dialogo” con tribunali internazionali (o anche con quelli nazionali di altri Stati). Vogliamo però sottolineare che non ci sembra che la Corte costituzionale, rivendicando il doveroso rispetto dei principi supremi, voglia “arroccarsi” su posizioni nazionalistiche e di indifferenza verso fonti e giudici esterni, ma intenda piuttosto veicolare tali principi nei processi di sviluppo normativo e giudiziario concernenti, di volta in volta, il diritto internazionale consuetudinario, il diritto UE, il sistema della CEDU. Insomma, è la via del confronto e del dialogo, piuttosto che quella dello scontro, che sembra prediletta dalla Corte costituzionale. Su questa via, ovviamente, anche la nostra Corte costituzionale deve ricavare motivi di riflessione e, se del caso, di revisione critica del proprio atteggiamento (per esempio, l’acanita difesa, nell’ordinanza n. 24 del 2017, della natura sostanziale della prescrizione francamente non può non lasciare perplessi, sia nella pretesa che essa rappresenti un principio supremo dell’ordinamento costituzionale, sia, e ancor più, ove si pensasse di convincere in questo senso la Corte di giustizia). Ma nella misura in cui – come riguardo all’immunità dalla giurisdizione degli Stati per crimini di guerra e contro l’umanità – l’aspirazione della Corte costituzionale sia di provocare un rafforzamento nella protezione dei diritti umani fondamentali, tale aspirazione appare apprezzabile e non certo velleitaria. A parte l’influenza che può determinare sull’atteggiamento

dei tribunali internazionali o di altri Stati, il diritto vivente dei giudici può svolgere, infatti, un ruolo di promozione nella formazione e nello sviluppo non solo del diritto internazionale consuetudinario, ma anche del diritto UE, in particolare contribuendo a definire quelle tradizioni costituzionali comuni che l'art. 6, par. 3, TUE annovera tra le fonti dei diritti umani. La teoria dei controlimiti, pur destinata, di per sé, a porsi come fattore di separatezza, se non di conflitto, tra l'ordinamento italiano e le fonti (e i giudici) a esso esterni, può così svolgere una differente funzione, di "contaminazione", anche reciproca, con tali fonti, incanalando i "principi supremi" in un processo normativo virtuoso di condivisione, teso alla più intensa tutela dei diritti della persona e alla "umanizzazione", non solo del diritto UE e della CEDU, ma dello stesso diritto internazionale consuetudinario.

## Abstract

### Limitations to Sovereignty, 'Counter-limits' and Fundamental Rights in the Italian Constitution

The present article examines the different procedures envisaged by the Italian Constitution for the incorporation of international and European Union law in the Italian law. Art. 10, para. 1, of the Constitution, by declaring that the Italian legal order conforms to the rules of generally recognized international law, provides for a mechanism of automatic and complete incorporation of customary international law. Thus customary international law enters into the Italian legal system without any national act of implementation and it is situated at the same level of Italian constitutional norms; yet, in the case of a conflict between a constitutional norm and a customary international law norm, the latter, as a rule, is destined to prevail owing to its special character.

As far as the European Union law, is concerned the Italian Constitutional Court, in order to justify its entrance and primacy in the Italian system, has always resorted to Art. 11 of the Constitution, that declares that Italy consents to limit its sovereignty, in a position of equality with the other States, in favour of a system that guarantees peace and justice among nations. The European Union law is directly applicable by national judges (as well as by administrative authorities), whereas an Italian provision in conflict with that law is not to be applied, without necessity of any decision by the Constitutional Court.

On the contrary, in the Italian Constitution there is no provision that refers to the incorporation of treaties to which Italy is a party. However Art. 117, para. 1, according to which legislative power is exercised by respecting international obligations, affords a particular force to treaties in the Italian legal system, in which their position is subordinate only to the Constitution.

The opening of the Italian Constitution towards external sources of law, that is testified by the above provisions, however, is not absolute and without exceptions. According to the jurisprudence of the Italian Constitutional Court, the inclusion of both international and European Union law in the Italian legal system is not allowed where an international or European provision (or an act or a judicial decision) is in conflict with the fundamental principles of the Italian Constitutional system or with the inalienable rights of the individual (the so called counter-limits).

Bruno Nascimbene\*

# Riflessioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia\*\*

SOMMARIO: 1. *L'espace judiciaire*. – 2. Dal Trattato di Maastricht al Trattato di Lisbona. Lo spazio quale obiettivo dell'Unione. – 3. Il metodo dell'integrazione e quello della cooperazione. La cooperazione rafforzata: a) in materia di rapporti familiari; b) gli Accordi di Schengen. – 4. I limiti alla competenza dell'Unione: a) in materia di immigrazione e asilo; b) in materia di cooperazione giudiziaria penale e di polizia; c) il rispetto dei diritti fondamentali e delle tradizioni costituzionali comuni. – 5. L'integrazione parziale, la rilevanza del principio del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca. – 6. La fiducia reciproca e l'asilo. La tutela dei diritti della persona. – 7. Una possibile interpretazione restrittiva di tale tutela. Le difficoltà nella realizzazione dello spazio.

1. Fra le tante celebrazioni per i sessant'anni della firma dei Trattati di Roma, l'incontro su "*Integrazione europea e sovranazionalità*" ha il merito di avere proposto all'attenzione degli studiosi del diritto dell'Unione europea, e quindi realizzato, un'occasione di grande spessore culturale: un incontro, e confronto, fra qualificati giuristi, specialisti della materia, che conoscono la storia dell'Unione europea e si interrogano sul suo futuro.

Le riflessioni che seguono riguardano lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

La prima riflessione è di carattere storico ricostruttivo, alla ricerca, per così dire, di una definizione dello "spazio" nel corso del tempo. È proprio nel corso del tempo, dalla fine degli anni Settanta in poi, che nasce uno spazio giudiziario, o *espace judiciaire*, quale completamento dello spazio economico e commerciale creato con il Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Questo, invero, prevedeva una norma (l'art. 220, divenuto art. 293, abrogato dal Trattato di Lisbona) che conteneva una forma di cooperazione in materia civile che diventerà parte integrante dello spazio. La norma prevedeva l'avvio di negoziati intesi a garantire, a favore dei cittadini degli Stati membri, la "semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali". Venivano poste le basi della cooperazione giudiziaria in materia civile, realizzata dapprima in via convenzionale (Convenzione di Bruxelles

\* Ordinario f. r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano.

\*\* Relazione tenuta al Convegno su "Integrazione europea e sovranazionalità", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Roma Tre il 24 marzo 2017.

del 27 settembre 1968), poi attraverso i regolamenti (base giuridica era l'art. 65 TCE, divenuto art. 81 TFUE)<sup>1</sup>.

Alla necessità di un *espace judiciaire* si riferiva il Presidente della Repubblica francese Giscard d'Estaing quando, a fronte di fenomeni terroristici che coinvolgevano più Stati, auspicava l'adozione di convenzioni di estradizione automatica, cioè senza formalità, pur nel rispetto di garanzie essenziali (Consiglio europeo del 5 dicembre 1977). Una necessità cui si fece fronte soltanto molti anni dopo, quando, entrato in vigore il Trattato di Amsterdam (1999), fu adottata la decisione quadro sul mandato d'arresto europeo e sulle procedure di consegna fra Stati membri (2002)<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per un commento all'art. 220 Trattato CEE cfr. P. FOIS, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (diretto da), *Commentario CEE*, vol. III, Milano, 1965, p. 1608 ss.; all'art. 81 TFUE cfr. R. BARATTA, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 859 ss.; R. CLERICI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed., p. 500 ss. Sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia, la sua definizione e realizzazione, si vedano, fra i molti contributi, H. LABAYLE, *Un espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 437 ss.; ID., *La nouvelle architecture de l'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Bâle-Bruxelles, 2010, p. 3 ss.; V. SKOURIS, *Un et multiple: l'espace européen de liberté, de sécurité et de justice*, 2007, www.courdecassation.fr; K. LEMPERTS, *The Contribution of the Court of Justice to the Area of Freedom, Security and Justice*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, 2010, p. 255 ss.; C. FAVILLI, *Spazio di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Treccani (Diritto on line)*, 2014, www.treccani.it/enciclopedia; M. FLETCHER, E. HERLIN-KARNELL, C. MATERA, *The European Union as an Area of Freedom, Security and Justice*, London-New York, 2016; S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, I, Oxford, 2011, IV ed.; i vari contributi in U. DRAETTA, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea*, Napoli, 2007. Sulla cooperazione giudiziaria civile si vedano i riferimenti alla nota 5; su quella penale e di polizia i riferimenti alle note 2 e 7; su immigrazione e asilo i riferimenti alla nota 6.

<sup>2</sup> Sull'*espace judiciaire* (oltre ai riferimenti di cui alla nota precedente), le dichiarazioni del Presidente della Repubblica francese Giscard d'Estaing in occasione del Consiglio europeo del dicembre 1977, quanto alla necessità di convenzioni di estradizione automatica; sull'adozione della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo, anche in una prospettiva storica, D. FLORE, *Le mandat d'arrêt européen: première mise en œuvre d'un nouveau paradigme de la justice pénale européenne*, in *Journal des Tribunaux*, 2002, p. 273 ss.; L. SALAZAR, *Il mandato di arresto europeo: un primo passo verso il mutuo riconoscimento delle decisioni penali*, in *Diritto penale e processo*, 2002, p. 1041 ss.; M. LUGATO, *La tutela dei diritti fondamentali rispetto al mandato d'arresto europeo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2003, p. 27 ss.; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario europeo e libera circolazione delle decisioni penali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, p. 79 ss.; i vari contributi in M. PEDRAZZI (a cura di), *Mandato d'arresto europeo e garanzie delle persone*, Milano, 2004, p. 19 ss. Sulla cooperazione giudiziaria penale, oltre ai riferimenti di cui alla nota 7, cfr. C. AMALFITANO, *Unione europea e giustizia penale dopo il trattato di Lisbona*, in *Legislazione penale*, 2011, p. 645 ss.; i vari contributi in G. DE KERCHOVE, A. WEYEMBERGH (eds.), *L'espace pénal européen: enjeux et perspectives*, Bruxelles, 2002; in ID. (ed.), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen*, 2003; in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds.), *Individual Guarantees in the European Judicial Area in Criminal Matters. Garanties individuelles dans l'espace judiciaire européen en matière pénal*, Bruxelles, 2011. Sulla competenza della Corte di giustizia, con particolare riguardo all'estensione nel settore della cooperazione penale (nonché di polizia) si vedano i rilievi di A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 45 ss.; in precedenza J. P. JACQUÈ, *L'évolution des compétences de la Cour de justice dans le cadre de l'espace judiciaire européen*, in *La Cour de justice des Communautés européennes 1952-2002: bilan et perspectives*, Actes de la conférence organisée dans le cadre du cinquantième anniversaire de la Cour de justice, Bruxelles, 2004, p. 105 ss.; K. LENAERTS, *Le traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union*, in *Cahiers de droit européen*, 2009, p. 711 ss.

2. Il Trattato di Maastricht (1992) prevedeva per la prima volta, fra gli obiettivi dell'Unione, lo sviluppo di una stretta cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni (art. B), dedicando alcune norme (articoli K-K9, Titolo VI) a questa nuova forma di cooperazione, essenzialmente intergovernativa, essendo lasciate alle istituzioni comunitarie, competenze assai limitate.

Il Trattato di Amsterdam rappresenta la prima, positiva evoluzione, poiché veniva comunitarizzato il settore della giustizia e affari interni e introdotto un nuovo complesso di norme (Titolo IV, articoli 61-69 TCE) dedicato ai visti, all'asilo, all'immigrazione e ad "altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone" quale era, ed è, la cooperazione giudiziaria civile.

Nel TUE, quale materia governata dalla cooperazione intergovernativa, e quindi non comunitarizzata, restavano la cooperazione giudiziaria in materia penale e la cooperazione di polizia (articoli 29-42 TUE, c.d. terzo pilastro).

L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009) segna la fine della c.d. costruzione a pilastri dell'Unione europea, poiché cooperazione penale e di polizia diventano parte integrante dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia, disciplinate nel TFUE (articoli 83-86 e 87-89) non diversamente dalle politiche relative ai controlli alle frontiere, all'asilo e all'immigrazione (articoli 77-80) e alla cooperazione giudiziaria in materia civile (art. 81).

La nozione di spazio compare nel Trattato di Amsterdam, quale obiettivo da realizzare (art. 2) ed è confermato dal Trattato di Lisbona quale obiettivo a favore dei cittadini dell'Unione. L'Unione "offre" lo spazio (art. 3, par. 2, TUE) e lo "realizza", "nel rispetto" (precisa l'art. 67, par. 1, TFUE) "dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri". Lo speciale rilievo della tutela dei diritti fondamentali è riaffermata nella Carta (proclamata nel 2000 e modificata nel 2007) che, nel Preambolo, precisa che l'Unione "pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia"<sup>3</sup>.

3. Il metodo dell'integrazione e quello della cooperazione intergovernativa convivono nella realizzazione dello spazio. Una valutazione di quanto è stato compiuto non può prescindere, in primo luogo, da una comunitarizzazione avvenuta solo con il Trattato di Amsterdam; in secondo luogo dalle numerose competenze che gli Stati membri hanno conservato e dai limiti, quindi, che l'Unione incontra sia nell'offrire, sia nel realizzare lo spazio. La diversità di velocità è già prevista dai Trattati. Gli esempi sono molti<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Sugli articoli del TFUE e del TUE, ricordati nel testo (67, 77, 81, 83, 87 ss.), si vedano i commenti in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, e in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.* (riferimenti nelle note 1, 7 e 8). Per un commento all'art. 3 TUE, L. FUMAGALLI, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 15 ss. e M. PEDRAZZI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, p. 9 ss. Sul preambolo della Carta cfr. F. PAPPALARDO, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 3 ss.

<sup>4</sup> Sul processo di comunitarizzazione, le difficoltà incontrate, con particolare riguardo alla cooperazione giudiziaria penale e di polizia, e sul metodo dell'integrazione e quello della cooperazione, si vedano, fra gli altri, L. S. ROSSI, *Verso una parziale comunitarizzazione del terzo pilastro*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 229 ss.; R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, *ivi*, 1998, p. 481 ss.; J. MONAR, *Justice and Home*

a) In materia di cooperazione giudiziaria civile, l'unanimità del Consiglio (con semplice consultazione del Parlamento europeo) è prevista nella specifica materia dei rapporti familiari aventi implicazioni transnazionali (art. 81, par. 3). Per ovviare a questa difficoltà si è adottata una soluzione di compromesso che ha dato origine, attraverso la cooperazione rafforzata, a tre regolamenti. Questa cooperazione, prevista dal Trattato UE è intesa a “promuovere la realizzazione degli obiettivi dell’Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione” (art. 20 TUE, articoli 326 ss. TFUE). La cooperazione è realizzabile da parte di un minimo di nove Stati, è “adottata dal Consiglio in ultima istanza, qualora esso stabilisca che gli obiettivi ricercati” dalla cooperazione “non possono essere conseguiti entro un termine ragionevole dall’Unione nel suo insieme”, ma è aperta “in qualsiasi momento a tutti gli Stati membri”<sup>5</sup>.

b) Espressione di velocità diverse è la cooperazione che si è realizzata grazie all’Accordo (1985) e alla Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen (1990), in quei “settori riguardanti le disposizioni definite dal Consiglio che costituiscono l’*acquis* di Schengen” (art. 1, Protocollo n. 19 sull’*acquis* di Schengen integrato nell’ambito dell’Unione europea). L’*acquis*, comune ad alcuni Stati membri, venne integrato nell’Unione (“comunitarizzato”) con il Trattato di Amsterdam (Protocollo n. 2 allegato al TUE e al TCE) prevedendo che gli atti avessero come base giuridica il primo o il terzo pilastro, e poi, con il Trattato di Lisbona, gli Stati sono stati autorizzati a “preservare” ovvero mantenere tale *acquis* e a svilupparlo, al fine di contribuire ad offrire ai cittadini UE lo spazio di cui si è detto (Protocollo n. 19, Preambolo e art. 1). La posizione di Irlanda e Regno Unito è di estraneità

---

*Affair in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation*, in *European Law Review*, 1998, p. 320 ss.; F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una European Conflict of Law Resolutions*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2000, p. 873 ss.

<sup>5</sup> Sulla cooperazione rafforzata cfr., fra i molti contributi, J. DENNEWALD, *L’espace judiciaire européen au lendemain du Traité de Lisbonne: état des lieux et perspectives de l’intégration différenciée*, in *ERA Forum*, 2010, p. 169 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell’Unione europea*, Torino, 2014, p. 49 ss.; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell’Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, VII ed., p. 40 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, Bari, 2017, V ed., p. 109 ss. Cfr. inoltre i commenti all’art. 81 TFUE di R. BARATTA, *op. cit.*, di R. CLERICI, *op. cit.*, e all’art. 20 TUE di L. S. ROSSI, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 216 ss.; di M. FRANCHI FIOCCHI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, p. 98 ss. I regolamenti adottati grazie alla cooperazione rafforzata sono il n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all’attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale; il n. 2016/1103 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell’esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi; il n. 2016/1104 del Consiglio, del 24 giugno 2016, che attua la cooperazione rafforzata nel settore della competenza, della legge applicabile, del riconoscimento e dell’esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate. Sulla cooperazione giudiziaria civile, cui appartengono i regolamenti ricordati, realizzata nel corso del tempo, cfr. R. BARATTA, *Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au traité de Lisbonne*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *Nuovi strumenti di diritto internazionale privato. New instruments of Private International Law. Nouveaux instruments du droit international privé*. Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 3 ss.; F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, I, Torino, 2015, VII ed., p. 21 ss.; S. M. CARBONE, C. TUO, *Il nuovo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, Torino, 2016, VII ed., p. 2 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2016, III ed., p. 422 ss. (capitolo a cura di G. BIAGIONI).

all'*acquis*, salvo diversa volontà espressa (art. 4 Protocollo), un Protocollo *ad hoc* (n. 21) disciplinando la “posizione” dei predetti Stati “rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia”. L’attuazione e applicazione dell’*acquis* in Danimarca sono escluse salvo diversa volontà espressa, così come previsto in un Protocollo *ad hoc* (n. 22 sulla posizione della Danimarca, art. 4)<sup>6</sup>.

4. a) In materia di immigrazione e asilo, la migrazione legale è di competenza esclusiva degli Stati, che rimangono liberi di determinare “il volume di ingresso” di cittadini di Paesi terzi nel territorio dell’Unione “allo scopo di cercarvi un lavoro dipendente o autonomo” (art. 79, par. 5 TFUE); parimenti esclusiva degli Stati è la competenza, prevista per la delimitazione geografica delle frontiere (art. 77, par. 4, TFUE). L’integrazione dei cittadini extra-UE può essere favorita dall’Unione, adottando misure di incentivazione e sostegno nonché misure di armonizzazione (art. 79, par. 4, TFUE).

Anche il diritto di libera circolazione dei cittadini UE subisce limiti, poiché solo all’unanimità il Consiglio può adottare norme minime intese a facilitare l’esercizio di tale diritto, che riguardano i passaporti, le carte di identità, i titoli di soggiorno e documenti assimilati (art. 77, par. 3, TFUE che richiama l’art. 20, par. 2, lett. a), TFUE).

b) Limiti importanti sono presenti in quelle forme di cooperazione ove l’impronta intergovernativa è stata dominante: la cooperazione giudiziaria penale e di polizia. Il potere di iniziativa, oltre che alla Commissione è riconosciuto a un quarto degli Stati membri (art. 76 TFUE); per ampliare le materie in cui possono essere adottate norme minime di carattere procedurale o sostanziale è richiesta l’unanimità del Consiglio (previa approvazione del PE: articoli 82, par. 2, e 83, par. 1, TFUE); la procedura del freno di emergenza può essere attivata su iniziativa di uno Stato quando un progetto di direttiva “incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico” (articoli 82, par. 3, e 83, par. 3, TFUE) con la conseguenza che la procedura legislativa viene sospesa; in caso di disaccordo viene consentito l’avvio della cooperazione rafforzata su iniziativa di almeno nove Stati membri (art. 82, par. 3, TFUE; altre ipotesi di cooperazione rafforzata sono previste ai fini dell’istituzione

<sup>6</sup> Per alcuni rilievi sugli Accordi di Schengen, nel quadro dello spazio di libertà, sicurezza, giustizia, R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 533 ss.; L. DANIELE, *op. cit.*, p. 375 ss. (capitolo a cura di S. AMADEO, F. SPITALERI). Quanto all’evoluzione della disciplina in materia di immigrazione e asilo cfr., fra gli altri H. LABAYLE, *La nouvelle architecture*, cit.; M. DONY, *Un nouveau cadre normatif*, in C. KADDOUS, M. DONY (éd.), *D’Amsterdam à Lisbonne*, Basel, 2010, pp. 3, 31 ss.; il nostro *Recent Trends in European Migration and Asylum Policies*, in S. BARIATTI, G. VENTURINI (a cura di), *op. cit.*, p. 597 ss.; C. FAVILLI *Il Trattato di Lisbona e la politica dell’Unione europea in materia di visti, asilo e immigrazione*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2010, n. 2, p. 13 ss.; A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell’immigrazione*, in G. STROZZI (a cura di), *op. cit.*, p. 63 ss., e in precedenza *La politica dell’immigrazione dell’Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in A. PATRONI GRIFFI (a cura di), *Europa e migranti*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2011, p. 22 ss.; A. DI PASCALE, *Le politiche di immigrazione e asilo dell’Unione europea: alcune riflessioni sui primi quindici anni*, in M. CARTA (a cura di), *Quale futuro per l’Europa tra crisi, rilancio e utopia*, Soveria Mannelli, 2015, p. 241 ss.; G. CAGGIANO, *Scritti sul diritto europeo dell’immigrazione*, Torino, 2016, II ed., e in precedenza, a cura dello stesso, i vari contributi in *I percorsi giuridici per l’integrazione*, Torino, 2014; K. HAILBRONNER, D. THYM (ed.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, München, 2016, II ed. Cfr. inoltre i riferimenti alla nota 1.

di una procura europea – art. 86, par. 2 – e in materia di cooperazione di polizia – art. 87, par. 3, TFUE). In questi due settori l’obiettivo è realizzare norme minime, non ancora l’integrazione. Anche in materia di immigrazione e asilo, comunque, l’obiettivo primario era stato lo stabilimento di norme minime, escludendo l’armonizzazione, per poi divenire una – ambiziosa – “politica comune (...) fondata sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei Paesi terzi (art. 67, par. 2, TFUE)” che incontra non poche difficoltà di realizzazione<sup>7</sup>.

c) Lo spazio, già si è detto, si realizza nel rispetto dei diritti fondamentali, ma anche delle tradizioni costituzionali comuni, che fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali (art. 6, par. 3, TUE) e che sono espressamente richiamate dalla Carta (Preambolo e art. 52, par. 4). Il freno di emergenza rappresenta il riconoscimento di esigenze nazionali riconducibili a quell’“identità nazionale insita nella (...) struttura fondamentale, politica e costituzionale” degli Stati (art. 4, par. 2, TUE). Questi interessi o valori nazionali, a ben vedere, sono anche quelli che assumono rilievo, come si è detto, nella materia del diritto di famiglia, che richiede l’unanimità e consente anche a un solo parlamento nazionale di impedire una decisione del Consiglio che determini quali settori del diritto di famiglia non debbono più essere oggetto di atti adottati secondo la procedura legislativa speciale, bensì ordinaria (art. 81, par. 3, TFUE)<sup>8</sup>.

5. L’integrazione è parziale, non solo nella realizzazione dello spazio, ma nella previsione delle stesse norme dei Trattati che definiscono la competenza dell’Unione come concorrente con quella degli Stati (art. 4, par. 2, lett. j), TFUE). Malgrado le critiche e le riserve che la politica dell’Unione in materia di immigrazione e asilo suscita, malgrado il giudizio negativo formulato a proposito della politica in materia di asilo e protezione internazionale (carenze del regolamento Dublino III, insuccesso della ricollocazione dei richiedenti asilo), ma anche della stessa, più datata cooperazione Schengen, oggetto di deroghe importanti da parte di ben sei Stati, è necessario chiedersi se ancora esistano, o se comunque debbano essere rivisitati e riconsiderati la fiducia reciproca e il mutuo riconoscimento che ben venivano “costi-

<sup>7</sup> Per un commento alle norme del TFUE ricordate nel testo (76, 82, 83, 87 nonché 67) si vedano, rispettivamente, S. DE BELLIS, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 825 e V. BOLICI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, p. 473 s.; C. AMALFITANO, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 867, 897 ss. e M. CASTELLANETA, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, pp. 669 e 675 ss.; N. PARISI, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 932 ss. e V. BOLICI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, p. 693 ss. Sulla cooperazione giudiziaria penale si vedano i riferimenti alla nota 2; sulla cooperazione di polizia, oltre ai citati commenti di N. PARISI e V. BOLICI, i commenti agli articoli 88 e 89 TFUE (che insieme all’art. 87 costituiscono il Capo 5 dedicato a tale cooperazione) di D. RINOLDI, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 941, 950 ss. e V. BOLICI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, pp. 698, 701 ss.; A. LANG, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 805 ss. e A. ADINOLFI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, p. 455 ss.

<sup>8</sup> Per un commento alle norme del TUE (articoli 6 e 4) ricordate nel testo si vedano, rispettivamente, B. NASCIBENE, C. SANNA, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 55 ss., e M. PEDRAZZI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, p. 36 ss.; P. DE PASQUALE, M. CARTABIA, C. IANNONE, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 21 ss., e M. C. BARUFFI, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (diretto da), *op. cit.*, p. 13 ss. Per un commento all’art. 81 TFUE cfr. la nota 1 e al preambolo della Carta, la nota 3; per un commento all’art. 52 della Carta, F. FERRARO, N. LAZZERINI, F. PAPPALARDO, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *op. cit.*, p. 1061 ss.

tuzionalizzati” nel Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa (art. I-42, par. 1, lett b). Le norme dei Trattati vigenti non prevedono tale costituzionalizzazione, ma ne riconoscono il carattere essenziale per realizzare lo spazio (articoli 67, paragrafi 3 e 4; 81, paragrafi 1 e 2; 82, paragrafi 1 e 2, TFUE).

La norma riguardava, precisamente, lo spazio: l’Unione avrebbe dovuto costituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia “favorendo la fiducia reciproca tra le autorità competenti degli Stati membri, in particolare sulla base del riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali”<sup>9</sup>. La fiducia reciproca, il mutuo riconoscimento, appartengono al *noyau* dei valori comuni agli Stati (art. 2 TUE); come afferma il Consiglio europeo di Tampere (conclusioni del 15-16 ottobre 1999, par. 33), il principio del mutuo riconoscimento rappresenta la “pietra angolare” per la realizzazione dello spazio, per garantire ai cittadini una migliore protezione dei loro diritti e un migliore accesso alla giustizia. La fiducia è, d’altra parte, il presupposto del reciproco riconoscimento, che ha contraddistinto fin dalle origini la realizzazione del mercato interno.

La libera circolazione delle merci, persone e servizi non si sarebbe potuta realizzare senza il riconoscimento reciproco e la fiducia. La fiducia consente il ravvicinamento fra le legislazioni nazionali e, quindi, il riconoscimento reciproco, dando origine a un circolo virtuoso che ben emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Interpretando la Convenzione di applicazione dell’Accordo di Schengen, la Corte sottolinea che il principio del *ne bis in idem* “implica necessariamente che esiste una fiducia reciproca degli Stati membri nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale” e che ogni sistema nazionale “accetta l’applicazione del diritto penale vigente negli altri Stati membri, anche quando il ricorso al proprio diritto nazionale condurrebbe a soluzioni diverse”<sup>10</sup>. Con riferimento alla decisione quadro sul mandato d’arresto europeo, che sostituisce il sistema tradizionale in materia di estradizione e riconoscimento delle decisioni con norme sulla consegna della persona ricercata, afferma la Corte che la fiducia reciproca è il presupposto indispensabile per realizzare il ravvicinamento delle norme nazionali “relative alla

<sup>9</sup> Sull’art. I-42 del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa si vedano i rilievi di H. LABAYLE, *Article I-42*, in L. BURGUORGUE-LARSEN, A. LEVADA, F. PICOD (sous la direction de), *Traité établissant une Constitution pour l’Europe. Partie I et IV. Architecture constitutionnelle. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2007, p. 544 ss., e in precedenza H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 437.

<sup>10</sup> Cfr. la sentenza dell’11 febbraio 2003, cause riunite C-187 e 385/01, *Gözütok e Brügge*, punto 33. Sulla fiducia reciproca e sul principio del mutuo riconoscimento cfr., fra i molti contributi, G. STESSENS, *The Principle of Mutual Confidence between Judicial Authorities in the Area of Freedom, Justice and Security*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYMBERGH (eds.), *L’espace pénal*, cit., p. 93 ss.; D. FLORE, *Réflexions sur l’idée de la “confiance mutuelle”*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYMBERGH (eds.), *Sécurité et justice: enjeu de la politique extérieure de l’Union européenne*, Bruxelles, 2003, p. 133 ss.; ID., *La notion de confiance mutuelle: l’“alpha” e l’“omega” d’une justice pénale européenne*, in G. DE KERCHOVE, A. WEYMBERGH (eds.), *La confiance mutuelle dans l’espace pénal européenne/Mutual Trust in the European Criminal Area*, Bruxelles, 2005, p. 17 ss.; C. AMALFITANO, *Spazio giudiziario*, cit., p. 73 ss.; R. BARATTA, *Réflexions*, cit., p. 6 ss.; A. LANG, *Mutual Recognition and Mutual Trust: Which Comes First?*, in M. PEDRAZZI, I. VIARENGO, A. LANG (eds.), *op. cit.*, p. 181 ss., nonché il nostro *Le traité de Lisbonne et l’espace judiciaire européen: le principe de confiance réciproque et de reconnaissance mutuelle*, in *Revue des affaires européennes*, 2011, p. 787 ss.

cooperazione giudiziaria penale e, più nello specifico, delle norme relative alle condizioni, alle procedure e agli effetti della consegna tra autorità nazionali”<sup>11</sup>.

Afferma la Corte nel parere 2/2013 che il principio “riveste, nel diritto dell’Unione europea, un’importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne”. Ogni Stato membro deve ritenere, “segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia” che, “tranne in circostanze eccezionali (...) tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell’Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest’ultimo”<sup>12</sup>.

**6.** La fiducia reciproca, insieme alla tutela dei diritti fondamentali, è alla base di quella politica in materia di asilo che ha suscitato e suscita ampie perplessità, anche a seguito degli orientamenti espressi dalla Corte di giustizia che, pur richiamando convenzioni internazionali quali la Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati e la CEDU, sembra meno garantista o, comunque, più prudente rispetto all’orientamento espresso dalla Corte europea dei diritti dell’uomo. Tutti gli Stati membri dell’Unione, considerati i valori cui si ispirano e gli obblighi di diritto internazionale, devono considerarsi “paesi d’origine sicuri a tutti i fini giuridici e pratici connessi a questioni inerenti l’asilo”. In questi termini si esprime il Protocollo n. 24 (art. 1) relativo all’asilo per i cittadini degli Stati membri. Esiste una presunzione, superabile solo in casi eccezionali, che tali Paesi siano, secondo il sistema di Dublino, Paesi di origine sicuri, verso i quali il rinvio è sempre consentito.

La Corte assume come presupposto la presunzione (in base al principio di reciproca fiducia su cui si fonda il regolamento Dublino III) che il trattamento del richiedente asilo “sia conforme a quanto prescritto dalla Carta, dalla Convenzione di Ginevra e dalla CEDU”.

Una violazione minima del diritto UE applicabile (direttive 2003/9 sull’accoglienza, 2004/83 sulla qualifica di rifugiato, 2005/85 sulle procedure) non impedisce il trasferimento verso uno Stato membro, salvo che comprometta la finalità del regolamento Dublino III; una violazione grave, qualora siano riscontrate “carenze sistematiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo”, tali da determinare un trattamento inumano o degradante, vietato dall’art. 4 Carta (come pure dall’art. 3 CEDU), impedisce il trasferimento<sup>13</sup>. La Corte di giustizia ricorda la giurisprudenza della Corte europea<sup>14</sup> che non consente il trasfe-

<sup>11</sup> Cfr. la sentenza del 3 maggio 2008, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, punto 29.

<sup>12</sup> Parere del 12 febbraio 2014, n. 2/2013, punti 191-194, ricordando la sentenza *N. S. e a.*, di cui poco oltre.

<sup>13</sup> In questi termini, con riferimento alla Grecia quale Paese verso cui rinviare i richiedenti asilo, le sentenze del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N. S. e a.*, punti 75-85, e del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi*, punti 52-62.

<sup>14</sup> Corte europea, sentenza del 21 gennaio 2011, *M. S. S. c. Belgio e Grecia*; per censure sull’accoglienza in Grecia e in Italia, la sentenza del 21 ottobre 2014, *Sharifi e a. c. Italia e Grecia*; sentenza del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*. Fra i molti commenti cfr. F. MAIANI, E. NERAUDAU, *L’arrêt M.S.S./Grèce et Belgique de la Cour EDH du 21 janvier 2011-De la détermination de l’Etat responsable selon Dublin à la responsabilité des Etats membres en matière de protection des droits fondamentaux*, in *Revue du droit des étrangers*, 2011, p. 3 ss.; M. MARCHEGIANI, *Regolamento “Dublino II” e Convenzione europea dei diritti umani: il caso M.S.S. c. Belgio e Grecia*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2011, p. 357 ss.

rimento se la persona viene esposta ai rischi risultanti dalle carenze della procedura di asilo in un determinato Paese, se non vi sono garanzie circa un esame serio della domanda, se le condizioni detentive ed esistenziali integrano gli estremi di un trattamento degradante<sup>15</sup>. In epoca più recente la Corte di giustizia ha fornito una interpretazione più ampia, più favorevole allo straniero, circa il rischio conseguente al trasferimento, ritenendo che un trattamento inumano o degradante può verificarsi qualora vi sia un rischio “reale ed acclarato di un deterioramento significativo e irrimediabile dello stato di salute dell’interessato”. Non è, insomma, consentita un’interpretazione restrittiva del regolamento Dublino III che vieti il trasferimento in altro Stato membro (nella specie si trattava della Croazia) solo in ipotesi di carenze sistemiche, imponendosi il rispetto dell’art. 4 Carta. Tale interpretazione d’altra parte, precisa la Corte, “rispetta pienamente il principio della fiducia reciproca dal momento che, lungi dall’incidere sull’esistenza di una presunzione di rispetto dei diritti fondamentali in ogni Stato membro, (...) garantisce che le situazioni eccezionali”, come quelle relative alle condizioni di salute del richiedente asilo “siano debitamente prese in considerazione dagli Stati membri”<sup>16</sup>.

7. Se questo orientamento segna un’apertura verso chi chiede protezione internazionale, non altrettanto lo sono, ma per ragioni formali che hanno impedito l’esame del merito, due pronunce, parimenti recenti.

Il Tribunale UE si è dichiarato non competente a conoscere i ricorsi proposti *ex art. 263 TFUE* da due cittadini stranieri (pakistano e afgano) contro la Dichiarazione UE-Turchia del 18 marzo 2016. Provenienti dalla Turchia e recatisi in Grecia, qui avevano richiesto asilo, temendo di essere perseguitati se avessero fatto ritorno nei Paesi d’origine.

La Dichiarazione prevede, fra l’altro, il rinvio in Turchia anche dei richiedenti asilo la cui domanda sia giudicata infondata o inammissibile. La Dichiarazione in questione non viene ritenuta un atto di una istituzione dell’Unione (né del Consiglio né del Consiglio europeo) e, pertanto, non è impugnabile. Parimenti non lo è anche nell’ipotesi in cui fosse qualificabile come accordo internazionale, che sarebbe stato concluso non dall’Unione, ma dai Capi di Stato o di governo dei Paesi membri con il Primo ministro turco: il Tribunale non ha competenza a giudicare su simile accordo. Un giudizio di merito avrebbe (auspicabilmente) consentito di valutare l’effettivo rispetto del principio del *non-refoulement* dei richiedenti asilo e l’esistenza di garanzie in Turchia, tali da qualificare tale Paese come Paese sicuro<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Cfr. la sentenza *N. S. e a.*, punti 86-89, che richiama la sentenza *M. S. S. c. Belgio e Grecia*. Cfr. G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri: la pronuncia della Corte di giustizia nel caso N.S. e altri*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.

<sup>16</sup> Cfr. la sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C. K. e a. c. Slovenia*, spec. punti 92-96, Per un commento cfr. i rilievi di H. LABAYLE, *Escalade à Canossa? La protection des droits fondamentaux lors d’un transfert «Dublin» vue par la Cour de justice (C.K. c. Slovénie, C-578/16 PPU)*, 2017, [www.gdr-elsj.eu](http://www.gdr-elsj.eu)

<sup>17</sup> Cfr. le ordinanze del Tribunale UE del 28 febbraio 2017, cause T-192, 193 e 257/16, *NF, NG e NM c. Consiglio europeo*. Sulla Dichiarazione UE-Turchia, fra i molti contributi critici, E. CANNIZZARO, *Disintegration through Law?*, in *European Papers*, 2016, p. 3 ss., [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu); O. CORTEN, *Accord politique ou juridique: Quelle est la nature du “machin” conclu entre l’UE et la Turquie en mo-*

La distinzione fra competenze nazionali e competenza dell'Unione è venuta in rilievo in altra fattispecie. Le prime, allo stato attuale del diritto UE, si manifestano in via esclusiva nel concedere un visto di lunga durata per ragioni umanitarie; l'altra è riservata all'Unione per visti non superiori a novanta giorni, come è previsto dal c.d. codice dei visti (regolamento 810/2009 modificato dal regolamento 610/2013, art. 25). Diversamente dalle conclusioni presentate dall'Avvocato generale Mengozzi, gli Stati non sono obbligati dal diritto UE (dalla Carta in particolare: art. 4 sul divieto di tortura e trattamenti inumani e degradanti; art. 18 sul diritto d'asilo) o dal diritto internazionale (Convenzione di Ginevra sullo *status* dei rifugiati, art. 33; CEDU, art. 3) a rilasciare, tramite le proprie rappresentanze diplomatiche site in Paesi terzi, un visto che consenta, una volta che lo straniero sia giunto nel Paese membro, di rimanervi per chiedere asilo<sup>18</sup>. In mancanza di una norma UE sui visti umanitari, non prevista nel codice visti, la fattispecie è stata ritenuta “non (...) disciplinata dal diritto dell'Unione” e “le disposizioni della Carta, in particolare quelle dei suoi articoli 4 e 18 (...) non risultano alla stessa applicabili”<sup>19</sup>. La finalità umanitaria che l'Avvocato generale aveva invocato per contrastare le istanze nazionali che hanno portato a chiudere le frontiere e a erigere dei muri, ricordando anche le responsabilità che derivano dal diritto dell'Unione (che è la “loro” e la “nostra” Unione), non hanno prevalso<sup>20</sup>.

Malgrado i valori comuni e la reciproca fiducia, insomma, gli Stati si riservano competenze che non intendono comunitarizzare e rendere giustiziabili da parte della Corte di giustizia. Lo spazio certamente esiste, ma si realizza con lentezza e con incertezza.

L'integrazione, d'altra parte, si è realizzata nel corso del tempo. Come afferma “la dichiarazione di Roma” del 25 marzo 2017, adottata dai *leaders* dei ventisette Stati membri e da Consiglio europeo, Parlamento europeo e Commissione europea, “[l]’unità europea è iniziata come il sogno di pochi ed è diventata la speranza di molti”. Stati e istituzioni sottolineano la necessità di un’azione congiunta: questa potrà anche essere “a ritmi e con intensità diversi se necessario, ma sempre procedendo nella stessa direzione, come [si è] fatto in passato”<sup>21</sup>.

---

*tière d'asile?*, 2016, eumigrationalawblog.eu; C. FAVILLI, *La cooperazione UE-Turchia per contenere il flusso dei migranti e richiedenti asilo: obiettivo riuscito?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 415 ss. (ivi ampi riferimenti); A. LABAYLE, P. DE BRUYCKER, *L'accord Union européenne-Turquie: faux semblant ou marché de dupes?*, 2016, www.gdr-elsi.eu. Sui problemi posti dal “sistema Dublino” e la necessità di una riforma, E. GUILD, C. COSTELLO, M. GARLICK, V. MORENO-LAX, *Enhancing the CEAS and Alternatives to Dublin*, Study for the LIBE Committee of the European Parliament, 2015, www.europarl.europa.eu.

<sup>18</sup> Si vedano le conclusioni del 7 febbraio 2017, causa C-638/16 PPU, X e X c. *Belgio*, e la sentenza del 7 marzo 2017. Nella specie, marito e moglie con tre figli, siriani, avevano chiesto all'ambasciata belga di Beirut un visto per recarsi in Belgio e chiedere asilo; il giudice belga, investito del ricorso contro il diniego, aveva disposto un rinvio pregiudiziale. Cfr. in proposito i rilievi di E. BROUWER, *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal Integrity vs. Political Opportunism?*, 16 marzo 2017, www.ceps.eu; J.-Y. CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits: un evoe moyenne? A' propos de l'affaire X. et X (PPU C-638/16)*, 2017, www.gdr-elsj.eu e ivi riferimenti.

<sup>19</sup> Cfr. la sentenza X e X c. *Belgio*, punti 44-45, e punti 48-49 sulla mancanza di una norma sui visti umanitari sia nel regolamento 604/2013 (Dublino III), sia nella direttiva 2013/32 (procedure sul riconoscimento della protezione internazionale).

<sup>20</sup> Cfr. il punto 4 delle conclusioni.

<sup>21</sup> Cfr. il testo della dichiarazione in eurojus.it.

## Abstract

### Thoughts and Remarks on the Area of Freedom, Security and Justice

It is over the years, since the end of the seventies, that a judicial area (or *espace judiciaire*) has been taking place to complete the economic and commercial area created by the Treaty establishing the European Economic Community. The method of integration and that of intergovernmental cooperation coexist in the realization of the area. An assessment of what has been achieved cannot, in the first instance, ignore the communitarisation gained only with the Treaty of Amsterdam; secondly, the numerous competences that the Member States have retained and the limits, therefore, that the Union encounters both in offering and in realizing the space. Today the integration is partial, not only in the realization of the area of freedom, security and justice, but in the same articles of the Treaties defining the shared competences between the Union and the Member States (Article 4 (2)). Despite a) the criticisms that the Union's policy on immigration and asylum causes, and b) the negative opinion on asylum policy and international protection (shortcomings in Dublin Regulation III, failure to relocate asylum seekers), but also on the Schengen cooperation, which is subject to major exceptions from six Member States, it is necessary to wonder whether mutual trust and mutual recognition (which were well "constitutionalized" in the Treaty establishing a Constitution for Europe (Article I-42 (1) (b)) still exist or at least whether they should be reexamined and reconsidered. The articles of the Treaties in force do not provide for such constitutionalisation, but they recognize the essential character of the area of freedom, security and justice (Article 67 (3) and (4), Article 81 (1) and (2), Article 82 1 and 2 TFEU). Mutual trust, together with the protection of fundamental rights, is at the heart of the asylum policy that generates great doubts, also following the guidelines expressed by the Court of Justice whose approach appears more cautious than the ECtHR. The Member States, despite common values and mutual trust, maintain competences that they do not intend to communitarise and submit to the Court of Justice. The area of freedom, security and justice certainly exists, but it is accomplished slowly and with uncertainty. Integration, on the other hand, has taken place over the time. As stated in the Rome Declaration of 25 March 2017, adopted by the leaders of the twenty-seven Member States and the European Council, the European Parliament, and the European Commission, 'European unity started as the dream of a few, it became the hope of the many'. The Member States and the institutions underline the need for joint action: this may also be 'at different paces and intensity where necessary, while moving in the same direction, as we have done in the past'.



Giovanni Cellamare\*

# Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie

SOMMARIO: 1. Il quadro di riferimento normativo. – 2. Il riconoscimento nel Codice frontiere Schengen e nel Codice visti delle esigenze di tutela delle persone in cerca di protezione internazionale. – 3. La tensione, nel diritto dell'Unione, tra controllo dell'immigrazione irregolare e siffatte esigenze. La sentenza della Corte di giustizia in causa C-638/16 PPU. – 4. L'interpretazione del Codice visti accolta dalla Corte. Critica. – 5. *Segue*: i rapporti tra gli articoli 25 e 32 del Codice.

1. Seguendo, da vicino, la disciplina già prevista nel Trattato di Amsterdam, l'art. 3, par. 2, TUE dispone che questa “offre ai suoi cittadini uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia senza frontiere interne, in cui sia assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la prevenzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima”. In detto spazio operano norme poste a tutela dei diritti fondamentali (art. 67, par. 1, TFUE). In proposito, oltre a note indicazioni generali della Corte di giustizia<sup>1</sup>, è appena il caso di ricordare che, giusta l'art. 6 TUE, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE ha “lo stesso valore giuridico dei trattati”; che l'Unione aderisce alla CEDU; e che questi ultimi fanno parte del diritto della stessa Unione in quanto principi generali. Invero, ove i diritti tutelati dalla Carta corrispondano a quelli previsti dalla CEDU, la medesima è suscettibile di svolgere effetti mediati, posto che, in una siffatta situazione, il significato e la portata dei primi sono “uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione” (art. 52, par. 3, della Carta). D'altro canto, come è stato efficacemente posto in luce, non trovando applicazione l'art. 52, par. 3, i diritti individuali vengono in rilievo in quanto principi generali, che, come tali, costituiscono parametro di riferimento nell'interpretazione e applicazione degli atti normativi<sup>2</sup>.

Funzionale alla realizzazione dello “spazio” indicato è l'insieme delle norme contenute nel titolo V TFUE. In particolare, l'art. 77 svolge il contenuto dell'art. 67 e prevede (par. 1, lettere a, b) che l'Unione sviluppi una politica per “garantire l'assenza di qualsiasi controllo” su coloro che attraversino le frontiere interne e “il con-

\* Ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro.

<sup>1</sup> Ampia è la bibliografia in materia: anche per altre indicazioni giurisprudenziali e di dottrina, v. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., pp. 47 ss. e 447 ss.; nonché la nota che segue.

<sup>2</sup> Cfr. G. GAJA, *Lo statuto della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel diritto dell'Unione*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2016, p. 671 ss., in specie p. 687.

trollo delle persone e la sorveglianza efficace dell'attraversamento delle frontiere esterne". Agli scopi poc'anzi indicati, l'art. 77, par. 2, TFUE elenca le misure da adottare in base alla procedura legislativa ordinaria: una "politica comune dei visti e di altri titoli per soggiorni di breve durata", tenuti distinti da quelli di lunga durata, rientranti nella politica dell'immigrazione, ex art. 79, par. 2, lett. a); le misure volte a garantire l'assenza dei controlli all'attraversamento delle frontiere interne; i controlli all'atto dell'attraversamento di quelle esterne; le condizioni per la circolazione tra gli Stati membri dei cittadini di Stati terzi per un breve periodo; le misure per "l'istituzione progressiva di un sistema integrato di gestione delle frontiere esterne", concetto, dunque, in via di formazione. Da notare che nel TCE (art. 62, par. 2, lett. a) si faceva riferimento all'adozione di regole e misure in materia di visti per soggiorni non superiori a tre mesi: come è facile scorgere, utilizzando l'espressione "breve durata", l'art. 77, par. 2, TFUE consente l'adozione di misure per periodi di tempo brevi, superiori a tre mesi.

D'altro canto, la previsione della gestione "integrata delle frontiere", oltre a indicare l'obiettivo, per l'appunto, di integrare i sistemi nazionali di controllo, è suscettibile di ricomprendere misure che non riguardino in modo immediato e diretto le frontiere esterne: così, ad esempio, le attività di carattere extraterritoriale<sup>3</sup>. Si tratta di misure funzionali alla prevenzione e contrasto all'immigrazione irregolare, giusta l'approccio globale nel settore migratorio seguito dall'Unione (ed esteso alla mobilità)<sup>4</sup>.

2. Il regolamento (UE) n. 2016/399 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016 (codificazione), reca il cosiddetto Codice frontiere Schengen<sup>5</sup>. La sua applicazione non pregiudica i diritti in materia di libera circolazione, dei rifugiati e di coloro che richiedano protezione internazionale, in particolare per quanto concerne il non respingimento (art. 3, lett. b). In effetti, la politica dell'Unione in materia di asilo e di protezione internazionale deve essere conforme alla Convenzione di Ginevra, del 28 luglio 1951, sullo *status* dei rifugiati e agli "altri trattati pertinenti" (art. 78, par. 1 TFUE).

La verifica all'entrata sui cittadini di Paesi terzi — diversi da quelli cui si estenda il regime di libera circolazione — riguarda le "condizioni d'ingresso" (art. 6, par. 1) per un soggiorno non superiore a novanta giorni nell'arco di centottanta giorni<sup>6</sup>, nonché l'esame dettagliato delle componenti elencate dall'art. 8, par. 3<sup>7</sup>.

<sup>3</sup> Cfr. D. THYM, *Legal Framework for Entry and Border Control*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law: A Commentary*, München, 2016, II ed., p. 31 ss., in specie p. 41.

<sup>4</sup> Cfr. l'art. 3, par. 2, della cosiddetta direttiva rimpatri (direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008); per l'approccio indicato, nel testo, v. COM(2011)743 def.

<sup>5</sup> In argomento, anche per altre indicazioni bibliografiche, ci sia consentito di rinviare al nostro *Schengen (sistema di)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, X, 2017, pp. 841 ss.

<sup>6</sup> Cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 3 ottobre 2006, causa C-241/05, *Bot c. Préfet du Val-de-Marne*. Sulla libera circolazione nel territorio degli Stati membri, nel periodo indicato, v. l'art. 19 (non comunitarizzato) della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen, del 19 giugno 1990; nonché gli articoli 20 (sulla circolazione) e 21 (sulla dichiarazione di ingresso).

<sup>7</sup> A completamento di quanto riferito nel testo, va ricordato che gli accertamenti sono comprensivi dei controlli nel Sistema di informazione Schengen (SIS), nelle banche dati dell'Interpol sui documenti rubati e smarriti, nonché nel Sistema di informazione visti; e che può aversi anche una "verifica

Le “condizioni d’ingresso” sono esaustivamente (“sono le seguenti”) elencate dall’art. 6<sup>8</sup>. Quest’ultimo (par. 5) indica, altresì, tre casi nei quali il difetto di quelle condizioni non esclude l’ammissione di cittadini di Stati terzi: in particolare (lett. c), ove non siano soddisfatte una o più delle condizioni in parola, gli interessati “possono essere autorizzati da uno Stato membro ad entrare nel suo territorio per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali”. In difetto di quelle condizioni, dunque, le autorità statali “possono” ammettere, per quanto qui interessa, coloro che siano in cerca di protezione internazionale<sup>9</sup>. La qual cosa è coerente con la prevista applicazione del Codice “senza pregiudizio (...) dei diritti dei rifugiati e di coloro che richiedono protezione internazionale”, in specie del *non refoulement* (art. 3, lett. b)<sup>10</sup>.

Di siffatta protezione si tiene conto anche nel Codice visti, disciplinati dal regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009. Definiti i visti presi in considerazione (art. 2), il regolamento reca le procedure e le condizioni per il rilascio di quelli per soggiorni di breve durata, nonché per il transito nel territorio degli Stati membri e associati che applichino interamente l’*acquis* di Schengen. Si ha riguardo ai cittadini di Paesi terzi che devono essere in possesso di un visto all’atto dell’attraversamento delle frontiere esterne: quei Paesi sono elencati nel regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio, del 15 marzo 2001 (più volte modificato), con una quasi automatica imposizione del visto dell’Unione

---

supplementare” (art. 2, par. 13), in un luogo diverso da quello in cui siano effettuati ordinariamente gli accertamenti, con garanzie previste a favore dell’interessato. In argomento v., sinteticamente, G. CELLAMARE, *op. cit.*, testo e note 26 e 57.

<sup>8</sup> In effetti, utilizzando l’espressione “le condizioni di ingresso (...) sono le seguenti”, l’art. 6 esclude che gli Stati possano aggiungerne altre, diversamente da quanto consentito dalla norma dell’*acquis* di Schengen sostituita da quella riferita (in proposito v. G. CELLAMARE, *La disciplina dell’immigrazione nell’Unione europea*, Torino, 2006, p. 118 s.). Vale la pena di ricordare le condizioni in parola, alla luce di quanto di seguito, nel testo: essere in possesso di un valido documento di viaggio e di un visto valido, se richiesto, per l’attraversamento; giustificare il soggiorno; non essere ricompreso nel SIS ai fini della non ammissione; “non essere considerato una minaccia per l’ordine pubblico, la sicurezza interna, la salute pubblica o [ampliando la valutazione discrezionale statale] le relazioni internazionali di uno degli Stati membri, in particolare non essere oggetto di segnalazione ai fini della non ammissione nelle banche dati nazionali degli Stati membri per gli stessi motivi” (art. 6, par. 1, lett. e). Inoltre, poter giustificare lo scopo, le condizioni di soggiorno (venendo in ausilio l’elenco “non esaustivo” di documenti giustificativi contenuto nell’allegato I) e la disponibilità dei mezzi di sussistenza sufficienti per le attività connesse con l’arrivo, il soggiorno, la partenza e il transito. Siffatta disponibilità può essere valutata facendo riferimento a carte di credito e contanti posseduti, a “dichiarazioni di presa a carico” (art. 6, par. 4), a lettere che garantiscano la disponibilità ad ospitare gli interessati.

<sup>9</sup> Sulla prima eccezione, v. già, con riferimento alla precedente versione della norma considerata, la sentenza della Corte di giustizia del 14 giugno 2012, causa C-606/10, *Association nationale d’assistance aux frontières pour les étrangers (ANAFE) c. Ministre de l’Intérieur, de l’Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l’Immigration*, punti 49 e 51 s.

<sup>10</sup> Non sussistendo le condizioni di ammissione e non ricorrendo alcuna delle eccezioni elencate, si ha il respingimento immediato della persona, a mezzo di un provvedimento che indichi le ragioni di siffatta decisione. Avverso questa è ammessa impugnazione; peraltro, l’avvio del procedimento non ha effetto sospensivo del provvedimento impugnato (art. 14). Sulla portata di siffatta previsione, nel senso che la stessa pone l’obbligo per gli Stati membri di predisporre un mezzo di ricorso soltanto contro le decisioni di diniego d’ingresso nel loro territorio, non estendendosi alle violazioni che possano aversi nel corso del procedimento di adozione di dette decisioni, v. la sentenza della Corte di giustizia del 17 gennaio 2013, causa C-23/12, *Zakaria*.

nei rapporti con i Paesi terzi che non applichino la reciprocità nella materia di cui si tratta, senza pregiudizio del transito aeroportuale nelle zone internazionali, cui ha bensì riguardo il titolo II del Codice. L'atto del 2001 reca anche l'elenco dei Paesi terzi i cui cittadini sono esentati dall'obbligo del visto. La previsione dei due elenchi non esclude la possibilità che gli Stati membri scartino l'imposizione dei visti per talune categorie di persone (art. 4).

La disciplina di cui si tratta convive con alcune decisioni, a suo tempo, adottate dal Comitato esecutivo Schengen<sup>11</sup>; dall'ambito della stessa sono esclusi i visti di lunga durata (per soggiorni superiori a novanta giorni, tuttora di competenza statale, per l'appunto "visto nazionale": VN), posto che non ha trovato attuazione l'art. 79, par. 2, lett. a), TFUE. Un altro regolamento recentemente adottato ha riformato le situazioni (estese, in particolare, a casi di scarsa collaborazione nei meccanismi di riammissione da parte dello Stato terzo) e le procedure (ora anche accelerate, su iniziativa dello Stato membro o della Commissione) di sospensione della liberalizzazione del regime dei visti<sup>12</sup>.

Da siffatte previsioni risulta il collegamento funzionale tra politica dei visti e lotta contro l'immigrazione clandestina. Peraltro, come si avrà modo di illustrare, l'operare della prima può incidere negativamente sulla possibilità che delle persone abbandonino un territorio in cerca di protezione nell'UE.

In proposito appare utile accennare alla procedura sul rilascio del visto. In breve, corredata dalla documentazione richiesta, la domanda pertinente va presentata, non prima di tre mesi dall'inizio del viaggio<sup>13</sup>, generalmente, al consolato dello Stato competente a esaminare la medesima domanda: e cioè lo Stato il cui territorio costituisca la sola o principale destinazione del viaggio<sup>14</sup>. In assenza di diverse previsioni e indicazioni, il "modulo armonizzato per la domanda di visto", in quanto *unico* formulario allegato al Codice<sup>15</sup>, è suscettibile di ricomprendere le domande di visto – uniforme, di transito, con validità territoriale limitata – cui ha riguardo lo stesso Codice.

Ritenuta ricevibile una richiesta, l'autorità competente ne approfondisce l'esame e inserisce nel Sistema di informazione visti (VIS) i dati elencati nel regolamento istitutivo del medesimo sistema, nonché altre indicazioni (art. 19 ss.): tipo di visto; territorio nel quale l'interessato sia autorizzato a spostarsi con il visto ricevuto; periodo di validità dello stesso; numero di ingressi autorizzati nel territorio e durata del soggiorno autorizzato. L'autorità competente, che può richiedere un colloquio con l'interessato (art. 21, par. 8), crea la pratica pertinente nel VIS (conformemente

<sup>11</sup> In proposito, v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2011, II ed., p. 270.

<sup>12</sup> Regolamento (UE) n. 2017/371 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 1° marzo 2017, che modifica il regolamento (CE) n. 539/2001 del Consiglio che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini sono esenti da tale obbligo (revisione del meccanismo di sospensione).

<sup>13</sup> Ma v. l'art. 9 s., sul rinnovo di visto per più ingressi.

<sup>14</sup> Cfr. l'art. 5 s. Vale la pena di ricordare che l'individuazione dello Stato competente convive con forme di collaborazione tra gli Stati membri: a mezzo di accordi di rappresentanza per l'esame della domanda o di consultazione a tal fine, nonché con la creazione di centri comuni presso i quali presentare la domanda, o a mezzo della coubicazione (articoli 8, 40, 44).

<sup>15</sup> Cfr. *infra*, par. 5.

alle procedure delineate dal regolamento (CE) n. 767/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, così come modificato da quello in esame).

Giusta le “modalità” indicate dall’art. 21, la stessa autorità verifica che il richiedente soddisfi le condizioni di ingresso (indicate dal Codice frontiere, il quale, vale la pena di ribadire, opera con le riferite clausole di salvaguardia); che non presenti un rischio di immigrazione illegale o un rischio per la sicurezza degli Stati membri; e che intenda lasciare lo Stato membro prima della scadenza del visto<sup>16</sup>. Per ragioni umanitarie, di interesse nazionale, o derivanti da “obblighi internazionali” (art. 25, par. 1, lett. a), sono rilasciati eccezionalmente dei visti a validità limitata al territorio (VTL) degli Stati competenti, in deroga “al principio dell’adempimento delle condizioni di ingresso di cui (...) al Codice frontiere Schengen”. D’altro canto, il visto VTL può aversi anche ove “per motivi ritenuti giustificati dal consolato, viene rilasciato un nuovo visto per un soggiorno durante un semestre nel corso del quale il richiedente ha già utilizzato un visto uniforme o un visto con validità territoriale limitata per un soggiorno di tre mesi” (art. 25, par. 1, lett. b).

La previsione riferita è coerente con gli obiettivi di protezione presenti anche nel Codice frontiere.

---

<sup>16</sup> Pertinente la sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2013, causa C-84/12, *Koushkaki c. Bundesrepublik Deutschland*, punti 27 s. e 31 s.: le autorità competenti possono rifiutare il rilascio di un visto uniforme ove sussista uno dei motivi indicati dal regolamento (articoli 23, par. 4; 32, par. 1; e 35, par. 6). Nell’esame di tali motivi le autorità “dispongono di un ampio margine discrezionale”. In particolare (punto 63): “gli articoli 23, paragrafo 4, 32, paragrafo 1, e 35, paragrafo 6, del codice dei visti devono essere interpretati nel senso che le autorità competenti di uno Stato membro, in esito all’esame di una domanda di visto uniforme, possono rifiutare di rilasciare un simile visto a un richiedente soltanto nel caso in cui uno dei motivi di rifiuto di visto elencati in tali disposizioni possa essergli opposto. Dette autorità, quando esaminano tale domanda, dispongono di un ampio margine discrezionale per quanto riguarda le condizioni di applicazione di tali disposizioni e la valutazione dei fatti rilevanti al fine di stabilire se al richiedente possa essere opposto uno di tali motivi di rifiuto”. In considerazione di quanto riferito *infra*, testo e nota 25, vale la pena di seguire, da vicino, la Corte nel dispositivo (punto 79): “1) Gli articoli 23, paragrafo 4, 32, paragrafo 1, e 35, paragrafo 6, del regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 luglio 2009 che istituisce un codice comunitario dei visti (codice dei visti), devono essere interpretati nel senso che le autorità competenti di uno Stato membro, in esito all’esame di una domanda di visto uniforme, possono rifiutare il rilascio di un simile visto a un richiedente soltanto nel caso in cui possa essergli opposto uno dei motivi di rifiuto di visto elencati in tali disposizioni. Dette autorità, quando esaminano tale domanda, dispongono di un ampio margine discrezionale per quanto riguarda le condizioni di applicazione di tali disposizioni e la valutazione dei fatti rilevanti, al fine di stabilire se al richiedente possa essere opposto uno di tali motivi di rifiuto. 2) L’articolo 32, paragrafo 1, del regolamento n. 810/2009, in combinato disposto con l’articolo 21, paragrafo 1, dello stesso, deve essere interpretato nel senso che l’obbligo delle autorità competenti di uno Stato membro di rilasciare un visto uniforme presuppone che non vi siano ragionevoli dubbi circa l’intenzione del richiedente di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto, *considerata la situazione generale del paese di residenza del richiedente e le sue caratteristiche proprie, accertate alla luce delle informazioni da lui fornite*. 3) Il regolamento n. 810/2009 deve essere interpretato nel senso che non osta a una disposizione della normativa di uno Stato membro, quale quella controversa nel procedimento principale, la quale prevede che, allorché ricorrono le condizioni di rilascio previste da tale regolamento, le autorità competenti abbiano il potere di rilasciare un visto uniforme al richiedente, senza precisare che vi sono obbligate, purché una disposizione del genere possa essere interpretata in modo conforme agli articoli 23, paragrafo 4, 32, paragrafo 1, e 35, paragrafo 6, di detto regolamento” (corsivi aggiunti).

Certo, il visto “è rifiutato” nei casi indicati dall’art. 32, in specie, come sappiamo, ove sussista un ragionevole dubbio sull’effettiva intenzione dell’interessato di “lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto”. Peraltro, siffatta disposizione opera senza pregiudizio del riferito art. 25. Prevedendo delle eccezioni, quest’ultimo è *scriptissimae interpretationis* e non potrebbe essere derogato, cioè reso inesistente, per effetto dell’applicazione della norma generale contenuta nell’art. 32<sup>17</sup>.

3. La procedura sinteticamente esposta – esterna e distante dalle frontiere dello Stato membro cui sia stato richiesto il visto – è riferita a chiunque presenti una domanda di visto, così ignorando la condizione o posizione degli interessati<sup>18</sup>. Siffatta procedura è suscettibile di favorire a catena il funzionamento, in altri Stati potenzialmente interessati alla richiesta di visti, di analoghe procedure di controllo extraterritoriale sugli ingressi di individui stranieri, senza distinzione della situazione di ciascuno di essi<sup>19</sup>.

Ora, ove si confronti siffatta procedura extraterritoriale con le disposizioni che prevedono deroghe alla disciplina generale, per ragioni umanitarie, nonché con quelle che consentono l’attraversamento delle frontiere esterne pur in assenza, al momento del controllo, di un visto valido (articoli 5, par. 4, lett. c, e 13 Codice frontiere), appare evidente la tensione tra due opposte esigenze: tra controllo dei movimenti migratori e accesso alla protezione internazionale<sup>20</sup>. In effetti, è manifesto che, a differenza delle norme applicabili alle frontiere, nelle quali risulta operativa l’esigenza di protezione, in quelle applicabili lontano dai confini statali i richiedenti sono posti sullo stesso piano, prescindendo dall’eventuale condizione di persone in cerca di protezione. Tuttavia, è appena il caso di ricordare, in materia possono venire in gioco (29° ‘considerando’ del Preambolo del Codice visti) norme generali, già indicate, rappresentative di valori cui l’UE si ispira<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> La limitazione temporale posta alla durata dei visti non esclude che i periodi di validità e/o di durata di quello già rilasciato possano essere prorogati. Ai sensi dell’art. 33: “[I]l periodo di validità e/o la durata del soggiorno, in relazione a un visto rilasciato sono prorogati qualora l’autorità competente di uno Stato membro ritenga che un titolare del visto abbia dimostrato l’esistenza di motivi di forza maggiore o di ragioni umanitarie che gli impediscono di lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del periodo di validità del visto o della durata del soggiorno da esso autorizzato. (...) 2. Il periodo di validità e/o la durata del soggiorno in relazione a un visto rilasciato possono essere prorogati qualora il titolare del visto dimostri l’esistenza di ragioni personali serie che giustifichino la proroga del periodo di validità o della durata del soggiorno. (...) 3. Salvo diversa decisione dell’autorità che dispone la proroga del visto, la validità territoriale del visto prorogato rimane uguale a quella del visto originario”.

<sup>18</sup> M. DEN HEIJER, *Europe and Extraterritorial Asylum*, Oxford, 2012, pp. 3 ss. e 175 ss. Per completezza va ricordato che, alle frontiere esterne, può essere concesso, nei limiti e alle condizioni indicate, un visto uniforme che consenta un soggiorno non superiore a quindici giorni o il transito per il tempo, a tal fine, necessario (art. 35).

<sup>19</sup> S. GOODWIN GILL, J. MCADAM, *The Refugee in International Law*, Oxford, III ed., p. 374 ss.

<sup>20</sup> Tra gli altri, cfr. V. MORENO-LAX, *Must EU Borders have Doors for Refugees? On the Compatibility of Schengen Visas and Carriers’ Sanctions with EU Member States’ Obligations to Provide International Protection to Refugees*, in *European Journal of Migration and Law*, 2008, p. 315 ss.

<sup>21</sup> Cfr. i riferimenti, in tal senso, contenuti nelle conclusioni dell’Avvocato generale Mengozzi, in causa C-638/16 PPU, *X e X c. Belgio*, in specie i richiami, nel punto 6, ai “valeurs humanitaires et de respect des droits de l’homme sur lesquelles reposent la construction européenne”. Inoltre E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull’Europa*, Bari, 2015, pp. 3 ss. e 22 ss.

Quella tensione emerge anche dal vivace dibattito che accompagna il processo riformatore del Codice visti, considerata l'assenza della previsione del visto umanitario nel progetto di nuovo Codice, ancorché gli organi dell'Unione siano soliti richiamare le esigenze di tutela delle persone in cerca di protezione e nonostante le diffuse prese di posizione favorevoli all'inserimento di quel visto nel Codice riformato<sup>22</sup>.

Ove adottata, una siffatta previsione si presterebbe *prima face* a essere intesa come innovazione rispetto al Codice vigente. Peraltro, non mancano opinioni che costruiscono quel Codice quale strumento che già consenta il rilascio del visto umanitario, così garantendo una forma protetta di ingresso nell'UE<sup>23</sup>. A sostegno di siffatta interpretazione si adducono alcuni passaggi del "Manuale per il trattamento delle domande di visto e la modifica dei visti già rilasciati"<sup>24</sup>. In esso si legge quanto segue: "[A] chiunque chieda un visto devono essere garantiti i diritti fondamentali sanciti nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il trattamento delle domande di visto deve avvenire in modo professionale e rispettoso e in osservanza dei divieti di infliggere trattamenti inumani o degradanti e di agire in maniera discriminatoria stabiliti, rispettivamente, agli articoli 3 e 14 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo e agli articoli 4 e 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea".

Dal punto di vista di coloro che sostengono l'interpretazione del Codice visti testé ricordata, l'inserimento, nel Codice riformato, del visto umanitario, non innovando, escluderebbe ogni dubbio sull'attuale ambito di applicazione del medesimo strumento, nel senso indicato.

Dati favorevoli a quella stessa costruzione sono stati desunti da alcune statuizioni della Corte di giustizia nel citato caso *Koushkaki*, estendendo ai casi contemplati dal più volte citato art. 25 il principio dell'obbligo di rilascio del visto fissato nella decisione in parola<sup>25</sup>.

Tuttavia, a una siffatta possibile utilizzazione della giurisprudenza della Corte si oppone la più recente sentenza resa dalla Grande sezione il 7 marzo 2017, in causa C-638/16 PPU, *X e X c. Belgio*. Si ha riguardo a una specie di richiesta concessione di visti a validità territoriale limitata (art. 25, par. 1, Codice visti) presentata al consolato belga a Beirut dai componenti di un nucleo familiare siriano (marito, moglie e tre figli minori) di religione cristiano-ortodossa, che viveva ad Aleppo, esposto al

---

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, tra loro, la proposta di modifica del codice visti in COM(2014)164 def. (*sub* articoli 14, 22, 30 e 32) con il documento di seduta del PE A8-0145/2016, in specie emendamenti 15 e 27; inoltre l'*Interinstitutional File: 2014/0094 (COD)*. In argomento v. M. DEN HEIJER, *op. loc. cit.*; M. DI FILIPPO, *Il codice visti e le proposte di riforma della commissione: idee per una migliore salvaguardia dei principi tipici dello stato di diritto*, 2016, [immigrazione.jus.unipi.it](http://immigrazione.jus.unipi.it). Degno di nota il numero elevato di interventi di Stati membri nella causa, di seguito, considerata, nel testo, *ad adiuvandum* della posizione, qui criticata, sostenuta, nel corso del medesimo procedimento, dalla Commissione, contraria alla concessione del visto LTV a favore dei ricorrenti.

<sup>23</sup> Per una sintesi del dibattito richiamato, nel testo, v. A. MELONI, *Visa Code Regulation (EC) No 810/2009*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *op. cit.*, p. 116 ss., in specie p. 162 ss.

<sup>24</sup> Decisione della Commissione del 9 marzo 2010. V. in proposito le conclusioni *X e X c. Belgio*, punti 26 e 85; inoltre, M. ZOETEWELJ-TURHAN, S. PROGIN-THEUERKAUF, *AG Mengozzi's Opinion on Granting Visas to Syrians from Aleppo: Wishful Thinking?*, 14 febbraio 2017, [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu).

<sup>25</sup> Cfr. S. PEERS, *External Processing of Applications for International Protection in the EU*, 24 aprile 2014, [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it); inoltre A. MELONI, *op. cit.*, p. 161 ss. Per la decisione della Corte, v. *supra*, nota 16.

rischio di atti di persecuzione per ragioni religiose. Una delle persone interessate aveva fornito altresì informazioni circa la sua avvenuta sottoposizione a tortura da parte di terroristi. Per indicazione dei richiedenti, i visti avrebbero consentito loro di abbandonare la città di Aleppo, trasferirsi in Belgio e presentare in quello Stato domanda di asilo. La decisione, dell'Office des étrangers, di respingimento della domanda (considerata da esso equivalente alla richiesta di un visto di lunga durata non previsto dal Codice) è stata impugnata dagli interessati davanti al Conseil du contentieux des étrangers. Questo ha sollevato alcune questioni davanti alla Corte costituzionale belga; inoltre, negli svolgimenti della procedura di urgenza, il Conseil ha investito la Corte di giustizia di alcuni quesiti pregiudiziali: in sostanza, se l'art. 25 del Codice visti consenta il rilascio di un visto umanitario "in virtù di obblighi internazionali"; cosa debba intendersi con tale espressione; e, in particolare, se la stessa ricomprenda o no la Carta dei diritti fondamentali.

Dopo breve esame del caso sottoposto al suo giudizio, la Corte ha statuito quanto segue: "una domanda di visto con validità territoriale limitata presentata da un cittadino di un paese terzo per motivi umanitari, sulla base dell'articolo 25 del Codice in parola, presso la rappresentanza dello Stato membro di destinazione situata nel territorio di un paese terzo, con l'intenzione di presentare, dal momento dell'arrivo in tale Stato membro, una domanda di protezione internazionale e, pertanto, di soggiornare in detto Stato membro più di 90 giorni su un periodo di 180 giorni, non rientra nell'ambito di applicazione del Codice menzionato, bensì, allo stato attuale del diritto dell'Unione europea, unicamente in quello del diritto nazionale" (corsivo aggiunto). Ora, l'estraneità della richiesta al diritto dell'Unione, ha concluso la Corte, escludeva che, nella specie, fosse in gioco quel diritto.

Così decidendo, la Corte ha scartato l'applicabilità nel caso di specie della Carta dei diritti fondamentali, bensì sostenuta negli ampi svolgimenti dell'Avvocato generale Mengozzi. Collocata la stessa, non tra le fonti di obblighi internazionali, ma tra quelle primarie dell'ordinamento dell'Unione, e ritenuto applicabile il Codice visti, giacché su di esso sarebbe stata basata una qualsiasi decisione sulla domanda di visto dei ricorrenti, l'Avvocato generale aveva concluso nel senso dell'azione della Carta (articoli 4, sul divieto di tortura, pene o trattamenti inumani o degradanti, e 18, sul diritto di asilo)<sup>26</sup>.

**4.** Vale la pena di soffermarsi sull'interpretazione del Codice visti accolta nella decisione in parola<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Negli svolgimenti della decisione in parola, la Corte ha considerato che l'accoglimento della costruzione scartata comporterebbe il rischio che ogni persona possa presentare ovunque presso una rappresentanza di uno Stato membro di sua scelta una domanda di protezione, istituto non contemplato dal TFUE. Siffatta considerazione, tuttavia, equipara *tout court* le domande di visto a quelle di asilo presso le ambasciate: cfr. *infra*, testo e nota 32; inoltre, in senso contrario all'argomento che fa leva sull'*asylum shopping*, M. ZOETEWELJ-TURHAN, S. PROGIN-THEUERKAUF, *op. cit.*

<sup>27</sup> In argomento, in senso variamente conforme alle conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi (in specie alle considerazioni sull'elemento della volontà degli interessati, di seguito, considerato, nel testo), qui ampiamente accolte, v. già V. MORENO-LAX, *Asylum Visas as an Obligation under EU Law: Case PPU C-638/16 X, X v. État Belge*, in due parti, 16 e 21 febbraio 2017, [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu); J-Y CARLIER, L. LEBOEUF, *Le visa humanitaire et la jouissance effective de l'essentiel des droits: une voie moyenne?* À propos de l'affaire X. et X., 27 febbraio 2017, [www.eumigrationlawblog.eu](http://www.eumigrationlawblog.eu);

Nell'approccio seguito dalla Corte, la manifestata volontà degli interessati di presentare (in un secondo momento) una domanda di asilo, con il dichiarato obiettivo di poter prolungare la residenza in Belgio (dopo aver ottenuto il visto ed eventualmente la protezione internazionale), ha inciso sulla qualificazione della richiesta di visto come domanda attuale di ingresso di lungo soggiorno, in quanto tale non ricompresa nella disciplina del Codice visti; sicché, coerentemente, ne è stata scartata l'applicazione. Sennonché, la disciplina contenuta nel Codice non prende in considerazione le motivazioni del richiedente ai fini della qualificazione della domanda. Certo, nel "[M]odulo armonizzato per la presentazione della domanda [tout court] di visto" allegato al Codice figura, in particolare, la richiesta indicazione dello scopo principale del viaggio. Peraltro, lo scopo indicato dal richiedente può risultare diverso da quelli elencati nel formulario, essendo prevista la possibilità di indicarne "altri". Su queste basi, dunque, le autorità competenti risultano informate di un certo contesto, riguardante il futuro viaggio del richiedente.

Siffatta indicazione può essere utile per valutare "se il richiedente presenti un rischio di immigrazione illegale o un rischio per la sicurezza degli Stati membri e se il richiedente intenda lasciare il territorio degli Stati membri prima della scadenza del visto richiesto" (art. 21, par. 1); la stessa indicazione può, altresì, indirizzare la presa in considerazione della "giustificazione presentata dal richiedente riguardo allo scopo e alle condizioni del soggiorno previsto (...)" (art. 21, par. 3, lett. b).

Ciò posto, le intenzioni dichiarate dagli interessati – le quali, di per sé, non corrispondono a dati oggettivi e si prestano a differenti interpretazioni – non potrebbero mutare natura, funzione e oggetto della domanda: quest'ultima, nella specie sottoposta al giudizio della Corte, era volta a ottenere un visto a validità territoriale limitata, come tale, rientrante nel Codice. In effetti, il medesimo, come sappiamo, "fissa le procedure e le condizioni per il rilascio del visto di transito o per soggiorni previsti di non più di tre mesi su un periodo di sei mesi, nel territorio degli Stati membri" (art. 1, par. 1)<sup>28</sup>. Né una manifestazione di volontà potrebbe incidere sulla formula del visto adesivo eventualmente concesso (allegato VII), "il quale non può indicare più di novanta giorni quale periodo di soggiorno consentito dal rilascio del visto".

Le indicazioni in parola possono svolgere bensì un ruolo informativo. Su queste basi, è prospettabile che la domanda predisposta seguendo il formulario contenga dati suscettibili di incidere favorevolmente sulla ricevibilità, "a titolo di deroga", di una domanda "per motivi umanitari", ancorché la stessa "non soddisfi i requisiti" richiesti (art. 19)<sup>29</sup>.

Nel caso considerato, le intenzioni dei richiedenti si riferivano a una situazione futura ed eventuale; successiva, cioè, al momento nel quale si trattava di esaminare la domanda di visto. L'esame e possibile accoglimento di quest'ultima precedevano

---

E. BROUWER, *AG Mengozzi's Conclusion in X and X v. Belgium on the Positive Obligation to Issue Humanitarian Visas. A Legitimate Plea to Ensure Safe Journeys for Refugees*, 6 marzo 2017, [www.ceps.eu](http://www.ceps.eu); Id., *The European Court of Justice on Humanitarian Visas: Legal integrity vs. political opportunism?*, *ivi*; S. SAROLEA, J. Y. CARLIER, L. LEBOEUF, "Délivrer un visa humanitaire visant à obtenir une protection internationale au titre de l'asile ne relève pas du droit de l'Union: X. et X., ou quand le silence est signe de faiblesse", Newsletter EDEM, marzo 2017, p. 3 ss.; M. ZOETEWIJ-TURHAN, S. PROGIN-THEUERKAUF, *op. cit.*

<sup>28</sup> Cfr. le conclusioni *X e X c. Belgio*, punto 23; e V. MORENO-LAX, *Asylum*, *cit.*

<sup>29</sup> Cfr. i punti 49 e 60 delle conclusioni *X e X c. Belgio*.

dunque (l'esame della futura e possibile manifestazione di volontà risultante da) altra domanda volta a mettere in moto la distinta disciplina dell'UE attinente alle procedure per il riconoscimento dello *status* di protezione internazionale<sup>30</sup>. In altri termini, in una situazione come quella esaminata dalla Corte, la presentazione della seconda domanda, non di quella attuale, potrebbe consentire (un ulteriore soggiorno provvisorio funzionale alla procedura pertinente ed eventualmente) la concessione dell'asilo<sup>31</sup>.

D'altro canto, in una siffatta situazione, la concessione del visto non potrebbe ritenersi equivalente alla concessione di protezione; né la domanda potrebbe essere paragonata alla richiesta di asilo diplomatico, trattandosi di istituto diverso da quello in esame<sup>32</sup>. L'eventuale prolungamento della residenza, cioè, non è da ricollegare alla domanda attuale. In proposito è sufficiente considerare che, in presenza di dati sufficienti ad escludere il riconoscimento dello *status* di persona protetta, lo Stato interessato può allontanare l'interessato dal territorio, ancorché abbia già concesso il visto.

In argomento, vale la pena di ricordare nuovamente che al Codice visti non è estranea la possibilità che, per effetto di misura diversa dal visto rilasciato, il periodo di permanenza si prolunghi rispetto ai tre mesi iniziali (art. 33)<sup>33</sup>. La proroga di cui si tratta è da ricollegare non alla domanda attuale, volta per definizione a ottenere un visto di tre mesi, ma all'operare dell'art. 33 in contesti successivi al momento di rilascio del visto.

Certo la situazione considerata dall'art. 33 è diversa da quella presa in considerazione dalla Corte, con riguardo a una domanda che già al momento della sua presentazione indicava il futuro interesse di alcune persone a rimanere nello Stato ospite al di là del periodo di tre mesi. In proposito va considerato, tuttavia, che in base all'art. 23, par. 4, del Codice visti: “[S]alvo in caso di ritiro della domanda, è presa la decisione di: a) rilasciare un visto uniforme a norma dell'articolo 24; b) rilasciare un visto con validità territoriale limitata a norma dell'articolo 25; c) rifiutare il visto a norma dell'articolo 32; o d) interrompere l'esame della domanda e trasmetterla alle autorità competenti dello Stato membro rappresentato (...)”. Va altresì considerato che, come sappiamo, il modello armonizzato per la presentazione della domanda di visto costituisce il solo strumento previsto dal Codice per richiedere un visto; a prescindere, cioè dal tipo di visto richiesto.

Ciò posto, la domanda predisposta sulla base del formulario richiamato nelle pagine che precedono viene a delinarsi come un mezzo formale per attirare l'attenzione delle autorità competenti sull'eventuale applicazione dell'art. 25<sup>34</sup>; di attirare, cioè, l'attenzione di quelle autorità, per quanto qui interessa, sulla condizione personale dei richiedenti e, quindi, sul possibile operare di quella norma, in deroga alla disciplina generale, nel senso prima riferito. In altri termini, il Codice non prevede procedure *ad hoc* per l'esame di una richiesta di visto riconducibile a uno dei casi

<sup>30</sup> Cfr. M. ZOETEWIJ-TURHAN, S. PROGIN-THEUERKAUF, *op. cit.*

<sup>31</sup> Cfr. le conclusioni *X e X c. Belgio*, punto 53, con riferimento all'art. 9, par. 1, della direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale (rifusione).

<sup>32</sup> Cfr. M. ZOETEWIJ-TURHAN, S. PROGIN-THEUERKAUF, *op. cit.*, in senso contrario all'argomento della Corte riferito *supra*, nota 26.

<sup>33</sup> Cfr. *supra*, nota 17.

<sup>34</sup> Cfr. U. I. JENSEN, *Humanitarian Visas: Option or Obligation?*, in *CEPS Papers*, No. 68, ottobre 2014, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), in specie p. 19 ss.

cui ha riguardo l'art. 25; ma ciò non esclude la presa in considerazione della situazione di cui si tratta già nella fase di ricevibilità. In effetti, giusta l'art. 19, par. 4, i motivi umanitari o di interesse nazionale sono un parametro di riferimento per poter considerare ricevibile a "titolo di deroga, una domanda che non soddisfi i requisiti di cui al paragrafo 1" della stessa norma<sup>35</sup>. Lo schermo delle condizioni di ricevibilità, dunque, può venire meno per quelle ragioni. Ciò appare coerente con il Codice frontiere, richiamato dal quello in esame (art. 21): il primo, come sappiamo, prevede eccezioni all'applicazione delle condizioni di attraversamento delle frontiere, per ragioni umanitarie e in considerazione di obblighi internazionali.

5. In siffatto meccanismo, dunque, va inserita la richiesta di persone che (come nel caso qui considerato) asseriscano di essere perseguitate nello Stato di appartenenza (e prive di protezione nello Stato sede del consolato cui si erano rivolti per ottenere il visto di ingresso in Belgio): la domanda di visto, con il suo contenuto informativo, appare idonea a mettere in moto, nel corso dell'unica procedura prevista per l'esame di rilascio dei visti, le disposizioni speciali contenute nell'art. 25, fatte salve dall'art. 32, par. 1, rispetto all'applicazione delle cause di rifiuto del visto elencate nella medesima disposizione. Il ruolo da riconoscere (come nel caso in esame) all'art. 25 non potrebbe essere escluso dunque dalla circostanza che l'art. 32 preveda, tra le cause di rifiuto del visto, l'esistenza di dubbi sull'intenzione dei richiedenti di lasciare il territorio dello Stato membro ospitante prima della scadenza del visto: la ragion d'essere dell'art. 25 è proprio quella di consentire, in determinate circostanze, il rilascio del visto pur ricorrendo alcune cause di suo rifiuto, *ex art. 32*.

In definitiva, dato che l'art. 32 fa salve le disposizioni dell'art. 25, il contenuto della domanda di visto costituisce un mezzo formale per attirare l'attenzione delle autorità competenti sull'applicabilità della norma eccezionale per il rilascio di un visto a validità territoriale limitata nel corso della procedura destinata (ordinariamente) all'esame di richiesta di visto. Del resto, la circostanza che l'art. 32 faccia salve le disposizioni contenute nell'art. 25 sta ad indicare che, nell'assumere la decisione pertinente, le autorità statali competenti sono tenute a prendere in considerazione le ragioni umanitarie e gli obblighi internazionali che consentano il rilascio di un visto a validità territoriale limitata. Si tratta cioè di valutare se, nel caso di specie, ricorrano le condizioni di applicazione dell'art. 25, scartando l'art. 32.

Siffatto approccio appare sostenuto dall'esigenza di interpretazione conforme degli atti derivati con i principi di cui fa menzione l'art. 6 TUE, a tutela della posizione degli individui, tra i quali coloro che fuggono da persecuzioni e trattamenti disumani e degradanti.

Beninteso, ciò non esclude il riconoscimento di una certa discrezionalità nell'esame di quelle ragioni di carattere umanitario<sup>36</sup>. In tal senso depone un confronto tra l'inequivocabile art. 21, par. 3 ("[N]el determinare se il richiedente *soddisfi* le condizioni d'ingresso, il consolato *verifica*: (...)"); corsivi aggiunti) e l'art. 25, par. 1 ("[I] visti con validità territoriale limitata sono rilasciati *eccezionalmente* nei seguenti casi (...)"); corsivi aggiunti): mentre la prima disposizione elenca con

---

<sup>35</sup> *Ibidem*, anche per i riferimenti bibliografici.

<sup>36</sup> Cfr. le conclusioni *X e X c. Belgio*, punto 82 ss.; e, diffusamente, nelle analisi degli autori indicati *supra*, nota 27.

precisione le condizioni di rilascio del visto, la formulazione della seconda appare congruente con il riconoscimento alle autorità competenti di discrezionalità nel considerare l'eccezionalità delle situazioni astrattamente richiamate<sup>37</sup>. Ciò solleva incertezze interpretative sulla portata dell'eccezionalità. Ora, di fronte a siffatti dubbi, le norme primarie svolgono un ruolo di indirizzo nell'interpretazione della disposizione di cui si tratta. Un'indicazione delle norme primarie pertinenti è contenuta nel 29° 'considerando' del Preambolo del Codice visti, indirizzando, per l'appunto, l'interpretazione e applicazione del regolamento in senso conforme, "in particolare", alla CEDU e della Carta dei diritti fondamentali; in senso conforme, cioè, alle norme e principi posti dai due atti in parola, in linea con l'art. 6 TUE<sup>38</sup>.

Invero, l'art. 25 induce a concentrare l'attenzione, per quanto qui interessa, su situazioni nelle quali, ai fini del rilascio del visto, viene in gioco la condizione delle persone di cui si tratta; e quindi su eventuali esigenze di tutela di diritti individuali. Ne consegue la rilevanza in materia di quelle norme e principi, limitativi della discrezionalità concessa dall'art. 25, agli scopi da questo previsti. Si pensi, in particolare, ai diritti individuali e ai principi che operano contro forme dirette e indirette di *refoulement*, il cui divieto, secondo ampia dottrina, è posto anche da una norma consuetudinaria.

Non è questa la sede per poter affrontare la controversa questione dell'applicazione dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra (sul divieto di *refoulement*) alle richieste di visto presentate in ambasciate o consolati che abbiano sede in uno Stato il quale non intenda allontanare la persona interessata (o in ambasciate e consolati presenti nello Stato della cittadinanza). Né è possibile prendere in esame l'eventuale rilevanza nella *subiecta materia* di altre disposizioni convenzionali<sup>39</sup>.

Limitandoci a considerare la situazione nella quale, come nel caso considerato, si tratti di decidere in base all'art. 25 del Codice visti, potendo nella stessa trovare applicazione l'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali<sup>40</sup>, quella norma, giusta quanto già considerato<sup>41</sup>, va intesa alla stregua della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'applicazione dell'art. 3 CEDU, con possibili obblighi positivi a carico degli Stati (parti della Convenzione) e conseguenti limiti alla loro libertà in materia di ammissione e di allontanamento degli stranieri<sup>42</sup>; in altri termini, con effetti limitativi della discrezionalità concessa dall'art. 25. Invero,

<sup>37</sup> U. I. JENSEN, *op. cit.*, p. 18 ss.

<sup>38</sup> Cfr. le conclusioni *X e X c. Belgio*, in specie i punti 25, 85 e 93. D'altro canto, l'art. 25 del Codice visti richiama gli obblighi internazionali (così quelli che incidono sulla libertà degli Stati nell'ammettere o allontanare gli stranieri, e quindi sulla discrezionalità in parola: cfr. G. NOLL, *Seeking Asylum at Embassies: A Right to Entry under International Law?*, gennaio 2005, [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net); A. MELONI, *op. loc. cit.*), dei quali, dunque, va tenuto conto; diversamente, il riferimento a quegli obblighi sarebbe fine a sé stesso e non al funzionamento della norma che li prevede.

<sup>39</sup> In proposito, anche per altre indicazioni, v. A. MELONI, *op. loc. cit.*

<sup>40</sup> Sull'applicazione extraterritoriale della Carta, tra gli altri, v. V. MORENO-LAX, C. COSTELLO, *The Extraterritorial Application of the EU Charter of Fundamental Rights: From Territoriality to Facticity, the Effectiveness Model*, 13 maggio 2014, [www.researchgate.net](http://www.researchgate.net); nonché, anche con riguardo al caso qui considerato e per la giurisprudenza pertinente, E. BROUWER, *AG Mengozzi's*, cit., p. 2 ss.; ID., *The European Court*, cit., p. 2 s.

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, testo e nota 2.

<sup>42</sup> Cfr. la posizione del giudice di rinvio riferita nella sentenza qui esaminata, punto 25. Per il ruolo in materia di altre norme della CEDU, v. le indicazioni bibliografiche in nota 38.

dato l'ambito di applicazione extraterritoriale della CEDU, quale definito dalla sua Corte, non pare dubbio che, in una situazione come quella considerata, possa operare indirettamente l'art. 3 di quella Convenzione, quale interpretato da quella Corte.

Come è facile scorgere, nello stesso senso operano i principi richiamati dall'art. 6, par. 3, TUE.

L'approccio qui accolto, sostenuto dall'Avvocato generale Mengozzi<sup>43</sup>, non è estraneo negli effetti all'orientamento seguito, in materia, da un numero significativo di Stati UE, a favore di persone in cerca di protezione internazionale<sup>44</sup>; è coerente con le pertinenti raccomandazioni di organizzazioni governative e di altra natura; ed è funzionale a evitare gli alti rischi e costi, anzitutto umani, del fenomeno migratorio, comprensivo di persone in cerca di protezione<sup>45</sup>.

## Abstract

### Observations on the Issue of Short Stay Visas (LTV) on Humanitarian Grounds

The EU Institutions have repeatedly stressed that the measures to be taken to combat illegal migration should not impede persons who are entitled to international protection to have access to that protection. The EU Visa Code applies to every third-country national, including refugees. A narrow interpretation of the Visa Code might impede asylum-seekers to gain access to international protection. However, Article 25 of the Visa Code establishes that a LTV 'shall be issued exceptionally: a) whether the member State concerned considers it necessary on humanitarian grounds for reasons of national interest or because of international obligation'. The general rules concerning the refusal of a Schengen Visa are without detriment to the application of Article 25 (Article 32). The Visa Code does not provide a procedure for the issue of an LTV. Therefore, the Member States concerned apply Article 25 during the run of the ordinary procedure provided by the Code. Article 25 leaves a certain margin of discretion to Member States in assessing the humanitarian grounds, thus whether or not to issue a visa. The discretion left by Article 25 may be exercised by the concerned Member State, in the light of the rights and principles mentioned in Article 6 TUE.

---

<sup>43</sup> Cfr. sinteticamente il punto 3 delle conclusioni *X e X c. Belgio*, in anticipazione dell'approccio seguito nelle stesse.

<sup>44</sup> Indicazioni in U. I. JENSEN, *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>45</sup> Per quest'ordine di considerazioni v. ancora, diffusamente, nelle conclusioni *X e X c. Belgio*, con l'appassionato riferimento, nel par. 175, alle note immagini del "corps sans vie du petit Alan, échoué sur une plage".



Massimo Francesco Orzan\*

# The Role of the General Court's Appeal Chamber in the Definition of the Conditions of Admissibility of EU Civil Servants' Applications

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The pre-litigation procedure and the litigation procedure. – 3. The rule of correspondence. – 4. The interpretation of the rule of correspondence by the General Court acting as an appeal judge: an attempt to balance the proposals of the Civil Service Tribunal. – 5. A new derogation to the rule of correspondence: the *Cerafogli* judgment. – 6. Concluding remarks.

1. One of the consequences of the dissolution of the Civil Service Tribunal (CST) due to the 2016 reform of the Court of Justice of the European Union (CJEU)<sup>1</sup> will be the disappearance of the General Court's (GC) Appeal Chamber<sup>2</sup>. Thus, this

\* Legal Clerk. General Court. Court of Justice of the European Union. The views of the author are entirely personal and in no way portray a position of the Court of Justice of the European Union.

<sup>1</sup> As is well known, the reform of the CJEU engendered considerable debate among scholars. For an overview of this debate see M. VAN DER WOUDE, *Judicial Reform and Reasonable Delay*, in *Journal of European Competition Law & Practice*, 2012, p. 123 ff.; C. CURTI GIALDINO, *Il raddoppio dei giudici del Tribunale dell'Unione europea: valutazioni di merito e di legittimità costituzionale europea*, in *Federalismi.it*, 27.4.2015; F. DEHOUSSE, B. MARSICOLA, *The Reform of the EU Courts (II). Abandoning the Management Approach by Doubling the General Court*, Egmont Paper No. 83, March 2016, p. 41 ff.; A. ALEMANNI, L. PECH, *Thinking Justice Outside the Docket: A Critical Assessment of The Reform of the EU'S Court System*, in *Common Market Law Review*, 2017, p. 129 ff.; F. BOCQUILLON, *Les conséquences de la réforme de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne sur le contentieux de la fonction publique*, in *Journal de droit européen*, 2017, p. 218 ff.; M. F. ORZAN, *Art. 50 St.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI (a cura di), *Le regole del processo dinanzi al giudice dell'Unione europea*, Napoli, 2017, pp. 241-243; M. JAEGER, *25 Years of the General Court – Looking Back and Forward*, in V. TOMLJENVIĆ, N. BODIROGA-VUKOBRAT, V. BUTORAC MALNAR, I. KUNDA (eds.), *EU Competition and State Aid Rules: Public and Private Enforcement*, Heidelberg, 2018, forthcoming.

<sup>2</sup> Due to the reform, the jurisdiction at first instance on EU civil servants litigation has been transferred from the CST to the GC. Until the adoption of the final decision on appeal, the GC will be both judge of appeal and judge of first instance. Indeed, the GC has kept the jurisdiction on appeal cases already pending at the date of the CST's dissolution and on cases lodged after that date against the CST's decisions. It is worth pointing out that where there is an annulment of the CST's decision, if the state of the proceeding does not permit final judgment to be given, the case is to be referred to a chamber other than that which ruled on the appeal. Also the CJ will have temporarily a double jurisdiction. Indeed, it keeps the jurisdiction to launch a review procedure against a GC appeal decision (on the review procedure see P. IANNUCELLI, A. TIZZANO, *Premières applications de la procédure de "réexamen" devant*

provides the opportunity to develop some general remarks on the GC's activity acting as judge of appeal<sup>3</sup>. Indeed, for 11 years, the GC has clarified the meaning of a number of rules of the Staff Regulations of Officials (Staff Regulations) and the Conditions of employment of other servants of the European Union (CEOS)<sup>4</sup> and as to the scope of some general principles<sup>5</sup>. This article focuses on the role of the GC's Appeal Chamber in the definition of the conditions of admissibility of applications lodged by EU civil servants.

---

*la Cour de justice de l'Union européenne*, in N. PARISI (a cura di), *Scritti in onore di Ugo Draetta*, Napoli, 2011, p. 733 ff.; R. ROUSSELOT, *La procédure de réexamen en droit de l'Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 2014, p. 594 ff.) even if this competence will disappear after the final decision adopted by the GC. Moreover, because of the transfer of the EU civil servants litigation at first instance to the GC, the CJ will once again become the judge of appeal against the decisions that the GC will adopt acting as judge of first instance.

<sup>3</sup> For more in general, on the appeal procedure, see C. NAÔMÉ, *Le pourvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, 2016.

<sup>4</sup> Concerning the Staff Regulations, for instance, the GC confirmed the CST's proposal that considered that the Commission's General Implementing Provisions (GIP) for Article 43 of the Staff Regulations complied with that Article (GC, judgment of 1 March 2017, Case T-698/15 P, *Silvan v. Commission*), whereas EEAS' GIP did not (GC, judgment of 1 March 2017, Case T-278/15 P, *EEAS v. KL*).

Concerning the CEOS, for example, partially confirming the CST's approach (CST, judgment of 14 February 2014, Case F-29/13, *Drakeford v. EMA*), the GC provided clarifications on the interpretation of the expression "any further renewal" of article 8 of the CEOS (GC, 16 September 2015, Case T-231/14 P, *EMA v. Drakeford*). The GC stated that in the case of a temporary staff member who is progressing in his career or whose duties are changing thanks to his performance, that person maintains an employment relationship characterised by continuity with his employer. Thus, a subsequent contract must be considered a renewal. Nevertheless, the GC clarified that if a temporary staff member should enter into a contract containing a material, and not a technical, amendment to the nature of his duties, the premise of the application based on Article 8(1) of the CEOS is no longer valid. Indeed, it would be contrary to the spirit of the Article 8(1) to allow every renewal to be taken into consideration for the purposes of the application of the rule contained in the article. The GC added that continuity must, in principle, be excluded in the situation where access to the role is subject to an external selection procedure, except if temporary staff member has already exercised that role.

<sup>5</sup> For example, rejecting the CST's proposals, the GC clarified the nature of the duty of care of the administration to temporary staff members with indefinite and fixed period contracts and contract staff having fixed period contracts. In *Schuerings* (GC, judgement of 4 December 2013, Case T-107/11 P, *ETF v. Schuerings*), the GC judged that in the case of termination of an indefinite period contract of temporary staff, the duty of care does not require an institution to ascertain, before deciding to terminate the contract, whether the agent might not be redeployed to another post (CST, judgment of 9 December 2010, Case F-87/08, *Schuerings v. ETF*). Indeed, the duty of care requires the administration only to take into consideration all the factors which may affect its decision, that is to say, the interest of the service and that of the servant concerned. In *Macchia* (GC, judgment of 21 May 2014, Case T-368/12 P, *Commission v. Macchia*), the GC applied the same principle established in *Schuerings* to the relation between the administration and a temporary staff member having a fixed period contract in the case in which the latter asks for the renewal of his contract. The GC departed from the CST's decision (CST, judgment of 13 June 2012, Case F-63/11, *Macchia v. Commission*) and stated that the duty of care does not require the administration first to consider the possibility of redeploying the staff member concerned to another post before deciding not to renew his temporary staff contract. Finally, in *D'agostino*, even if the GC recognized that the duty of care must be applied also to contract staff and not only to temporary staff as raised by the Commission, it rejected, once again, the CST's proposal according to which the duty of care would require the administration to ascertain whether the agent might not be redeployed to another post before deciding to terminate the contract. For a comment on that case-law, see, J. SVENNINGSEN, K. KOURI, *Actualité et jurisprudence récente (2013-2014) du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (« TFP »)*, in *Revista română de drept european*, 2015, p. 83 ff.

In order to better understand the importance of this topic, firstly, it is appropriate to examine Articles 90 and 91 of the Staff Regulations governing the pre-litigation procedure and the conditions of admissibility of the civil servants' applications before EU judges; secondly, it is necessary to analyse the rule of correspondence between the complaint and the application established by the Court of Justice (CJ) at the beginning of the 1970's; thirdly, it is essential to focus on the rulings rendered by the GC acting as an appeal judge in which it has been called upon to decide to uphold or reject a proposal made by the CST in order to modify the conditions of admissibility of EU civil servants' applications. At the end of this article a short conclusion follows summing up the role of the GC in this field.

2. Civil servants' proceedings before the EU judge have some specific features<sup>6</sup>. Those specific features may be found also prior to lodging an application before the GC. Indeed, Article 90(1) and (2) of the Staff Regulation provides for a pre-litigation procedure<sup>7</sup>. This article states that any person<sup>8</sup> to whom Staff Regulations apply may submit to the Appointing Authority (AA)<sup>9</sup>, a request that it take a decision relating to him. The AA has four months from the date on which the request was made to reply and, if at the end of that period, no reply to the request has been

<sup>6</sup> For instance, amiable settlement of disputes between civil servants and administration is possible before the judge during the proceedings. On the amiable settlement, see G. VANDERSANDEN, *Le contentieux de la fonction publique de l'Union européenne: décision judiciaire ou règlement amiable?*, in *Cahier de droit européen*, 2010, p. 569; S. GERVASONI, *Le règlement amiable des litiges et les principes du procès administratif: questions/réponses sur les cinq premières années d'activité du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*, in *Revue universelle des droits de l'homme*, 2011, p. 66; H. KREPPPEL, *Sur l'opportunité pour le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne de disposer, à l'intention des parties, d'un guide pratique en matière de règlement amiable des litiges*, *ivi*, p. 75; S. VAN RAEPENBUSCH, *Quelques réflexions sur le règlement amiable des litiges portés devant le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2013/2, p. 291; J. PILORGE-VRANCKEN, *Le règlement amiable des litiges*, in *Le droit de la fonction publique de l'Union européenne*, Bruxelles, 2017, p. 309 ff. On the rules governing the amiable settlement before the GC, see, R. SCHIANO, J. TOMAC, *125bis-quinquies RP Trib.*, in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *supra* footnote 1, p. 1256 ff. For more in general on proceedings brought by EU civil servants, see J. CURRAL, *Particularities of the Procedure before the Civil Service Tribunal*, in *ERA Forum*, 2012, p. 636 ff.; K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU Procedural Law*, Oxford, 2014, p. 665 ff.

<sup>7</sup> On the EU civil servants pre-litigation procedure see G. VANDERSANDEN, *Pour une réforme de la procédure préalable dans le contentieux de la fonction publique communautaire*, in C. BAUDENBACHER, C. GULMANN, K. LENAERTS, E. COULON, E. BARBIER DE LA SERRE (dirs.), *Liber Amicorum en l'honneur de Bo Vesterdorf*, Brussels, 2007, p. 295; *Id.*, *La procédure et les voies de recours*, in I. GOVAERE, G. VANDERSANDEN (dirs.), *La fonction publique communautaire. Nouvelles règles et développements contentieux*, Bruxelles, 2008, p. 111 ff.; S. DALLE-CRODE, *Le fonctionnaire communautaire. Droits, obligations et régime disciplinaire*, Bruxelles, 2008, pp. 576-583 and p. 592; M. F. ORZAN, *La phase précontentieuse dans le domaine de la fonction publique européenne, à la lumière de la récente jurisprudence du Tribunal de l'Union européenne*, in *Revue des affaires européennes*, 2014, p. 581; M. CASADO GARCÍA-HIRSCFELD, *Función pública de la Unión Europea: (auto) regulación institucional*, Madrid, 2015, pp. 265-279; J. PILORGE-VRANCKEN, *Les voies de recours administratives ouvertes au fonctionnaire*, *supra* footnote 6, p. 275 ff.

<sup>8</sup> The expression "any person" must be interpreted widely. Indeed, not only officials and other servants may lodge a claim before EU judges after the expiration of the pre-litigation procedures but also members of their family indicated in Article 73 of Staff Regulations, their successors and candidates in a competition.

<sup>9</sup> It is useful to recall that for officials the appropriate authority is the AA, whereas for the staff covered by CEOS it is the Authority Empowered to Conclude Contracts of Employment (AECC).

received, this shall be deemed to constitute an implied decision rejecting it<sup>10</sup>. Both in the case of an expressed decision and an implied one, the civil servant may lodge a complaint within three months before the AA<sup>11</sup> that, within four months from the date on which the complaint is lodged, notifies its reasoned decision to the person concerned. Also in this case, if after the expiration of four months, the AA does not notify an express decision, this shall be deemed to constitute an implied decision rejecting it<sup>12</sup>. Both in case of express rejection or implied rejection, the person concerned may lodge an application before the GC.

The relevance of this pre-litigation procedure may be understood taking into account that Article 91 of the Staff Regulations, which provides the procedure that must be followed by a person concerned by the Staff Regulations to bring a claim before the EU judges, states that this claim is admissible whether the AA has previously had a complaint submitted to it pursuant to Article 90(2) of the Staff Regulations within the period prescribed and the complaint has been rejected by express decision or by implied decision. It means that, in principle, any application lodged without having respected the rules provided for in the Staff Regulations concerning the exhausting of the pre-litigation procedure must be judged inadmissible. There is, however, one legal as well as some case-law exceptions to this rule.

Concerning the legal exception to the exhaustion of the pre-litigation procedure, Article 91(4) of the Staff Regulations, provides by way of derogation from Article 90(2), that the person concerned may, after submitting a complaint to the AA, immediately file an appeal with the GC, if such appeal is accompanied by an application either for a stay of execution of the contested act or for the adoption of interim measures<sup>13</sup>. In this case, the proceedings in the principal action before the GC is suspended until such time as an express or implied decision rejecting the complaint is taken.

<sup>10</sup> It is worth pointing out that in practice AA may autonomously adopt a decision without a prior request of an official or another servant. In this case, the civil servant who does not agree with the decision can directly lodge a complaint against the administration's decision.

<sup>11</sup> In the case-law, a substantial approach prevails rather than a formal one on the nature of the complaint. Indeed, the judge stated that a complaint does not need to take any particular form and it is sufficient that it clearly and precisely manifests the applicant's intention to challenge a decision taken concerning him (CJ, judgment of 31 May 1988, Case 167/86, *Rousseau v. Court of Auditors*, para. 8). Nevertheless, a letter sent to a Head of Unit that is not the AA cannot be considered as a complaint (CST, order of 22 June 2015, Case F-139/14, *van Oudenaarden v. Parliament*, para. 27). Moreover, a request made by telephone cannot be considered a formal request within the meaning of Article 90(1) of Staff Regulations (GC, judgment of 3 April 1990, Case T-135/89, *Pfloeschner v. Commission*, para. 16). Even if this case-law concerns a request made according article 90(1) of Staff Regulations, it seems applicable, by analogy, to the complaint.

<sup>12</sup> It is necessary to recall that according to Article 91(3) of Staff Regulations "where a complaint is rejected by express decision after being rejected by implied decision but before the period for lodging an appeal has expired, the period for lodging the appeal shall start to run afresh". This means that in a case where an express decision is adopted before the expiration of the period for lodging an appeal, the appeal starts to run afresh, whereas in a case where an express decision is adopted after the expiration of such period, the implied decision becomes definitive and thus if the appeal has not been lodged after the three months following the implied decision, it will be inadmissible. The case-law established that in a case where an express decision adopted in the period for lodging an appeal but notified late by the institution, the appeal starts to run afresh at the date of the notification (GC, order of 6 December 2004, Case T-55/02, *Finch v. Commission*, paragraphs 51 and 52).

<sup>13</sup> See M. F. ORZAN, Art. 39 St. e 156-160 RP Trib., in C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, P. IANNUCELLI, *supra* footnote 1, p. 193 and pp. 1318-1319.

Concerning case-law exceptions, the EU judges derogated on their own authority from that rule in case concerning decisions of competition selection boards<sup>14</sup> or staff reports<sup>15</sup>, in which the AA has no discretion in the context of such a complaint. Thus, that case-law was inspired by the fact that a complaint directed against a decision of a selection board or against a staff report would be meaningless, as the institution concerned has no power to annul or amend the decisions of a selection board or the appraisal of the assessors<sup>16</sup>. The EU judges also derogated from that rule in cases where there was a direct link between an action for annulment and an action for damages. In those cases, the EU judges held that an action for damages was admissible as being ancillary to the action for annulment, without necessarily having to be preceded by a request to the AA for compensation for the damage allegedly suffered and by a complaint challenging the correctness of the implied or express rejection of the request<sup>17</sup>.

Apart from this legal and those case-law exceptions, including the one analysed in paragraph 5, any application lodged without having respected the pre-litigation procedure will be considered inadmissible.

3. The reason for such a strict approach is found in the rule of correspondence between the complaint and the subsequent application, a judicial principle established by the CJ at the beginning of the 1970's. According to the CJ, for a plea to be admissible before the EU judges it must have already been raised in the pre-litigation procedure, so as to allow the AA to know in sufficient detail the criticisms made of the contested decision<sup>18</sup>. The rationale of the rule of correspondence is quite clear: the very purpose of the pre-litigation procedure is to allow for an amicable settlement of disputes arising between civil servants and the administration. Therefore, that purpose would be meaningless if a civil servant was allowed to raise before the judge a plea which had not been discussed during the pre-litigation procedure. Indeed, in that case, the administration would be a defendant before the EU judges without knowing the criticism made by the civil servant concerned during the pre-litigation procedure and, nor having had the possibility of trying to find an amicable settlement. Nevertheless, some years after the establishment of this rule, EU judges provided for its clarification, stating that even if an EU civil servant may not submit to the judge conclusions with a subject-matter other than those raised in the complaint or put forward heads of claim based on matters other than those relied on in the complaint, the submissions and arguments made to the judge in support of those heads of claim need not necessarily appear in the complaint, but must be closely linked to it<sup>19</sup>. Thus, it is already possible to conclude that the rule of correspondence between the complaint and the application has not been interpreted in a restrictive

---

<sup>14</sup> CJ, judgments of 14 June 1972, Case 44/71, *Marcato v. Commission*, para. 5 and 7 May 1986, Case 52/85, *Rihoux and Others v. Commission*, para. 9.

<sup>15</sup> CJ, judgments of 3 July 1980, Joined Cases 6/79 and 97/79, *Grassi v. Council*, para. 15 and 15 March 1989, Case 140/87, *Bevan v. Commission*, p. 701.

<sup>16</sup> Consequently, an "excessively restrictive interpretation of Article 91(2) of the Staff Regulations would merely result in a needless prolongation of the procedure" (CJ, Judgment of 16 March 1978, Case 7/77, *Ritter von Wüllerstorff und Urbair v. Commission*, para. 7.

<sup>17</sup> GC, judgment of 6 November 1997, Case T-15/96, *Liao v. Council*, para. 58.

<sup>18</sup> CJ, judgment of 1 July 1975, Case 58/75, *Sergy v. Commission*, para. 32.

<sup>19</sup> CJ, *Rihoux and Others* judgment, para. 13.

way by the EU judge. In the next paragraph other clarifications regarding this rule provided by the GC acting as an appeal judge will be examined.

4. As already stated, for 11 years the CST rendered several rulings in which it proposed to modify the conditions of admissibility of applications lodged by EU civil servants through the interpretation of the rule of correspondence. In *Mandt*<sup>20</sup>, *BG*<sup>21</sup>, *CR*<sup>22</sup> and *Cerafogli*<sup>23</sup> cases, the CST tried an even more flexible approach regarding the conditions of admissibility, whereas in *Missir Mamachi di Lusignano*<sup>24</sup> and *Rouffaud*<sup>25</sup> cases, its approach was quite restrictive. This section deals with the scrutiny of the GC acting as appeal judge in the *Mandt*, *Missir Mamachi di Lusignano* and *Rouffaud* rulings of the CST; in the next section the *Cerafogli* judgment is examined.

The *Mandt* judgment is the first ruling in the chain of time in which the CST proposed a relaxation of the conditions of admissibility in the EU civil servants' litigation. The applicant raised for the first time ever before the CST a plea alleging the substantive legality of a decision of the European Parliament (EP), the breach of legitimate expectations. The EP claimed that the plea was inadmissible as it breached the rule of correspondence. Indeed, the EP observed that during the pre-trial procedure, by taking issue in the complaint with the reason stated for its decision reducing the amount of the survivor's pension by 50%, which he received as the surviving spouse, namely that there was another surviving spouse, the applicant manifestly disputed a different plea of the substantive legality of the contested decision. As far as the EP, the rule of correspondence was not respected.

In that case, sitting as a Full Court, the CST justified the need for a more flexible interpretation of the requirement for correspondence between the complaint and the application on three grounds<sup>26</sup>. Firstly, the increasing importance of the principle of effective judicial protection, as a general principle of EU law, flowing from the constitutional principles common to the Member States and enshrined in Articles 6 and 13 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, signed in Rome on 4 November 1950, and Article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union<sup>27</sup>; secondly, compensation for the new financial risk imposed on civil servants wishing to bring proceedings before EU judges<sup>28</sup>; thirdly, the fact that both the evolution of administrative practice and the establishment of the fundamental right to an effective remedy before a court have progressively weakened

<sup>20</sup> CST, judgment of 1 July 2010, Case F-45/07, *Mandt v. Parliament*.

<sup>21</sup> CST, judgment of 17 July 2012, Case F-54/11, *BG v. European Ombudsman*.

<sup>22</sup> CST, judgment of 12 March 2014, Case F-128/12, *CR v. Parliament*, para. 32.

<sup>23</sup> CST, judgment of 18 September 2014, Case F-26/12, *Cerafogli v. ECB*.

<sup>24</sup> CST, judgment of 12 May 2011, Case F-50/09, *Missir Mamachi di Lusignano v. Commission*.

<sup>25</sup> CST, judgment of 11 April 2016, Case F-59/13, *Rouffaud v. EEAS*.

<sup>26</sup> For a comment on this judgment, see S. PAPPAS, *Case Law of the European Civil Service Tribunal: Re-starting or Continuation?*, available at [pappaslaw.eu](http://pappaslaw.eu).

<sup>27</sup> See *Mandt* judgment, para. 116.

<sup>28</sup> The CST judged that it was reasonable, and in the interest of the proper administration of justice, to alleviate the constraints placed on civil servants by allowing, in particular, their counsel not to confine himself to the criticisms made by civil servants who in most cases are not legal experts and, in any event, are not acting as legal experts, still less as practicing lawyers. See *Mandt* judgment, para. 117.

one of the main justifications for the correspondence rule stated in the case-law in the 1970's, namely facilitating the extrajudicial resolution of disputes.

In the light of this reasoning, the CST judged that the correspondence rule is not observed, only where the applicant who criticises in his complaint solely the formal validity of the act adversely affecting him, raises substantive pleas in the originating application, or on the contrary, where the applicant, after having disputed in the complaint only the substantive legality of the act adversely affecting him, submits an application containing pleas relating to the formal validity of that act, including its procedural aspects<sup>29</sup>. Therefore, the CST held that the rule of correspondence is respected when an applicant raises for the first time before the EU judges different pleas of the same nature<sup>30</sup>. The *Mandt* judgment was not challenged before the GC and the principle concerning the relaxation of the conditions of admissibility has been followed by the CST in subsequent rulings.

The first occasion the GC had to review CST's new approach was the *Moschonaki* case<sup>31</sup> and in its judgment, the GC did not uphold the CST's reasoning. At first instance, applying the principle established in *Mandt*, the CST judged that the rule of correspondence was respected in a case in which the breach of a notice of vacancy was raised in the complaint and in the application the violation of the Staff Regulations for the first time ever before the judge, as both the pleas concerned the substantive legality of the decision. The GC ruled that although the applicant raises pleas of the same nature before the EU judges, that is to say pleas concerning substantive legality of the decision, if those pleas are different, the rule of correspondence is not respected. Indeed, the GC held that the CST's reasoning would allow the civil servant to raise for the first time in the application pleas not discussed during the pre-litigation procedure and completely different from pleas disputed in the complaint. Thus, the GC concluded that for the rule of correspondence to be considered as respected, it is not sufficient that a civil servant raises different pleas of the same nature (substantive or procedural legality) before the judge; it is necessary that civil servant raises before EU judges the same pleas discussed during the pre-litigation procedure. Nevertheless, in the same judgment, recalling consistent case-law, the GC pointed out that, firstly, claims before the EU judges may contain only heads of claim based on the same matters as those raised in the complaint, although those heads of claim may be developed before the judges by the presentation of pleas in law and arguments which, whilst not necessarily appearing in the complaint, are closely linked to it<sup>32</sup>. Secondly, since the pre-litigation procedure is informal in character and those concerned are acting without the assistance of a lawyer at that stage, the administration must not interpret the complaints restrictively but must, on the contrary, examine them with an open mind<sup>33</sup>.

Even if the *Moschonaki* judgment has been considered orthodox and intransigent by some authors<sup>34</sup>, there are elements which militate in favour of a less critical under-

---

<sup>29</sup> *Ibidem*, para. 120.

<sup>30</sup> *Ibidem*, para. 122.

<sup>31</sup> GC, judgment of 25 October 2013, Case T-476/11 P, *Commission v. Moschonaki*.

<sup>32</sup> For example, CJ, judgment of 20 May 1987, Case 242/85, *Geist v. Commission*, para. 9.

<sup>33</sup> CJ, judgment of 23 April 2002, Case C-62/01 P, *Campogrande v. Commission*, para. 33.

<sup>34</sup> P. SINGER, *Concordance entre requête et réclamation: une porte à peine entrebâillée et déjà refermée!*, in *JurisNews. Fonction publique européenne*, Vol. 2, 1/2014, p. 24.

standing of this judgment<sup>35</sup>. Indeed, the GC did not simply recall the previous case-law, it also provided a new clarification. This stated that if, in the rejection of the complaint, for the first time, the administration explains the reasons why the complaint cannot be accepted or completes its first decision with new reasons not yet discussed, the claimant may, before the judges, raise the pleas against these reasons in derogation to the rule of correspondence<sup>36</sup>. Thus, the *Moschonaki* judgment cannot be considered as merely the judgment in which the GC set aside the CST's new approach, but also a ruling in which it provided clarification on the admissibility of certain arguments raised by the administration for the first time in the rejection of the complaint.

From this point of view, the judgment rendered in appeal<sup>37</sup> against the *BG* ruling is in some way complementary to the clarification established by the GC in *Moschonaki*. In that case, following the principle established in the *Mandt* judgment, the CST ruled that an application was admissible even if for the first time some pleas concerning the substantive legality were raised, given that in the complaint other substantive pleas were raised<sup>38</sup>. The GC, which in the meanwhile had ruled the *Moschonaki* case, set aside this judgment and clarified that although in *Moschonaki* it judged that a civil servant may challenge directly before the judge arguments that complete the decision of the administration, this derogation to the respect of the rule of correspondence cannot be applied in the case in which the arguments in the rejection of the complaint are neither a supplementary nor a modification of argument. Indeed, if the AA states reasons for its rejection with arguments which do not have any link with the first decision and the complaint, those arguments become a new decision against which a civil servant must lodge a supplementary complaint before the AA prior to bringing a claim before EU judges<sup>39</sup>. Even if this precision is quite clear from a theoretical point of view, specifically, a civil servant that has some doubts on the qualification of the arguments embodied in the AA's rejection should not only lodge an application before the GC but, as a precaution, file a supplementary complaint. Thus, if the GC considered this part of his application inadmissible, at a subsequent moment, he could lodge an application against the rejection of his supplementary complaint.

As already stated, during its 11 years of activity, the CST did not merely propose the relaxation of the conditions of admissibility. Indeed, in some cases, the CST had quite a restrictive approach. This was challenged before the GC, which that set aside some of the CST's decisions, thus establishing more favorable conditions for EU civil servants.

In the *Missir Mamachi di Lusignano* case, the CST considered inadmissible the application for reparation for non-material damage lodged by the applicant, Livio Missir Mamachi di Lusignano<sup>40</sup>, acting on his own behalf and as the legal representative of the heirs of Alessandro Missir Mamachi di Lusignano because of the non-

<sup>35</sup> M. F. ORZAN, *La phase précontentieuse*, *supra* footnote 7, p. 585.

<sup>36</sup> GC, *Moschonaki* judgment, para. 86.

<sup>37</sup> GC, judgment of 22 May 2014, Case T-406/12 P, *BG v. European Ombudsman*.

<sup>38</sup> CST, *BG* judgment, para. 57.

<sup>39</sup> GC, *BG* judgment, paragraphs 41 and 42.

<sup>40</sup> Livio Missir Mamachi di Lusignano was the father of Alessandro Missir Mamachi di Lusignano. Alessandro Missir Mamachi di Lusignano and his wife were killed by a burglar in the house rented for them by the Commission in Rabat, where he was appointed as a political and diplomatic counsellor. Livio Missir Mamachi di Lusignano lodged an application for material and non-material damages. In particular, concerning the non-material damage, Livio Missir Mamachi di Lusignano asked for the

respect of the rule of correspondence. In particular, regarding the non-material damage of Alessandro Missir Mamachi di Lusignano and his four heirs, the CST applied the rule of correspondence between the complaint and the application to the request for compensation and the complaint against the decision rejecting that request, excluding that the relaxation proposed in *Mandt* could be applied. Indeed, according to the CST, a more flexible approach to the application of the rule of correspondence was limited to actions for annulment and could not be extended to actions for damages<sup>41</sup>. After having established this principle, the CST judged that in the request the applicant sought only reparation for material damage and did not raise the heads of non-material damage. As a consequence, the CST considered the application inadmissible.

In the appeal<sup>42</sup>, the GC set aside CST's approach, pointing out that principles governing the rule of correspondence between the complaint and the application, and the flexibility it permits, can also be applied by analogy to the rule of correspondence between the request and the complaint, specific to actions seeking only compensation<sup>43</sup>. Thus, the GC recalled the *Meskens* and *Sergy* cases, which concerned actions relating only to damages, to underline that not only actions for annulment could benefit from the flexibility allowed by the rule of correspondence. This ruling quite clearly shows that in this case, it was not the CST, but the GC that widened the conditions of admissibility of applications lodged by EU civil servants.

Finally, in the *Rouffaud* case, the CST rejected as inadmissible the action of the applicant because in the complaint the latter asked for the requalification of his contract as an auxiliary servant to that of a temporary servant, whereas in the application he requested the annulment of the AA's decision and requalification of his fixed period as an auxiliary to an indefinite period contract<sup>44</sup>.

In the appeal, as in *Missir Mamachi di Lusignano* case, the GC rejected the CST's approach as being contrary to some previous rulings in which it had been stated that, on one hand, the complaint must be read in the light of the request and, on the other hand, the silence in the complaint of an argument raised during the pre-litigation procedure cannot be considered as a breach of the rule of correspondence<sup>45</sup>.

---

reparation of damages suffered by himself as father of the victim, by Alessandro Missir Mamachi di Lusignano before his death and by his four heirs.

<sup>41</sup> CST, *Missir Mamachi di Lusignano* judgment, paragraphs 16-34.

<sup>42</sup> The judgment rendered by the GC was reexamined by the CJ and annulled in the part in which the GC declared itself to have jurisdiction at first instance on the application for reparation for non-material damage lodged by Livio Missir Mamachi di Lusignano acting on his own behalf and as the legal representative of the heirs of Alessandro Missir Mamachi di Lusignano (CJ, judgment of 10 September 2015, C-417/14 RX-II, *Missir Mamachi di Lusignano v. Commission*, paragraphs 29-53). See, on that point, F. CLAUSEN, *De la répartition des compétences entre le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique: entre ordre public et discrétion du juge*, in *Revue des affaires européennes*, 2014 p. 613 ff. and P. SINGER, *La trop longue errance judiciaire d'une famille tragiquement endeuillée*, in *JurisNews. Fonction publique européenne*, Vol. 4, 2-3/2016, p. 60 ff.). Nevertheless, the CJ upheld the part of the judgment in which the GC set aside the CST's restrictive approach on the application regarding the non-material damage lodged by Livio Missir Mamachi di Lusignano in the interest of his son Alessandro and declared that application admissible (GC, *Missir Mamachi di Lusignano* judgment, paragraphs 85-99 and 104-112).

<sup>43</sup> GC, *Missir Mamachi di Lusignano* judgment, para. 97.

<sup>44</sup> CST, *Rouffaud* judgment, paragraphs 14 and 15.

<sup>45</sup> GC, judgment of 15 July 2015, Case T-457/14 P, *Rouffaud v. EEAS*, paragraphs 31 and 35.

5. *CR* and *Cerafogli* are the last two judgments in which the CST proposed a relaxation of the conditions of admissibility of applications lodged by EU civil servants. However, unlike the *Mandt* and *Moschonaki* rulings examined in the previous paragraph, the CST did not merely propose a more flexible interpretation of the rule of correspondence, but a derogation to that rule, in addition to those analysed in paragraph 2.

Indeed, in those cases, departing from its previous case-law<sup>46</sup>, confirmed by the GC<sup>47</sup>, the CST judged that the rule of correspondence between the complaint and the application must not be applied to a plea of illegality, which may then be raised for the first time before EU judges<sup>48</sup>. Following introductory remarks<sup>49</sup>, the CST justified this reversal on four grounds. Firstly, the principle that acts adopted by EU institutions are presumed lawful means that the administration cannot choose to disapply a general measure in force which in its view infringes a higher-ranking rule of law<sup>50</sup>; secondly, the very nature of a plea of illegality is to reconcile the principle of legality and the principle of legal certainty<sup>51</sup>; thirdly, Article 277 TFEU provides for the possibility of challenging a measure of general application after the expiry of the period for bringing an action only in proceedings before the EU courts, so that such a plea cannot be fully effective in an administrative appeal procedure<sup>52</sup>; fourthly, the sanction of inadmissibility of a plea of illegality raised for the first time in the application constitutes a limitation of the right to effective judicial protection which is not proportionate to the aim pursued by the rule of correspondence, namely to permit an amicable settlement of the disputes<sup>53</sup>.

Both judgments were challenged before the GC. In the *CR* case the appeal was rejected by order<sup>54</sup> without the CST's proposal being subject to review by the GC. In the *Cerafogli* case, sitting in Extended Composition, the GC upheld the reversal of its previous case-law, confirming the CST's reasoning concerning the aim of the plea of illegality<sup>55</sup>. Indeed, the GC ruled that the scheme of this incidental legal remedy justifies that a plea of illegality is declared admissible where it is raised for the first time before it, by derogation from the rule of correspondence between

<sup>46</sup> CST, judgment of 11 December 2008, Case F-136/06, *Reali v. Commission*, paragraphs 44-51.

<sup>47</sup> GC, judgment of 27 October 2010, *Reali v. Commission*, Case T-65/09 P, paragraphs 46-49.

<sup>48</sup> CST, *CR* judgment, para. 46 and CST, *Cerafogli* judgment, para. 54.

<sup>49</sup> CST, *CR* judgment, paragraphs 29-32, and CST, *Cerafogli* judgment, paragraphs 33-39.

<sup>50</sup> CST, *CR* judgment, paragraphs 33-37, and CST, *Cerafogli* judgment, paragraphs 40-43.

<sup>51</sup> CST, *CR* judgment, paragraphs 38 and 39, and CST, *Cerafogli* judgment, para. 44.

<sup>52</sup> CST, *CR* judgment, para. 40, and CST, *Cerafogli* judgment, para. 47.

<sup>53</sup> CST, *CR* judgment, paragraphs 41-45, and CST, *Cerafogli* judgment, para. 52.

<sup>54</sup> GC, order of 12 December 2014, Case T-342/14 P, *CR v. Parliament and Council*. It is worth pointing out that at first instance in the light of the case-law according to which correspondence between the administrative complaint and the legal action, on which the admissibility of that action depends, constitutes an issue of public policy, which may be raised by the court of its own motion, the CST raised of its own motion a plea of illegality that was not raised in any way whatsoever in the context of the pre-litigation procedure. On appeal, the GC rejected the application without taking a position on the CST's decision to raise of its own motion a plea of illegality. Given that the rule of correspondence concerns the admissibility of an application, which constitutes an issue of public policy, this could be implicitly interpreted as a sort of confirmation of the CST's approach. Indeed, if the GC had not agreed with the CST, it should have raised a plea of its own motion concerning the error in law committed by the CST. In this sense, see J. SVENNINGSEN, K. KOURI, *supra* footnote 5, p. 91.

<sup>55</sup> GC, judgment of 27 October 2016, Case T-787/14 P, *ECB v. Cerafogli*. For a comment, see M. F. ORZAN, *A New Derogation to the Admissibility of an Application in Staff Cases: The Cerafogli Judgment*, in *European Papers*, 2017, p. 1301 ff.

the application and the complaint. Further, the GC held that an institution could withdraw the act of general application of which it is the author. However, such a withdrawal does not amount to a finding of illegality, as that falls within the exclusive competence of the EU judges. In the light of those findings, the GC judged that the formal requirement of informing the institution, in the context of a complaint, of a plea of illegality of an act of general application, is contrary to the structure and purpose of the plea of illegality<sup>56</sup>. Since the reasons given in the judgment under appeal were sufficient to justify the admissibility of a plea of illegality raised for the first time before the CST by way of derogation from the rule of correspondence, the GC held that the other arguments advanced by the ECB were ineffective<sup>57</sup>.

Thus, *Cerafogli* is a very important ruling because in upholding the CST's proposal, EU judges established a derogation to the rule of correspondence, so that an EU civil servant may raise a plea of illegality for the first time before the GC.

6. Over the recent years, legal doctrine has often considered the CST as a jurisdiction charged with the development of EU civil servants' social and labour rights<sup>58</sup>. Thus, it is clear that this interpretation of the CST's role implies that when the GC did not uphold some of its proposals, this could be interpreted as a sort of rejection and return to the "conservatorism" of the GC regarding the development of those rights. Nevertheless, the analysis carried out in this article shows that this approach which reduces the relationship between the CST and the GC to a story or contraposition, at least as regards the application of the rule of correspondence, is not convincing. The judgments referred to in this article rendered by the CST show that it did not always propose the relaxation of the conditions of admissibility. In some cases, it proposed a quite restrictive interpretation of this rule and its exceptions. For its part, the GC, even if it rejected some openings made by the CST, as in *Mandt*, in other cases, as in *Missir Mamachi di Lusignano* or *Rouffaud*, annulled the CST's rulings and applied a more

<sup>56</sup> GC, *Cerafogli* judgment, para. 79.

<sup>57</sup> Nevertheless, it is worth underlining that concerning the CST's preliminary remarks justifying a reversal of CJEU case-law (see footnote 48), the remark based on the analogy with the *Koninklijke Grolsch* case (GC, judgment of 15 September 2011, Case T-234/07, *Koninklijke Grolsch v. Commission*) raises some doubts. In fact, the administrative procedure for infringement of competition law and the pre-litigation procedure are quite different. In the administrative procedure for infringement of competition law it is only the final decision adopted by the Commission that may be challenged before the EU judges. That is the reason why, the GC found that "[n]o provision of EU law requires that during the administrative procedure the addressee of a statement of objections must contest the individual matters of fact or of law in it, failing which it will no longer be able to do so subsequently during the judicial proceedings" and as a consequence stated that precluding an undertaking from challenging matters of fact or of law before the EU judges would be a restriction contrary to the fundamental principles of the rule of law, of respect for the rights of the defence and the right to an effective remedy and of access to an impartial tribunal guaranteed by Article 47 of the Charter. On the contrary, even if civil servants are not obliged to raise a plea of illegality in the complaint, in principle, if they want to, they may. Thus, even if this ground of appeal was inoperative, the criticism of the ECB does appear to have some foundation.

<sup>58</sup> See, for instance, S. VAN RAEPENBUSCH, *L'apport jurisprudentiel du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne*, in I. GOVAERE, G. VANDERSANDEN (dirs.), *supra* footnote 7, p. 152, according to whom "la spécialisation du TFP devrait avoir pour conséquence de renforcer la dimension du droit du travail dans l'examen du contentieux de la fonction publique"; ID., *Le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, huit ans après sa création. Quelques réflexions parfois peu conformistes*, in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, II, Napoli, 2014, p. 1290 and P. GILLIAUX, *Des effets des directives sur les institutions de l'Union*, in *Journal de droit européen*, 2014, p. 325.

flexible approach to the rule of correspondence. Furthermore, although *Cerafogli* does not directly concern the application of the rule of correspondence, but rather a derogation of that rule, it is a relevant judgment in which the GC upheld the CST's reasoning and the opening of an important exception to the rule of correspondence.

Apart from *Cerafogli*, in which there is a real derogation to the rule of correspondence founded on the division of jurisdiction between judges and administration, for the other rulings there is a silver thread that may explain the GC's position. In those judgments the GC recalled that the aim of the pre-litigation procedure is the amicable settlement of disputes. This principle is fundamental for an understanding of the GC's approach. If the judge allowed the claimant to raise for the first time in the application pleas not discussed during the pre-litigation procedure and completely different from those disputed in the complaint, the pre-litigation would be worthless, because it would be impossible for the administration to reach an amicable settlement of disputes. That is the reason why the GC could not uphold the *Mandt* and *BG* cases. In those two cases, there was not a simple relaxation of the rule of correspondence but derogation to the aim of the pre-litigation procedure. On the contrary, in the *Missir Mamachi di Lusignano* and *Rouffaud* cases, given that some elements allowed judges to understand that during the pre-litigation procedure the administration had been aware of the criticisms raised by the applicant, considering that the aim of the pre-litigation procedure had been respected, the GC judged that the rule of correspondence was in fact respected.

All in all, the activity of the GC acting as an appeal judge, at least in the field of the conditions of admissibility of applications lodged by EU civil servants, clearly demonstrates that this Court tried to find a balance in relation to the CST's proposals to modify those conditions. Except for *Cerafogli*, this balance was achieved following the aim of the pre-litigation procedure, that is to say, the amicable settlement of disputes between servants and administration. In so doing, it seems correct to conclude that without departing from that aim and in accordance with EU case-law, the GC did extend the conditions of admissibility of EU civil servants' applications.

## Abstract

### The Role of the General Court's Appeal Chamber in the Definition of the Conditions of Admissibility of EU Civil Servants' Applications

The dissolution of the Civil Service Tribunal due to the 2016 reform of the Court of Justice of the European Union will lead to the disappearance of the General Court's (GC) Appeal Chamber. This provides the opportunity to develop some general remarks on the GC's activity acting as judge of appeal. In particular, this article focuses on the role of the GC's Appeal Chamber in the definition of the conditions of admissibility of applications lodged by EU civil servants. The analysis carried out shows that, without departing from the aim of the pre-litigation procedure, that is to say the amicable settlement of disputes, and in accordance with EU case-law, the GC did extend the conditions of admissibility of EU civil servants' applications.

Valentina Petralia\*

# Clausola di sovranità e tutela dei diritti umani nel sistema di Dublino

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Reciproca fiducia, clausola di sovranità e derogabilità dei criteri di Dublino. – 3. La clausola di sovranità nella proposta di regolamento Dublino IV: una nuova gerarchia nei criteri di Dublino.

1. A distanza di meno di tre anni dall'entrata in vigore del regolamento Dublino III che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale<sup>1</sup>, la Commissione europea ha presentato una proposta di modifica del predetto regolamento<sup>2</sup> (in prosieguo, la proposta di regolamento Dublino IV).

L'esigenza di procedere a un'ulteriore revisione del quadro normativo è stata determinata dalla strutturale pressione migratoria che, sul piano operativo, ha messo a dura prova la gestione dei confini esterni dell'Unione europea; sul piano politico, ha sottoposto a uno "stress test" i legami di reciproca fiducia, di lealtà e di solidarietà che dovrebbero essere sottesi ai rapporti tra gli Stati membri dell'Unione europea.

I giudici dell'Unione, promuovendo a principio generale dell'ordinamento europeo la fiducia reciproca tra gli Stati, hanno affermato che essa costituisce il fondamento del principio del mutuo riconoscimento il quale esige che nessuno Stato possa mettere in discussione "l'uniformità dello standard di tutela dei diritti

\* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Catania.

<sup>1</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento e del Consiglio, del 26 giugno 2013.

<sup>2</sup> Proposta di regolamento, del 4 maggio 2016, COM(2016)270 def. Per qualche preliminare considerazione sulla proposta si vedano G. CAGGIANO, *Prime riflessioni sulle proposte di riforma del sistema europeo comune d'asilo*, in *SIDIBlog*, 2016, [www.sidiblog.org](http://www.sidiblog.org); M. DI FILIPPO, *The Reform of the Dublin System and the First (Half) Move of the Commission*, *ivi*, 2016; C. HRUSCHKA, *Dublin is Dead! Long Live Dublin!*, in *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 2016, [eumigrationlawblog.eu](http://eumigrationlawblog.eu); F. MAIANI, *The Reform of the Dublin III Regulation*, 2016, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu); P. MORI, *La proposta di riforma del sistema europeo comune d'asilo: verso Dublino IV?*, 2016, rivista.eurojus.it/la-proposta-di-riforma-del-sistema-europeo-comune-dasilo-verso-dublino-iv; F. MUNARI, *The Perfect Storm on EU Asylum Law: The Need to Rethink the Dublin Regime*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 517 ss.; S. PEERS, *The Orbanisation of EU Asylum Law*, 6 maggio 2016, [eulawanalysis.blogspot.it](http://eulawanalysis.blogspot.it); J. POON, *The EU Commission on 'Dublin IV': Sufficient Safeguards for Asylum Claimants?*, 2016, [www.esil-sedi.eu](http://www.esil-sedi.eu); T. TUBAKOVIC, *A Dublin IV recast: A new and improved system?*, in *Egmont European Policy Brief*, 2017, n. 46, p. 1 ss.

fondamentali”<sup>3</sup> definito dall’ordinamento dell’Unione europea. Corollario del principio della fiducia reciproca è il divieto per gli Stati di verificare, l’uno verso l’altro, che siano effettivamente rispettate le libertà garantite dall’ordinamento europeo, tanto per quanto concerne la regolamentazione di situazioni interne tanto in riferimento a situazioni transfrontaliere, in quanto detto principio impone a ciascuno Stato di presumere che tutti gli altri rispettino i diritti fondamentali della persona e, quindi, siano da considerarsi Stati sicuri. Sulla base di tali presupposti sarebbe possibile realizzare il sistema europeo comune di asilo<sup>4</sup>, un meccanismo di garanzia collettiva fondato sul principio del Paese sicuro<sup>5</sup>.

Tale principio è stato messo in discussione nell’ambito del sistema di Dublino: in conseguenza dei massicci fenomeni migratori, si sono registrate situazioni di carenze sistemiche, o anche di violazioni individuali, nei sistemi di accoglienza di alcuni Stati membri, che hanno minato la presunzione di sicurezza di tali Stati e hanno aperto la strada alla possibilità di derogare ai criteri di determinazione dello Stato competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale (cosiddetti “criteri di Dublino”). Tali deroghe, ricavate dapprima sul piano giurisprudenziale<sup>6</sup> e poi trasfuse sul piano normativo<sup>7</sup>, hanno portato allo scontro che ha visto “rivali” le due Corti europee sul tema della tutela dei diritti della persona e della presunzione di sicurezza degli Stati membri dell’Unione europea.

Sebbene entrambe le Corti siano giunte ad affermare la relatività della presunzione di sicurezza degli Stati membri dell’Unione, per la Corte di giustizia tale presunzione (almeno fino alla recente sentenza resa sul caso *C.K. e a. c. Republika Slovenija*<sup>8</sup>) poteva essere superata solo in presenza di carenze sistemiche del sistema di accoglienza dello Stato competente all’esame della domanda di protezione internazionale<sup>9</sup>; secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo, invece, per il superamento di tale presunzione non è necessario che vi siano deficienze strutturali del sistema di accoglienza del Paese tali da costituire “a bar to all removals of asylum seekers to that country”, essendo sufficiente che possano essere sollevati dubbi sulle capacità del sistema con riferimento alla specifica situazione di un singolo richie-

<sup>3</sup> Tra le tante, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Meloni*, punto 63.

<sup>4</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 21 dicembre 2011, cause riunite C-411 e 493/10, *N.S. e a.*, punto 83.

<sup>5</sup> In virtù del quale l’individuo che abbandoni il proprio Paese a causa del rischio di subire persecuzioni ha il diritto di chiedere asilo al primo Stato sicuro con cui venga in contatto. Tale Paese ha l’obbligo di non respingerlo verso territori in cui la sua vita o la sua libertà potrebbero essere minacciate per motivi di razza, religione, cittadinanza, appartenenza a un gruppo sociale, opinioni politiche (art. 33, par. 1, Convenzione relativa allo *status* dei rifugiati del 18 luglio 1951). Sul principio del Paese sicuro si vedano, tra gli altri, G. BORCHELT, *The Safe Third Country Practice in the European Union*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 2002, p. 473 ss.; E. BENEDETTI, *Il diritto d’asilo e la protezione dei rifugiati nell’ordinamento comunitario dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, Padova, 2010, spec. pp. 133-135.

<sup>6</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 14 novembre 2013, causa C-4/11, *Puid*; del 10 dicembre 2013, causa C-394/12, *Abdullahi*; del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e a.*

<sup>7</sup> Gli esiti della giurisprudenza *N.S.* e l’obbligo per gli Stati di non trasferire un richiedente asilo verso uno Stato “critico” sono confluiti nell’art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III.

<sup>8</sup> Sentenza del 16 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU.

<sup>9</sup> Per la Corte di giustizia si rinvia alla giurisprudenza citata in nota 6.

dente asilo<sup>10</sup>. In questa prospettiva, la Corte di Strasburgo ha imposto allo Stato di invio l'obbligo di richiedere allo Stato di destinazione "une garanties individuelles"<sup>11</sup>.

In questo contesto si inserisce la necessità di rivedere i criteri di determinazione dello Stato competente all'esame della domanda di protezione internazionale. La Commissione europea ha presentato la proposta argomentando che gli "arrivi incontrollati su larga scala sottopongono a pressioni eccessive i sistemi di asilo degli Stati membri, conducendo a una crescente inosservanza delle regole" e, sebbene siano stati messi in atto i primi tentativi di fronteggiare la situazione, sono emerse "carenze più basilari nella concezione delle norme europee in materia di asilo, che ne minano l'efficacia e non permettono una ripartizione sostenibile delle responsabilità"<sup>12</sup>.

Di fronte a tale realtà, il regolamento Dublino III si sarebbe rivelato inadeguato in quanto esso non è stato concepito né per garantire una distribuzione sostenibile delle responsabilità nei confronti dei richiedenti in tutta l'Unione, né per far fronte a situazioni di pressione sproporzionata<sup>13</sup>. Pertanto, pochi Stati membri si trovano a gestire la stragrande maggioranza dei richiedenti asilo in arrivo nell'Unione<sup>14</sup>. Tenuto conto di ciò, uno degli obiettivi che la Commissione intende conseguire con la riforma del sistema sarebbe quello di correggere gli squilibri tra gli Stati nella gestione dei flussi migratori attraverso un sistema di ripartizione delle responsabilità fondato sul principio di solidarietà. Si tratta di un meccanismo correttivo di assegnazione dei richiedenti asilo che andrebbe a sostituirsi agli interventi di ricollocazione già messi in atto<sup>15</sup> o in fase di studio<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> In tal senso v. Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2015, A.S. c. *Svizzera*. Nello stesso senso si vedano le pronunce del 21 gennaio 2011, M.S.S. c. *Belgio e Grecia*; del 2 aprile 2013, *Hussein e a. c. Paesi Bassi*; del 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Svizzera*; del 5 febbraio 2015, A.M.E. c. *Paesi Bassi*; del 14 febbraio 2016, *Amadou c. Grecia*. In dottrina si vedano, tra i tanti, A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement alla luce di alcuni recenti pronunzie della Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 41 ss.; L. MAGI, *Protezione dei richiedenti asilo 'par ricochet' o protezione 'par moitié'?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2011, p. 824 ss.; E. REBASTI, *Corte europea dei diritti umani e sistema comune europeo in materia di asilo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 343 ss.; F. VASSALLO PALEOLOGO, *L'Italia non è un paese sicuro per richiedenti asilo*, 2013, [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); P. MORI, *Profili problematici dell'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale in Italia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2014, p. 127 ss.

<sup>11</sup> Sentenza *Tarakhel c. Svizzera*, par. 122.

<sup>12</sup> Proposta di regolamento Dublino IV, p. 2.

<sup>13</sup> *Ivi*, pp. 3 e 9.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 3.

<sup>15</sup> Ai sensi dell'art. 78, par. 3, TFUE, il Consiglio può adottare misure temporanee a beneficio di uno o più Stati membri che debbano affrontare un afflusso improvviso di cittadini di Paesi terzi. Sulla base di tale norma sono state adottate a favore di Italia e Grecia le decisioni del Consiglio 2015/1523/UE del 14 settembre 2015, e 2015/1601/UE del 22 settembre 2015. Il regolamento Dublino III prevede inoltre la possibilità che venga attivato un meccanismo di gestione delle crisi quando il funzionamento del sistema di Dublino possa essere ostacolato dal rischio di speciale pressione sul sistema di asilo di uno Stato membro (art. 33).

<sup>16</sup> Si fa riferimento alla proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un meccanismo di ricollocazione di crisi, del 9 settembre 2015, COM(2015)450 def. Con tale proposta la Commissione ha chiesto di istituire un meccanismo di ricollocazione di crisi per gestire le situazioni critiche nel settore dell'asilo tendente al reinsediamento delle persone bisognose di protezione in uno Stato diverso da quello che sarebbe competente a conoscere della domanda di protezione, da attivare qualora uno Stato membro si trovi ad affrontare una "estrema pressione esercitata da un afflusso massiccio e sproporzionato di cittadini di paesi terzi o apolidi".

Già prima della presentazione della proposta, in dottrina era stato rilevato che “la tendenza del compromesso in atto [fosse] quella di alleggerire l’onere dei Paesi frontalieri dell’Unione senza modificare sostanzialmente il funzionamento del sistema di ‘Dublino III’, *in primis* il criterio della competenza del Paese di primo ingresso”<sup>17</sup>. Nel far ciò, si sarebbe fatto ricorso al principio di solidarietà, sebbene nella prassi si sia evidenziata la difficoltà di attuazione di tale principio<sup>18</sup>.

Il nuovo meccanismo correttivo andrebbe a inserirsi nella logica generale del sistema: determinare in modo efficiente ed efficace un solo Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale.

Sotto questa luce va letta una delle modifiche proposte che se potrebbe apparire, *prima facie*, di secondario rilievo, ad un più attento esame si risolve in una riforma radicale del sistema. Si fa riferimento al regime delle clausole discrezionali e, in particolare, alla cosiddetta clausola di sovranità.

Nell’attuale regime normativo, ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel regolamento Dublino III. Tale decisione ha natura discrezionale e – conseguentemente – non è sottoposta al ricorrere di alcuna condizione. Lo Stato che esercita tale facoltà diventa lo Stato membro competente per l’esame della domanda e assume gli obblighi connessi a tale competenza<sup>19</sup>.

Secondo la Commissione europea, “[i]l fatto che uno Stato membro assuma la competenza per l’esame di una domanda presentatagli laddove tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti dal (...) regolamento [Dublino III] può compromettere l’efficacia e la sostenibilità del sistema e dovrebbe costituire un’eccezione”<sup>20</sup>. Pertanto è stato proposto di limitare la facoltà degli Stati di attivare la clausola di sovranità. Il ricorso ad essa dovrebbe essere possibile solo al ricorrere di due condizioni: a) nessuno Stato membro è stato determinato come competente, in applicazione dei criteri stabiliti nel regolamento; b) la domanda presentata dal cittadino di un Paese terzo o da un apolide deve essere basata su motivi familiari relativi a membri della famiglia allargata non contemplati tra i familiari individuati all’art. 2, lett. g) della proposta<sup>21</sup>.

In questo modo, la clausola verrebbe asservita al soddisfacimento di motivi umanitari e caritatevoli e, in particolare, di ragioni familiari, per consentire il ricongiungimento di familiari, parenti o persone legate da altri vincoli di parentela laddove tali legami non siano rilevanti al fine di radicare la competenza in capo a uno Stato sulla base degli altri criteri gerarchici del regolamento che fanno leva proprio sui legami familiari.

<sup>17</sup> G. CAGGIANO, *Alla ricerca di un nuovo equilibrio istituzionale per la gestione degli esodi di massa: dinamiche intergovernative, condivisione delle responsabilità fra gli Stati membri e tutela dei diritti degli individui*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2015, p. 486.

<sup>18</sup> In argomento G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo*, *ivi*, 2016, p. 221 ss.

<sup>19</sup> Art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III.

<sup>20</sup> 21° ‘considerando’ della proposta di regolamento Dublino IV.

<sup>21</sup> Art. 19, par. 1, della proposta di regolamento Dublino IV.

Tale modifica, lungi dal costituire una mera limitazione all'esercizio della clausola di sovranità, determina un sovvertimento dei criteri di determinazione dello Stato competente, come meglio si vedrà nel prosieguo del discorso.

2. In via preliminare deve rilevarsi come l'attuale struttura del regolamento Dublino III si fonda sull'applicazione di una gerarchia di criteri di determinazione dello Stato competente a conoscere della domanda di protezione internazionale presentata dal cittadino di un Paese terzo o da un apolide<sup>22</sup>. Sulla base di tale meccanismo viene ripartita la responsabilità a conoscere delle domande di protezione internazionale tra gli Stati membri per giungere all'individuazione di un solo Stato competente ed evitare il fenomeno cosiddetto dell'*asylum shopping*<sup>23</sup>.

Allorquando, in applicazione di tali criteri, non sia possibile individuare lo Stato competente, si applica un criterio residuale sulla base del quale la competenza si incardina in capo al primo Stato nel quale è stata presentata la domanda di protezione internazionale<sup>24</sup>.

A fianco a tali criteri, l'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III (il cui contenuto ricalca il previgente art. 3, par. 2, del regolamento Dublino II<sup>25</sup>) prevede la possibilità per ciascuno Stato di assumere la responsabilità dell'esame di una domanda anche quando tale esame non gli compete in virtù dei criteri di Dublino. Si tratta della sopra richiamata clausola di sovranità.

L'operatività dei criteri di Dublino e della clausola di sovranità è condizionata dal principio della fiducia reciproca tra gli Stati e dalla presunzione di sicurezza degli stessi. Lo ha ricordato la Corte di giustizia: il sistema europeo comune di asilo "è stato concepito in un contesto che permette di supporre che l'insieme degli Stati partecipanti (...) rispetti i diritti fondamentali"<sup>26</sup> e nel quale è fatto divieto agli Stati di verificare nelle reciproche relazioni il rispetto di tali diritti<sup>27</sup>. "Una siffatta costruzione giuridica poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE"<sup>28</sup>.

In virtù di tali premesse, il regolamento Dublino III istituisce un meccanismo di asilo che presenta delle importanti differenze rispetto alla disciplina di diritto internazionale generale in materia di protezione internazionale della persona: secondo questa disciplina, l'individuo che abbandoni il proprio Paese a causa del rischio di subire persecuzioni ha il diritto di chiedere l'asilo politico al primo Stato sicuro con cui egli venga in contatto<sup>29</sup>. Tale Paese ha l'obbligo di non respingerlo verso terri-

---

<sup>22</sup> Art. 3, par. 1, del regolamento Dublino III.

<sup>23</sup> Fenomeno per il quale i richiedenti asilo presentano la domanda a più Stati al fine di aumentare le probabilità di ottenere da almeno uno Stato un provvedimento favorevole.

<sup>24</sup> Art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III.

<sup>25</sup> Regolamento (CE) n. 343/2003 del Consiglio, del 18 febbraio 2003.

<sup>26</sup> Sentenza *N.S. e a.*, punto 78.

<sup>27</sup> Parere della Corte di giustizia del 18 dicembre 2014, n. 2/13, punti 191-195.

<sup>28</sup> *Ivi*, punto 168.

<sup>29</sup> Così espressamente prevede, peraltro, l'art. 14, par. 1, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. In argomento G. BORCHELT, *op. cit.*, p. 473 ss.; R. PISILLO MAZZESCHI, *Il diritto di asilo 50 anni dopo la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, p. 694 ss.; F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non-refoulement dei richiedenti asilo*, in

tori nei quali la sua vita o la sua libertà potrebbero essere minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche<sup>30</sup>. Si tratterebbe di un obbligo che ormai ha assunto i caratteri di una norma internazionale consuetudinaria<sup>31</sup>, addirittura di *jus cogens*<sup>32</sup>. L'obbligo di *non refoulement* si limiterebbe a impedire allo Stato di rinviare la persona verso un Paese terzo non sicuro o, comunque, a evitare che essa venga dirottata da un Paese terzo sicuro verso un altro Paese non sicuro (cosiddetto *refoulement* indiretto), ma lo lascerebbe libero di trasferirla, invece, in uno Stato sicuro, in applicazione del principio del *safe country*.

Anche l'ordinamento dell'Unione europea si fonda sul principio del *safe country*<sup>33</sup>, ma l'applicazione pratica di questo principio risente delle caratteristiche proprie di tale ordinamento: posto che gli Stati membri sono vincolati al rispetto di un nucleo di valori ritenuti fondanti<sup>34</sup>, essi si accordano la reciproca fiducia e si considerano reciprocamente sicuri<sup>35</sup>. Conseguentemente, il "dirottamento" di un richiedente asilo da uno Stato dell'Unione a un altro, in applicazione dei criteri di Dublino, o l'esercizio della clausola di sovranità, non dovrebbe né integrare alcuna violazione del principio di *non refoulement*, costituendo un dato presupposto la condizione di sicurezza dello Stato di rinvio o dello Stato che avoca a sé l'esame della domanda; né determinare il rischio di trattamenti inumani e degradanti, atteso che tutti gli Stati membri dell'Unione sono Paesi sicuri<sup>36</sup>. Pertanto, da questo punto di vista, sarebbe indifferente quale sia lo Stato competente all'esame della domanda.

L'applicazione del criterio del *safe country* nei rapporti tra Stati che si considerano reciprocamente sicuri, tuttavia, non esclude del tutto il pericolo di *refoulement*. Lo ha dimostrato l'esperienza e ne ha preso atto la Corte di giustizia nel caso *N.S.*: "non si può escludere che [il sistema di accoglienza] incontri, in pratica, gravi difficoltà di funzionamento in un determinato Stato membro, cosicché sussiste un rischio serio che un richiedente asilo sia, in caso di trasferimento verso detto Stato mem-

---

*Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 487 ss.; F. LENZERINI, *Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 721 ss.; G. CELLAMARE, *In tema di controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo sull'operare del sistema c.d. di Dublino*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2015, p. 65 ss.

<sup>30</sup> Art. 33, par. 1, della Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati.

<sup>31</sup> In tal senso F. LENZERINI, *op. cit.*, p. 721 ss. e la dottrina *ivi* citata in nota 34. Cfr. anche G. S. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, 1996, spec. pp. 117-204.

<sup>32</sup> In argomento N. PARISI, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, in R. SICURELLA (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare*, Torino, 2012, p. 55 ss. e la dottrina e giurisprudenza *ivi* citate, spec. in nota 27.

<sup>33</sup> Sulle prassi del *safe country* nel sistema di asilo dell'Unione europea, si vedano G. BORCHELT, *op. cit.*, p. 473 ss.; C. COSTELLO, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, n. 7, p. 35 ss.

<sup>34</sup> Tale obbligo costituisce una condizione di adesione all'Unione (art. 49 TUE) e il fondamento della reciproca fiducia che gli Stati si accordano (articoli 2 e 7 TUE).

<sup>35</sup> Tale presunzione di sicurezza è sancita in maniera espressa nel Protocollo (n. 24) sull'asilo per i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea. La sua applicazione, per ragioni di coerenza, non può essere limitata ai casi in cui il richiedente asilo sia cittadino europeo.

<sup>36</sup> L'art. 3, par. 3, del regolamento Dublino III fa comunque salva la facoltà per gli Stati di inviare un richiedente in un Paese terzo sicuro. Si veda, da ultimo, la sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 2016, causa C-695/15 PPU, *Mirza*.

bro, trattato in modo incompatibile con i suoi diritti fondamentali”. In circostanze simili, “gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo ‘Stato membro competente’ ai sensi del [previgente] regolamento n. 343/2003 quando non possono ignorare che le carenze sistemiche<sup>37</sup> nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti”<sup>38</sup>.

In questo modo, la Corte di giustizia si è mossa nella direzione del progressivo superamento dell’assolutezza della presunzione di sicurezza degli Stati membri dell’Unione<sup>39</sup>.

Se la presunzione non è messa in discussione, la competenza all’esame della domanda di protezione internazionale viene imputata allo Stato individuato sulla base dei criteri di Dublino, verso il quale la persona deve essere rinviata. Va però precisato che l’applicazione dei criteri di determinazione del Paese competente residua da una preliminare decisione dello Stato di non avocare a sé la competenza per l’esame della domanda, ovvero di non esercitare la clausola di sovranità. In tal senso va letto l’art. 17, par. 1, co. 1, del regolamento Dublino III laddove stabilisce che in deroga ai criteri di Dublino “ciascuno Stato membro può decidere di esaminare una domanda di protezione internazionale presentata da un cittadino di un paese terzo o da un apolide, anche se tale esame non gli compete in base ai criteri stabiliti nel presente regolamento”. Come già anticipato, tale preliminare decisione è ampiamente discrezionale<sup>40</sup>. Inoltre essa è del tutto sganciata da una (eventuale ed eccezionale) situazione di crisi della fiducia reciproca nei confronti degli altri Stati (e in particolare di quello che sarebbe competente in virtù dei criteri di Dublino).

Quest’ultima precisazione ha una propria ragion d’essere: la Corte di giustizia è stata a più riprese chiamata a pronunciarsi sulla norma che disciplina la clausola di sovranità, al fine di stabilire se lo Stato tenuto a effettuare il trasferimento del richiedente asilo, qualora avesse accertato che lo Stato competente all’istruzione della domanda non rispettasse i diritti fondamentali, fosse vincolato a trattenere presso di sé l’esame della domanda di asilo in applicazione della predetta clausola<sup>41</sup>. Tale questione fu posta per la prima volta sotto il vigore del regolamento Dublino II, ovvero in un contesto normativo in cui non era ancora prevista la disposizione – oggi contenuta nell’art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III – a tenore della quale “[q]ualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano

---

<sup>37</sup> La Corte ha più volte escluso la rilevanza di violazioni “minime” al fine di impedire il trasferimento del richiedente asilo verso lo Stato competente autore delle violazioni. Sentenza *N.S. e a.*, punti 82-85.

<sup>38</sup> *Ivi*, punti 75, 81, 94, 96 e 99. Si vedano anche i punti 105-107.

<sup>39</sup> Sentenza *N.S. e a.* In argomento G. MORGESE, *Regolamento Dublino II e applicazione del principio di mutua fiducia tra Stati membri*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2012, p. 147 ss.; R. PALLADINO, *La ‘derogabilità’ del ‘sistema Dublino’ dell’UE nella sentenza Tarakhel della Corte europea*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2015, p. 226 ss.

<sup>40</sup> La discrezionalità dello Stato non è esente da limitazioni. Lo Stato non potrebbe avocare a sé la competenza quando tale decisione incida negativamente, ad esempio, sul diritto alla riunificazione del richiedente asilo con i propri familiari.

<sup>41</sup> Sentenza *N.S. e a.*

o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente”.

In assenza di un motivo ostativo di tal portata, come successivamente trasfuso sul piano normativo, la Corte di giustizia, superando l'idea che la presunzione di sicurezza degli Stati dovesse considerarsi assoluta, ha ricavato, in via interpretativa, l'obbligo dello Stato membro di non trasferire la persona verso lo Stato competente all'esame della domanda se nel territorio di quest'ultimo la persona avesse rischiato di subire violazioni dei propri diritti fondamentali. Tale obbligo è stato fatto discendere dal dovere di tutela dei diritti fondamentali della persona e in particolare dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione il quale “deve essere interpretato nel senso che gli Stati membri, compresi gli organi giurisdizionali nazionali, sono tenuti a non trasferire un richiedente asilo verso lo ‘Stato membro competente’ (...) quando non possono ignorare che le carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti asilo in tale Stato membro costituiscono motivi seri e comprovati di credere che il richiedente corra un rischio reale di subire trattamenti inumani o degradanti ai sensi di tale disposizione”<sup>42</sup>.

Secondo i giudici europei, l'impossibilità di trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro competente in base ai criteri di Dublino imponeva allo Stato che doveva effettuare tale trasferimento di proseguire l'esame dei criteri per identificare un altro Stato come competente a esaminare la domanda e, all'occorrenza, di “esaminare esso stesso la domanda conformemente alle modalità previste all'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003” (oggi sostituito dall'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III)<sup>43</sup>.

Con tale pronuncia, la Corte ha aggiunto, di fatto, al regolamento Dublino II un nuovo criterio di determinazione dello Stato competente che veniva in rilievo solo nel momento in cui nello Stato inizialmente designato si fosse rilevata una carenza sistemica nella tutela dei diritti fondamentali della persona: lo Stato che avrebbe dovuto trasferire la persona aveva l'obbligo di individuare un altro Stato competente in applicazione degli altri criteri di Dublino e, in via residuale, esaminare esso stesso la domanda.

Sebbene il giudice remittente, nel formulare il dubbio interpretativo, avesse chiamato in gioco la clausola di sovranità, la Corte ha ricavato il suddetto divieto di trasferimento dal dovere di tutela dei diritti fondamentali, e non della clausola di sovranità, che conservava la propria natura discrezionale. Come poi successivamente ribadito dai giudici europei, l'assoluta discrezionalità della clausola di sovranità implica, a rigor di logica, che nessuno Stato possa essere obbligato ad attivarla, nemmeno allorquando dovesse essere impossibile trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro inizialmente identificato come competente per essere sospettato di “non sicurezza”<sup>44</sup>.

In effetti, il richiamo dell'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino II nella sentenza *N.S.* poteva indurre a ritenere che i giudici europei avessero collegato la garanzia della tutela dei diritti umani alla clausola di sovranità, facendo discendere

<sup>42</sup> *Ivi*, punto 106.

<sup>43</sup> *Ivi*, punti 107-108.

<sup>44</sup> Sentenza *Puid*, punto 37.

da essa uno specifico obbligo<sup>45</sup>. A ben vedere, tuttavia, il riferimento residuale a tale clausola sembrerebbe essere funzionalmente deputato a definire (solo) le modalità procedurali che lo Stato doveva osservare nel momento in cui si assumeva (non per discrezione, ma in virtù di un obbligo discendente dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali) la responsabilità dell'esame della domanda.

In definitiva, la derogabilità dei criteri di Dublino veniva riconnessa al generale dovere di garantire i diritti fondamentali della persona come imposto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, nonché dall'obbligo di diritto internazionale generale di *non refoulement* e dalla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati che costituisce tutt'oggi "la pietra angolare della disciplina giuridica internazionale relativa alla protezione dei rifugiati"<sup>46</sup>. Non poteva, invece, farsi discendere dalla clausola di sovranità.

Tale ricostruzione ha trovato espressa conferma sul piano normativo: gli esiti della giurisprudenza *N.S.* e, in particolare, l'obbligo per gli Stati di non trasferire un richiedente asilo verso uno Stato "critico", sono confluiti in una norma assolutamente distinta da quella che attualmente disciplina la clausola di sovranità. Ne ha dato atto, da ultimo, l'Avvocato generale nelle proprie conclusioni rese nel caso *C.K. e a.*<sup>47</sup>.

Il regolamento Dublino III stabilisce, infatti, da una parte che "[q]ualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante ai sensi dell'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri di cui al capo III per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente" e "[q]ualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro designato in base ai criteri di cui al capo III o verso il primo Stato membro in cui la domanda è stata presentata, lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente"<sup>48</sup>. Dall'altra parte, lascia impregiudicata la facoltà degli Stati di esaminare una domanda di protezione internazionale anche se l'esame della stessa non gli compete<sup>49</sup>.

La questione si è riproposta nel contesto del nuovo regime normativo stabilito con il regolamento Dublino III. Alla Corte è stato richiesto di chiarire "[s]e la valutazione delle circostanze di cui all'articolo 3, paragrafo 2, del regolamento Dublino III [fosse]

---

<sup>45</sup> In tal senso M. MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II e clausola di sovranità*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2010, p. 452 ss.; ID., *Sistema di Dublino e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2014, p. 159 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I minori di età nel diritto dell'immigrazione*, in ID. (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza: discipline e orientamenti giurisprudenziali*, Santarcangelo di Romagna (RN), 2015, p. 137 ss.; L. M. RAVO, *La giurisprudenza N.S. e altri c. Regno Unito e il problema della solidarietà fra Stati membri in materia di asilo*, in S. AMADEO, F. SPITALERI (a cura di), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015, p. 245 ss.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010, cause riunite C-175, 176, 178 e 179/08, *Abdulla*, punto 52.

<sup>47</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Tanchev del 9 febbraio 2017, causa C-578/16 PPU, *C.K. e a.*, punto 44.

<sup>48</sup> Art. 3, par. 2, commi 2 e 3, del regolamento Dublino III.

<sup>49</sup> Contenuta nell'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III.

sufficiente a garantire l'osservanza delle disposizioni dell'articolo 4 e dell'articolo 19, paragrafo 2, della Carta [dei diritti fondamentali dell'Unione europea], in combinato disposto con l'articolo 3 della CEDU e con l'articolo 33 della Convenzione di Ginevra” e, per quel che rileva ai nostri fini, “[s]e dall'interpretazione dell'articolo 17, paragrafo 1, del regolamento Dublino III risulti che il ricorso alla clausola discrezionale da parte di uno Stato membro sia obbligatorio al fine di garantire un'effettiva tutela a fronte di una violazione del diritto sancito dall'articolo 4 della Carta (...) e osti al trasferimento del richiedente protezione internazionale verso lo Stato membro competente che abbia dichiarato la propria competenza in conformità a detto regolamento”<sup>50</sup>.

In sintesi, il giudice remittente ha domandato ai giudici europei se il divieto di trasferire il richiedente asilo verso lo Stato membro inizialmente designato come competente all'esame della domanda di protezione internazionale prenda corpo anche quando il rischio di violazione dell'art. 4 della Carta dipenda dalla situazione specifica del richiedente asilo e non sia, invece, connesso a carenze sistemiche dello Stato di destinazione, e se in tali ipotesi lo Stato di invio, al fine di tutelare la persona, debba assumersi la responsabilità della domanda attivando la clausola di sovranità.

Secondo l'Avvocato generale investito del procedimento una siffatta interpretazione sarebbe contraria alla stessa formulazione dell'art. 17, par. 1 del regolamento. Quest'ultima disposizione costituisce, come indicato nel titolo dell'articolo, una “clausola discrezionale”<sup>51</sup>. Nel sostenere tale posizione ha richiamato le sentenze della Corte di giustizia rese nei casi *N.S.*, *Puid* e *Halaf* dalle quali si evincerebbe che: a) l'impossibilità di trasferire un richiedente asilo verso lo Stato membro identificato inizialmente come competente non implica, di per sé, che lo Stato membro che procede alla determinazione dello Stato membro competente sia tenuto a esaminare esso stesso la domanda di asilo sul fondamento della clausola di sovranità, ma solo che si proceda con l'individuazione di un altro Stato in virtù degli altri criteri previsti<sup>52</sup>; conseguentemente, b) “nel caso in cui sia impossibile trasferire un richiedente, l'esame della domanda da parte dello Stato membro che doveva effettuare il trasferimento è una semplice ‘facoltà’”<sup>53</sup>; infine, c) l'art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III costituisce “una disposizione facoltativa che accorda un ampio potere discrezionale agli Stati membri”<sup>54</sup>. Solo quando non sia possibile individuare un altro Stato competente prende corpo l'obbligo per lo Stato di invio di esaminare esso stesso la domanda, ma tale obbligo non discende dalla clausola di sovranità, bensì dall'art. 3, par. 2, commi 2 e 3.

Infatti, come rilevato dalla Corte, la regola contenuta nell'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino II (oggi art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III) “non è soggett[a] a condizioni particolari”<sup>55</sup> ed “è stata introdotta al fine di consentire a ciascuno Stato membro di decidere in piena sovranità, in base a considerazioni di tipo politico, umanitario o pragmatico, di accettare l'esame di una domanda

<sup>50</sup> Sentenza *C.K. e a.*, punto 43, punti 2 e 3.

<sup>51</sup> Conclusioni *C.K. e a.*, punto 63.

<sup>52</sup> Sentenza *Puid*, punto 37.

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 novembre 2012, causa C-245/11, *K*, punto 27.

<sup>55</sup> Si rinvia, per tutte, alla sentenza del 30 maggio 2013, causa C-528/11, *Halaf*, punto 36.

d'asilo"<sup>56</sup>; “[p]ertanto, sarebbe paradossale far sì che l’applicazione di tale disposizione costituisca un obbligo per lo Stato membro interessato”<sup>57</sup>.

Sulla base di tali caratteristiche, la disposizione sarebbe stata qualificata come “clausola di sovranità”: “[u]nder the ‘sovereignty clause’ of Art. 17(1) DRIII, each Member State may examine any applications lodged with it, especially but not exclusively on human rights or compassionate grounds (recital 17 DRIII)”<sup>58</sup>.

In definitiva, secondo l’Avvocato generale, l’art. 17, par. 1, del regolamento Dublino III “non può essere interpretato nel senso che, qualora uno Stato membro sia tenuto a non trasferire un richiedente verso lo Stato membro competente, esso deve esaminare a sua volta la domanda di protezione internazionale presentatagli anche se tale esame non gli compete in forza dei criteri stabiliti in tale regolamento”<sup>59</sup>.

La Corte di giustizia, aderendo alla posizione dell’Avvocato generale e confermando la propria precedente giurisprudenza, ha statuito che “il trasferimento di un richiedente asilo nel contesto del regolamento n. 604/2013 può essere effettuato solo in condizioni in cui sia escluso che detto trasferimento comporti un rischio reale e acclarato che l’interessato subisca trattamenti inumani o degradanti”, ed ha altresì aggiunto che il divieto di trasferimento prende vigore anche se il rischio per la persona non discenda da carenze sistemiche dello Stato membro competente all’esame della domanda. Nell’ipotesi in cui non sia possibile procedere al trasferimento “spetta alle autorità dello Stato membro in parola sospendere l’esecuzione del trasferimento dell’interessato, e questo finché il suo stato gli renda possibile un trasferimento siffatto”. In tali circostanze, “lo Stato membro richiedente potrebbe scegliere di esaminare esso stesso la domanda di quest’ultimo facendo uso della ‘clausola discrezionale’ prevista dall’articolo 17, paragrafo 1, del regolamento n. 604/2013”. Tuttavia, tale disposizione, “lett[a] alla luce dell’articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, non può essere interpretat[a] nel senso che obbliga tale Stato membro, in circostanze come quelle oggetto della causa principale, ad applicare detta clausola”<sup>60</sup>.

Nel caso in esame, la Corte ha individuato solo un obbligo di sospensione del trasferimento e non anche l’obbligo di procedere all’individuazione di un altro Stato competente, come previsto dall’art. 3, par. 2 del regolamento. Ciò in quanto non veniva contestata né la presenza di carenze sistemiche nel sistema di accoglienza dello Stato, né la violazione dei diritti della persona nel singolo caso. Si faceva valere, invece, che il mero trasferimento, a motivo del delicato stato di salute del richiedente, avrebbe comportato conseguenze negative su di questo, pur a fronte della garanzia che nello Stato di destinazione la persona avrebbe usufruito di tutte le cure mediche necessarie. Pertanto il rischio di violazione dell’art. 4 dipendeva dal mero trasferimento e, conseguentemente, impediva di “dirottare” la persona verso qualunque altro Stato. L’esame della domanda da parte dello Stato tenuto a sospendere il trasferimento, in virtù della clausola di sovranità, rimarrebbe una mera facoltà.

---

<sup>56</sup> *Ivi*, punto 37.

<sup>57</sup> Conclusioni *C.K. e a.*, punto 65.

<sup>58</sup> F. MAIANI, *op. cit.*, p. 12. In argomento si vedano anche C. HRUSCHKA, F. MAIANI, *Dublino III Regulation (EU) No 604/2013*, in K. HAILBRONNER, D. THYM (eds.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, München, 2016, p. 1479 ss.

<sup>59</sup> Conclusioni *C.K. e a.*, punto 67.

<sup>60</sup> Sentenza *Halaf*, punto 37.

Sulla base del quadro normativo e giurisprudenziale esaminato, emerge che le ipotesi in cui si possa derogare all'applicazione dei criteri di Dublino per l'individuazione dello Stato competente per l'esame della domanda di protezione internazionale sarebbero riconducibili a due categorie. Anzitutto la derogabilità dei criteri di Dublino sarebbe connessa al generale dovere di garantire i diritti fondamentali della persona come imposto dalle Carte internazionali a tutela dei diritti umani, nonché dall'obbligo di diritto internazionale generale di *non refoulement* e dalla Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati. In secondo luogo, la derogabilità sarebbe rimessa a una scelta discrezionale dello Stato.

Il primo gruppo di ipotesi costituiscono situazioni collegate alla “crisi di fiducia tra gli Stati” nelle quali viene messa in discussione la presunzione di sicurezza dello Stato competente all'esame della domanda o, come si evince dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, a prescindere dall'esistenza di carenze sistemiche, vi sia il rischio che la persona nei cui confronti debba procedersi al trasferimento, in virtù delle sue specifiche condizioni, rischi di subire un trattamento inumano e degradante<sup>61</sup>.

Il secondo gruppo di deroghe, invece, non è connesso a situazioni di “crisi di fiducia” in cui vi sia il rischio di violazione dei diritti fondamentali della persona. La clausola di sovranità, pur essendo inserita in un contesto di reciproca fiducia, è del tutto “sganciata” dalla logica della crisi di fiducia tra gli Stati. Essa non è in alcun modo collegata a una situazione di sospettata “non sicurezza” dello Stato competente a conoscere della domanda di protezione internazionale: lo Stato può decidere di assumersi la responsabilità della domanda non per questioni inerenti la sicurezza (e quindi la fiducia nei confronti) del Paese che sarebbe competente in applicazione dei criteri di Dublino<sup>62</sup>.

**3.** Alla luce dell'attuale regime giuridico, la determinazione dello Stato competente all'esame di una domanda di protezione internazionale dipende anzitutto dalla scelta di esercitare o meno la clausola di sovranità che, in questa prospettiva, diviene il primo criterio del regolamento Dublino III. Solo nel caso in cui lo Stato al quale sia stata presentata la domanda di protezione internazionale decida di non procedere all'esame della stessa (ovvero di non attivare la clausola di sovranità) verranno in rilievo i criteri di Dublino, secondo l'ordine gerarchico stabilito dal regolamento<sup>63</sup>. Tuttavia tali criteri verranno derogati, in applicazione dell'art. 3, par. 2, in caso di rischio di violazioni ai diritti umani originate, vuoi da carenze sistemiche, vuoi da situazioni particolari.

Tale assetto rischia di essere sovvertito dalla proposta di regolamento Dublino IV. Da una parte, la Commissione ha confermato la norma contenuta nell'art. 3, par. 2, co. 2, del regolamento Dublino III, e, in generale, il regime di derogabilità dei criteri di Dublino per le ipotesi di rischio di violazioni dei diritti fondamentali

<sup>61</sup> Sentenza *C.K. e a.*, punto 73.

<sup>62</sup> In argomento si veda M. MARCHEGIANI, *Regolamento Dublino II*, cit., p. 452 ss.

<sup>63</sup> Elencati al Capo III del regolamento Dublino III. Se non dovesse essere possibile incardinare la competenza in funzione di tali criteri, si farà luogo all'applicazione del criterio residuale che incardina la competenza in capo allo Stato ove viene presentata per la prima volta la domanda (art. 3, par. 2, co. 1, del regolamento).

della persona in caso di carenze sistemiche<sup>64</sup>. Dall'altro lato, per quanto attiene alla clausola di sovranità, l'istituzione europea intende limitarne il ricorso da parte degli Stati<sup>65</sup>: essa dovrebbe poter essere attivata solo se nessuno Stato membro è stato determinato come competente e solo per motivi familiari relativi a membri della famiglia allargata non contemplati all'art. 2, lett. g).

In una prospettiva generale, tale limitazione è stata criticata in quanto essa solleverebbe problemi di compatibilità con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sulla base dell'idea che “the sovereignty clause is a key element of the Dublin system that allows Member States to renounce a transfer if it would breach fundamental rights” e che “experience shows that the protection afforded by the criteria to ‘family (...) covered by Art. 2(g)’ is precarious and fragmentary, and recourse to the sovereignty clause may be necessary to protect even nuclear family relations”<sup>66</sup>.

Benché sia auspicabile il mantenimento della clausola di sovranità nella sua attuale versione, tale ultima prospettiva, tuttavia, trascura che siffatta facoltà degli Stati, proprio in ragione della sua natura discrezionale, non dovrebbe essere collegata a situazioni di “crisi di fiducia” o di rischio di violazioni ai diritti della persona e non è preposta alla tutela dei diritti fondamentali, sebbene sia inserita in un contesto di tutela e contribuisca in maniera determinante a tale obiettivo. In quelle ipotesi verrebbe in rilievo il generale obbligo di protezione dei diritti fondamentali e la deroga ai criteri di Dublino troverebbe la propria base giuridica nell'art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III come interpretato dalla Corte di giustizia.

Sul piano delle motivazioni che hanno indotto la Commissione a intervenire sulla clausola in commento, esse ci paiono infondate. Invero, l'idea che la deroga ai criteri di determinazione dello Stato competente per l'esame di una domanda possa compromettere l'efficacia e la sostenibilità del sistema appare priva di fondamento sul piano empirico e discutibile sul piano teorico<sup>67</sup>. Il ricorso alle clausole discrezionali è stato molto poco frequente e non può dunque sostenersi che esso abbia avuto effetti sulla tenuta del sistema. D'altro canto, è improbabile che l'attivazione della clausola di sovranità abbia avuto o possa avere effetti negativi sulla gestione dei richiedenti asilo. Anzi, può sostenersi l'esatto contrario. Come risulta dagli *ECRE Comments on the Commission Proposal for a Dublin IV Regulation*<sup>68</sup>, molti Stati “have opted for a pragmatist approach by undertaking responsibility for examining the majority of asylum claims made on their territory”<sup>69</sup>. Si pensi alla politica seguita dallo Stato tedesco che ha manifestato una particolare disponibilità all'accoglienza dei profughi siriani: per mezzo di una circolare dell'Ufficio federale tedesco per l'immigrazione e i rifugiati ha dettato le linee-guida sul trattamento delle domande di protezione internazionale di siriani, presenti o in arrivo sul territorio tedesco, “secondo il proce-

---

<sup>64</sup> Potrebbero emergere incongruenze tra la proposta della Commissione di mantenere il riferimento alle carenze sistemiche (riferimento peraltro ripreso all'art. 28, par. 4, della proposta medesima) e la recente giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale ha escluso la necessaria ricorrenza di simili carenze ai fini della derogabilità dei criteri (sentenza *C.K. e a.*).

<sup>65</sup> Come si evince dal 21° ‘considerando’ della proposta di regolamento Dublino IV e dal suo art. 19 (che sostituirebbe l'attuale art. 17 del regolamento Dublino III).

<sup>66</sup> F. MAIANI, *op. cit.*, p. 40.

<sup>67</sup> *Ibidem*.

<sup>68</sup> EUROPEAN COUNCIL FOR REFUGEES AND EXILES, *Comments on the Commission Proposal for a Dublin IV Regulation*, October 2016, [www.ecre.org](http://www.ecre.org).

<sup>69</sup> *Ivi*, p. 18.

dimento nazionale di asilo invece che con quello previsto dal regolamento Dublino III”, tanto da far temere “[l]’abbandono del criticato sistema di Dublino”<sup>70</sup>.

Tale politica costituisce attivazione della clausola di sovranità<sup>71</sup>. “Removing that discretion would compel Member States to apply Dublin procedures liable to incur administrative resources and subject asylum seekers to unnecessary legal limbo, and therefore prove counter-intuitive to the very aim of efficiency targeted by the Commission proposal”<sup>72</sup>.

Inoltre, la clausola di sovranità tradurrebbe una tradizione costituzionale comune degli Stati di preservarsi il diritto di esaminare una domanda: “[l]egal and constitutional constraints are also raised by such a limitation. Under the 1951 Refugee Convention, as well as constitutional provisions in countries (...) states retain the sovereign right to examine an asylum application on the merits. It is precisely for this reason that the sovereignty clause has been part and parcel of the responsibility allocation system since the Dublin Convention. To ensure compliance with the right to asylum as enshrined in Article 18 of the Charter and as a general principle stemming from Member States’ common constitutional traditions, the Dublin Regulation must always permit Member States to derogate from the responsibility criteria where they deem it appropriate to undertake the examination of an asylum claim”<sup>73</sup>.

Sul piano politico, pertanto, l’eliminazione della clausola avrebbe l’effetto di incidere su una prerogativa degli Stati.

Sul piano tecnico, la modifica della clausola di sovranità modificherebbe l’ordine di applicazione dei criteri di Dublino. Allo stato attuale l’avocazione della competenza da parte dello Stato osterebbe all’applicazione dei criteri di determinazione dello Stato competente per l’esame della domanda e, in questo senso, costituirebbe una deroga in senso proprio ai predetti criteri. In altri termini, come già rilevato, il ricorso ai criteri di Dublino residua da una preliminare decisione dello Stato di non esercitare la clausola di sovranità.

Tale deroga opera in via preventiva e a prescindere dall’individuazione dello Stato che altrimenti sarebbe competente per l’esame della domanda. All’opposto, nel caso in cui lo Stato non faccia ricorso alla clausola di sovranità e trovino applicazione i criteri di Dublino, dopo che sarà stato individuato in concreto lo Stato competente potrebbe, ricorrendone i presupposti, prendere vigore la deroga prevista dall’art. 3, par. 2, del regolamento Dublino III.

Nella sua nuova veste, la clausola di sovranità, invece, dovrebbe costituire un criterio residuale: essa prenderebbe corpo soltanto se nessuno Stato membro è stato determinato come competente e solo per motivi familiari relativi a membri della famiglia allargata non contemplati all’art. 2, lett. g) della proposta. Ne deriva che essa dovrebbe entrare in gioco solo dopo che si sia proceduto alla determinazione dello Stato competente e non sia stato possibile individuare tale Stato.

In realtà, così come formulata, la disposizione avrebbe l’effetto non tanto di “declassare” la clausola di sovranità da criterio principale a criterio residuale, ma di rendere impraticabile la sua attivazione.

<sup>70</sup> G. CAGGIANO, *Alla ricerca*, cit., pp. 460-461.

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> EUROPEAN COUNCIL FOR REFUGEES AND EXILES, *op. cit.*, p. 18.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

Per comprendere tale affermazione bisogna prendere le mosse dalla prima condizione al ricorrere della quale sia possibile esercitare la clausola: nessuno Stato membro deve essere stato determinato come competente. Anzitutto questa si rivela una condizione irrealizzabile: l'applicazione dei criteri di Dublino, secondo l'ordine gerarchico stabilito, è deputata a determinare lo Stato competente e porta necessariamente all'individuazione di uno Stato. In assenza di altri criteri di collegamento, si applicherà il criterio residuale dello Stato nel quale sia stata presentata per la prima volta la domanda di protezione internazionale, previsto all'art. 3, par. 2, co. 1, del regolamento Dublino III (rispetto al quale la proposta della Commissione non propone alcuna modifica).

Anche a voler interpretare la disposizione nel senso che nessuno Stato membro debba essere stato individuato come competente sulla base dei criteri richiamati dall'art. 3, par. 1, e dunque ad esclusione del criterio residuale di cui all'art. 3, par. 2, co. 1, si verrebbe a determinare questa situazione: al posto del primo Stato in cui la domanda di protezione internazionale è stata presentata, la competenza potrebbe radicarsi in capo allo Stato che esercita la clausola di sovranità. Ma qual è lo Stato che esercita la clausola di sovranità se non quello che, in assenza di altri criteri, ha ricevuto per la prima volta la domanda del richiedente asilo? Detto in altri termini, lo Stato che potrebbe esercitare la clausola di sovranità sarebbe il medesimo Stato che avrebbe la competenza in virtù del criterio residuale. In virtù di tale ultimo criterio, la sua competenza sarebbe obbligatoria, pertanto non sarebbe né necessario, né tecnicamente possibile, il ricorso alla clausola di sovranità.

Così stando le cose, la nuova norma non troverebbe mai applicazione.

La formulazione della disposizione, sotto altro profilo, appare fuorviante. Essa esordisce configurando la clausola di sovranità come una deroga all'art. 3, par. 1, del regolamento. A ben vedere, lo Stato che voglia esercitare la clausola di sovranità dovrebbe prima escludere la competenza di altri Stati: in altri termini è chiamato anzitutto ad applicare i criteri di Dublino. Solo se dall'applicazione di tali criteri non sia possibile individuare lo Stato competente, può esercitare la clausola di sovranità. A rigor di logica, questa costruzione non può essere definita come una deroga, trattandosi soltanto di una facoltà residuale che, per come disegnata, non potrebbe sostituirsi agli altri criteri.

Semmai la deroga sarebbe configurabile rispetto all'art. 3, par. 2, del regolamento, ovvero rispetto al criterio residuale, ma come abbiamo visto, tale ultima norma e la clausola di sovranità porterebbero a incardinare la competenza sul medesimo Stato.

Per concludere, la nuova clausola di sovranità perderebbe la propria natura derogatoria e, soprattutto, si risolverebbe in una disposizione che non avrebbe alcun campo di applicazione.

Se, sul piano meramente tecnico, tali esiti sono sfuggiti agli operatori del settore, sul piano politico il Parlamento europeo si è apertamente "dissociato" dalla posizione della Commissione, suggerendo di mantenere integra la possibilità per lo Stato di derogare, in maniera del tutto discrezionale, ai criteri di Dublino e di esaminare la domanda di protezione internazionale<sup>74</sup>. Inoltre, in una visione più garantista per

<sup>74</sup> European Parliament, Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs, *Draft report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person*

la persona e al fine di scoraggiare i movimenti secondari, ha suggerito di inserire un nuovo comma nella disposizione che andrebbe a sostituire il vigente art. 17, par. 1 (art. 19, par. 1, della proposta) a tenore del quale “[a]n applicant for international protection may request the Member State in which the application was lodged to apply paragraph 1. Such a request shall be written and duly motivated”<sup>75</sup>.

Da quanto precede, appare dunque che non vi sia unanimità di vedute sul ruolo e sull’importanza della clausola di sovranità nell’ambito del sistema di Dublino. Se, da una parte, la Commissione intende limitarne l’uso, dall’altra il Parlamento europeo, con l’appoggio della dottrina, fa leva per incentivare il ricorso ad essa. Tale contrapposizione è da ricondursi all’opposizione di alcuni Stati membri a eventuali politiche nazionali di “apertura”, come quella seguita dalla Germania nell’estate del 2015 nei confronti dei siriani, che potrebbero funzionare come “‘magnete’ (*pull factor*) dei flussi migratori”<sup>76</sup>, e alla volontà di scoraggiare il procrastinarsi di un simile esodo<sup>77</sup>.

Non ci pare che ci siano valide ragioni per non aderire alla posizione sostenuta dal Parlamento europeo. D’altra parte, il ricorso alla clausola di sovranità si affiancherebbe bene alle forme di solidarietà tra Stati auspiccate dalla Commissione stessa<sup>78</sup>, risolvendosi in uno strumento facoltativo di ricollocamento della responsabilità tra gli Stati per l’esame delle domande di protezione internazionale che meglio si concilia con la tendenza della Commissione europea stessa a tradurre con strumenti operativi il principio di solidarietà sancito nei trattati di Unione.

## Abstract

### Sovereignty Clause and Protection of Human Rights in the Dublin System

A few years after the entry into force of the Regulation establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection (No. 604/2013) (Dublin III Regulation), the European Commission submitted the Dublin IV Regulation proposal. Moving from the current EU legal framework on asylum, this paper analyzes the role of the so-called sovereignty clause in Dublin III Regulation framework and the new limited role that this clause would take under the Dublin IV Regulation, and highlights how, on the one hand, the proposed provision governing that clause can have no field of application; on the other hand, the sovereignty clause is a key element of the Dublin system and does not undermine the effectiveness and sustainability of this system.

(*recast*), 24 febbraio 2017, COM(2016)0270 - C8-0173/2016 - 2016/0133(COD), Rapporteur Cecilia Wikström, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu), Amendment 64.

<sup>75</sup> *Ivi*, Amendments 66 e 35.

<sup>76</sup> G. CAGGIANO, *Alla ricerca*, cit., p. 461.

<sup>77</sup> In argomento si rinvia ancora a G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta*, cit., p. 221 ss.

<sup>78</sup> Vedi *supra* nota 18.

Antonio Marcacci\*

# Digitally-provided Financial Services under EU Law: Overcoming the Current Patchwork of Europeanized Private International Law and Sectorially-harmonized National Private Laws

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The FinTech revolution: when technology creates a new (cross-border) market and makes the law look older. – 3. Cross-border provision of financial services now: no codified EU contract law but a patchwork of EU-harmonized national rules and Europeanized Private International Law. – 4. A case-study: intra-EU cross-border provision of investment services. – 5. ...And then: the Commission's Green Paper on Retail Financial Services...rekindling the old dream of a pan-EU contract law? – 6. ... If so, on which basis? The embryo of an autonomous European (Regulatory) Contract Law. – 7. Conclusions.

1. At the end of the 1990s, the European Commission launched the then-considered forward-looking idea of a pan-European private law code merging national legal traditions – both civil and common – and, eventually, replacing them (horizontal approach). The project never became law, and, still today, cross-border transactions are governed by Rome I (contracts) and Rome II (liability claims) Regulations, namely a Europeanized Private International Law, with the EU law-maker paying most of its attention to harmonize sectors of national private laws (vertical approach).

However, the world has changed in the last couple of decades and technological development applied to business poses real challenges on the current legal architecture. FinTech is the best example: an umbrella term merging “finance” and “technology” where the provision of financial services is carried out via technological tools. Within this new context, the Commission seems to have partially retraced its steps and with the recent Green Paper on the Retail Financial Services<sup>1</sup> it looks determined to establish a legal level-playing-field for digital-based cross-border

\* Dottore di ricerca in Diritto (*Doctor of Laws*) dell'Istituto Universitario Europeo di Fiesole.

<sup>1</sup> Green Paper of the European Commission, of 10 December 2015, on retail financial services: Better products, more choice, and greater opportunities for consumers and businesses, COM(2015)630 final.

transactions in retail financial services. What the European Commission seems to have in mind is overcoming the current “patchwork”<sup>2</sup> of Europeanized Private International Law and sectorially – EU harmonized national laws with a pan-EU network of mandatory contract rules for digital provision of financial services.

Very interestingly, the strategy the EU Commission seems to have in mind – accessing financial services from anywhere in Europe, better information to customers, improving redress and quality of enforcement through out-of-court procedures, easing cross-border provision of products – reproduces some basic features of the European Regulatory Private Law theory, such as competitive and contractual transparency, standardization of contracts via information duties, elimination of market distortions, post-contractual cost-free or cost-reduced withdrawal and cancellation rights, and legal protection through Alternative Dispute Resolution mechanism (ADRs). It, thus, seems possible to assume that the EU Commission’s Green Paper is heralding the long-awaited great leap forward: the establishment of an autonomous legal framework for retail financial services, the embryo of a pan-EU contract law.

2. The word FinTech stands for “Financial Technology” and it is an umbrella term combining “finance” and “technology” and it conveys the clear idea of financial services and products provided through technological tools – basically over the internet<sup>3</sup>. The financial industry sector providing FinTech-based services has been growing dramatically in the last years – from less than one billion dollars in 2008 to 12 billion in 2014<sup>4</sup> – due to low-cost entry barriers and high-profit expectations.

FinTech firms can provide a wide array of services to both consumers and undertakings through new business models and technologies, such as peer-to-peer lending (which directly meets loan demand and supply on crowd-funding platforms)<sup>5</sup>, distributed ledgers (on which virtual currencies such as Bitcoin is based); mobile stock trading (securities trading executed on mobile devices)<sup>6</sup>, online advice for savings investment (which combines human and technological factors), money transfer tools and digital wallet payments (such as Apple Pay)<sup>7</sup>. Not all of them are new, out-of-the-blue services: the way they are provided is new though.

<sup>2</sup> The idea of a shift from a patchwork to a network in legal terms was originally employed by Paul Geller, see: P. GELLER, *From Patchwork to Network: Strategies for International Intellectual Property in Flux*, in *Duke Journal of Comparative & International Law*, 1998, p. 69-90.

<sup>3</sup> *Investopedia* gives the following definition of FinTech: “Fintech is a portmanteau of financial technology that describes an emerging financial services sector in the 21st century. Originally, the term applied to technology applied to the back-end of established consumer and trade financial institutions. Since the end of the first decade of the 21st century, the term has expanded to include any technological innovation in the financial sector, including innovations in financial literacy and education, retail banking, investment and even crypto-currencies like bitcoin”. INVESTOPEDIA, *Fintech Definition*, 2017, [www.investopedia.com](http://www.investopedia.com).

<sup>4</sup> THE ECONOMIST, *Slings and arrows*, May 9<sup>th</sup> 2015, [www.economist.com](http://www.economist.com).

<sup>5</sup> Crowd-funding is defined by the International Organization of Securities Commissions as “an umbrella term describing the use of small amounts of money, obtained from a large number of individuals or organizations, to fund a project, a business or personal loan, and other needs through an online web-based platform”. E. KIRBY, S. WÖRNER, *Crowd-funding: An infant industry growing fast*, in *Staff Working Paper of the IOSCO Research Department*, 2014, p. 4, [www.iosco.org](http://www.iosco.org).

<sup>6</sup> Trades are executed through an application to be downloaded on a cell phone which lets users buy and sell individual stocks. See: INVESTOPEDIA, *Mobile Trading*, 2017, [www.investopedia.com](http://www.investopedia.com).

<sup>7</sup> Apple Pay is a mobile payment and digital wallet service provided by Apple Inc. and powered by several iPhone devices. See [www.apple.com](http://www.apple.com).

Digitalization, as the evolution of current business models and services and the creation of new ones through digital technology<sup>8</sup>, is the new mantra. More and more European banking and financial institutions are very likely to leverage on FinTech to provide services previously offered only through traditional direct, frontal channels, with the purpose of reaching more and more clients throughout the entire European Union. In the short-mid run, a wise combination of innovation – internet-based – and tradition – face-to-face-based – is the direction banking and financial institutions are evidently willing to take. In the long run, physical location will be increasingly less important and firms would be in a position to compete anywhere in the EU, with the result of opening up competition at European level.

However, this new business model would pose challenges on the current EU legal framework governing financial services, in particular the provision of services on a cross-border basis: the more fragmented and non-uniform the legal landscape in the EU, the harder for EU financial firms to take full advantage of an already-existing (and growing) internet-based single market grounded on new technologies.

The European Commission is aware of the limits of the current legal framework when it comes to govern digitally-based transactions and its approach goes well beyond the financial services sector. In 2015, the Commission has even included the completion of the Digital Single Market in its ten political priorities and delineated a policy strategy based on fair competition and easy access for both undertakings and consumers.

Within this context, the Commission has recently issued the Green Paper on the Retail Financial Services<sup>9</sup> with the goal to improve transparency and competition, and ease the cross-border supply of financial services, still very limited<sup>10</sup> when compared to the actual size of the European economy. The next section will present a case-study which shows how difficult it is for a European investment firm to provide services on a cross-border basis without the grounding platform of a single EU contract law.

3. In 2001 the European Commission published the “Communication on European Contract Law”<sup>11</sup> which was meant to open the door for a general debate – involving European institutions and stakeholders – about the establishment of a common pan-European Contract Law. The questioned raised by the Commission focused on the approach taken so far: a vertical, selective approach aimed at harmonizing national-based specific contracts and specific marketing techniques which was perceived as increasingly ineffective from a Single Market viewpoint.

The Commission felt the need for a “farther-reaching (...) action in the area of contract law”<sup>12</sup>. The main concern was the assumption that the co-existence of

---

<sup>8</sup> The European Commission has also launched the Digital Single Market strategy with the aim to bring “down barriers to unlock online opportunities”. EUROPEAN COMMISSION, *Digital Single Market*, 2017, ec.europa.eu.

<sup>9</sup> “Financial services” is an umbrella term covering all retail finance-based services, namely insurance, loans and banking services, payments, savings and investment services. This article is focused only on investment services.

<sup>10</sup> COM(2015)630 final, p. 6.

<sup>11</sup> Communication from the European Commission to the Council and the European Parliament, of 11 July 2001, on European contract law, COM(2001)398 final.

<sup>12</sup> *Ivi*, p. 6. Previous seminal academic studies had been published on the issue of a European Contract Law, as mentioned in the 2001 Commission Communication: A. HARTKAMP, M. HESSELINK, E. HONDIUS, C. JOUSTRA, E. DU PERRON (eds.), *Towards a European Civil Code*, The Hague, 1998; O. LANDO,

several national contract laws within the EU could – either directly or indirectly – hinder the correct and efficient functioning of the internal market<sup>13</sup>. In particular, the attention was focused on conflicts arising between mandatory rules of the laws of two different Member States in case of cross-border contracts<sup>14</sup>, and on the fact that disparate national rules may bring about higher transaction costs<sup>15</sup> which may result in a disincentive to conclude a transaction or, even, to enter the market at all<sup>16</sup>, with detriments for both consumers<sup>17</sup> and businesses.

With the 2001 Communication, the Commission put forward four possible legislative outcomes: *i*) no action; *ii*) the promotion of the development of a common contract law principles set which would lead to more convergence of national laws, in particular through standardization of contracts at European level (still national-based contracts but standardized by means of European rules); *iii*) the improvement of the quality of the legislation already in place; and, finally, *iv*) the adoption of a new comprehensive legislation at European level. The fourth option was the most appealing as it would have meant either a replacement of national laws, or a coexistence of a new European contract law alongside national laws; or a combination of the two, depending on the parties' choices<sup>18</sup>.

The 2001 Communication was ensued by the Action Plan<sup>19</sup> of February 2003<sup>20</sup> and by its 2004 follow-up “European Contract Law and the revision of the acquis:

---

H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law Parts I and II*, The Hague, 2000; ACADEMY OF EUROPEAN PRIVATE LAWYERS, *European Contract Code – Preliminary draft*, Pavia, 2001.

<sup>13</sup> As Karsten and Petri point out: “[t]he way European contract law has been established as a policy through two consultation procedures confirms its character as an internal market project”: J. KARSTEN, G. PETRI, *Towards a handbook on European contract law and beyond: the Commission’s 2004 Communication “European Contract Law and the revision of the acquis: The way forward”*, in *Journal of Consumer Policy*, 2005, p. 34.

<sup>14</sup> In the words of the Commission: “Normally (...) different national regimes do not create any problems for cross-border transactions, as parties can decide which law will govern their contract. By choosing one national law, they accept all the mandatory rules of that law, as well as those non-mandatory rules which they do not replace by different terms. However, conflicts may arise between mandatory rules of the laws in one country with contradictory mandatory rules of another national law. These conflicts between different mandatory rules may have a negative impact upon cross-border transactions. Although not required by national laws, certain clauses in contracts may result from common practice in a given member state, especially if such practice has been formalised in standard contracts. It may be hard to agree a contract containing terms and conditions different from those generally applied in a particular member state”: COM(2001)398, p. 9.

<sup>15</sup> Literature on transaction costs is wide. A clear legal approach on this topic is given by P. SCHLAG, *The Problem of Transaction Costs*, in *Southern California Law Review*, 1989, pp. 1661-1700.

<sup>16</sup> COM(2001)398, p. 9.

<sup>17</sup> On the protection of the contract’s weaker counterparty and the 2001 Communication, see S. WEATHERILL (ed.), *The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law*, in *The Journal of Consumer Policy*, Special Issue, 2004.

<sup>18</sup> COM(2001)398, pp. 12-17.

<sup>19</sup> Communication from the European Commission to the European Parliament and the Council, of 12 February 2003, A more coherent European contract law - An action plan, COM(2003)68 final. In the words of Karsten and Petri: “While the 2001 Communication on European contract law was a fanfare, opening a platform for an official debate on European contract law, the 2003 Action Plan channelled the discussion by setting the parameters for further consideration.” J. KARSTEN, G. PETRI, *cit. supra* note 13, p. 33.

<sup>20</sup> The Action Plan set forth measures aimed at overcoming hurdles hampering the correct functioning of the internal market and the uniform application of the EU law. These measures were: *i*) a more coherent acquis in based on common basic rules and terminology; *ii*) the use of converging standard terms for trans-border contracts; *iii*) further reflections on whether non-sector-specific measures may

The way forward”<sup>21</sup> Communication<sup>22</sup>. Soon after, the European Commission asked the *Study Group*<sup>23</sup> and the *Acquis Group*<sup>24</sup> – both made up with distinguished scholars from top European universities – to work on a “Common Frame of Reference” (CFR)<sup>25</sup>, whose draft<sup>26</sup> was submitted in 2009 and looked “very much like a fully-fledged European civil code”<sup>27</sup>. A proposal for a Regulation on a Common European Sales Law<sup>28</sup> ensued but it never became law. Thus, so far, there is no European Contract Law applicable to contracts concluded on a cross-border basis.

As prof. Micklitz rightly points out: “what is missing at the EU level is, in continental language, a European civil code or, in common law language, a European law on contract and tort. (...) Therefore, trans-border conflicts within the EU have to be solved through private international law means”<sup>29</sup>. To make a long story short: the EU law, on the one hand, harmonizes national private laws *without* replacing them with a single EU private law, and, on the other hand, establishes a common EU standard for private international laws.

Traditionally speaking, private international law<sup>30</sup> provides for two main tools to overcome cross-border contractual issues: the first one is the determination of which law is applicable to a specific contract, while the second one is the adoption of uniform rules for the international provision of services and sale of goods<sup>31</sup>. In the first case, the parties of a contract coming from two different jurisdictions are asked to agree on which national law should apply to their contract. In this regard, the 1980

---

be needed. See COM(2003)68, p. 11. See also J. KARSTEN, A. R. SINAI, *The Action Plan on European Contract Law: Perspectives for the Future of European Contract Law and EC Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 2003, pp. 159-195.

<sup>21</sup> Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, of 11 October 2004, European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM(2004)651 final.

<sup>22</sup> The 2004 Communication (see note above) set the agenda for the development of a European Contract Law. Karstan and Petri points out how the Commission was given a strong mandate to develop measures i) and ii) and to set the agenda for their implementation: KARSTEN, G. PETRI, *cit. supra* note 13, p. 34.

<sup>23</sup> Study Group on a European Civil Code “is a network of academics, from across the EU, conducting comparative law research in private law in the various legal jurisdictions of the Member States”: [www.sgecc.net](http://www.sgecc.net).

<sup>24</sup> The Acquis Group “targets a systematic arrangement of existing Community law which will help to elucidate the common structures of the emerging Community private law”: [www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de](http://www.acquis-group.jura.uni-osnabrueck.de).

<sup>25</sup> As reported by H. W. MICKLITZ, *The internal vs. the external dimension of European private law – a conceptual design and a research agenda*, in *EUI LAW Working Papers*, 2015/35, p. 1.

<sup>26</sup> C. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, 2009, [ec.europa.eu](http://ec.europa.eu).

<sup>27</sup> H. W. MICKLITZ, *cit. supra* in note 25, p. 1. About the reactions to the DCFR, *inter alia*: O. LANDO, *The structure and legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)*, in *European Review of Contract Law*, 2007, p. 245 ff.; G. ALPA, U. PERFETTI, P. ZATTI, G. IUDICA (eds.), *Il Draft Common Frame of Reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009; F. CAFAGGI, H. W. MICKLITZ, *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham, 2010.

<sup>28</sup> Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council, of 11 October 2011, on a Common European Sales Law, COM(2011)635 final.

<sup>29</sup> H. W. MICKLITZ, *cit. supra* in note 25, pp. 1-2.

<sup>30</sup> The Duke University’s International Legal Research Tutorial defines private international law as the law governing “the choice of law to apply when there are conflicts in the domestic law of different nations related to private transactions between those nations”: [law.duke.edu](http://law.duke.edu).

<sup>31</sup> COM(2001)398, p. 7.

Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations<sup>32</sup> was the key instrument and it also determined which law was applicable when no choice was made. In the second case, the most important instrument is, instead, the 1980 United Nations Convention on contracts for the international sale of goods<sup>33</sup>.

However, when looking at the European level, one finds out that private international law has been “Europeanized” through the adoption of Regulations, in particular: Rome I<sup>34</sup> on the determination of which national law is to be applied to contractual obligations in civil and commercial cross-border situations; and Brussels Regulation I-bis<sup>35</sup> on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. When it comes to consumer contract law and, in particular, to the cross-border provision of financial services to consumers, Article 6 of Rome I and Section 4 of Brussels I-bis are the key bricks of the legislation.

Section 4 of Brussels I-bis concerns the jurisdiction over consumer contracts, that is those contracts concluded by a consumer – defined as someone acting outside their trade or professional duties – and a professional – namely, someone who pursues commercial or professional activities which are directed into the Member State of the consumer’s domicile and the contract at hand falls within the scope of such activities (Article 17). Contracts concerning the provision of financial services are implicitly covered by this Section. Article 18, however, is particularly important since it defines the consumer’s right to bring proceedings against the professional either in the courts of the Member State where the consumer is domiciled or in the courts of the Member State where the counterparty is domiciled. Unlike the professional – who can only sue the consumer before the courts of the latter’s home State – the consumer is entitled to choose which Member State their proceedings can be brought (protection of the so-called “passive consumers”, i.e., when the professional directs their business to the Member State of the consumer’s domicile).

Article 6 of Rome I, instead, sets forth the principle that a contract concluded by a consumer and a professional – acting in the exercise of their trade or profession – is governed by the law of the country where the consumer has their habitual residence. Alike Article 17 of Brussels I-bis, Paragraph 1 of Article 6 of Rome I protects the so-called “passive consumer” as it is restricted to contracts related to a commercial or professional activity that is either carried out in the country where the consumer has their habitual residence or directed to that country<sup>36</sup>. Notably, Paragraph II of Article 6 confirms the parties’ freedom to choose the law applicable to their contract. However, such a choice may not deprive the consumer of the legal protection granted by their home country’s provisions that cannot be contractually derogated and that, in the absence of choice, would be applicable on the basis of

<sup>32</sup> Convention on the law applicable to contractual obligations, Rome, 19 June 1980.

<sup>33</sup> United Nations Convention on contracts for the international sale of goods, Vienna, 11 April 1980.

<sup>34</sup> Regulation 593/2008 of the European Parliament and of the Council, of 17 June 2008, on the law applicable to contractual obligations (Rome I).

<sup>35</sup> Council Regulation 1215/2012 of the European Parliament and of the Council, of 12 December 2012, on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (recast).

<sup>36</sup> The so-called “active consumers” are, indeed, excluded from such protection as Paragraph 4(a) reads as follows: “Paragraphs 1 and 2 shall not apply to: a contract for the supply of services where the services are to be supplied to the consumer exclusively in a country other than that in which he has his habitual residence”.

Paragraph 1. Indeed, the protection of the passive consumer stands even in case the professional's country's law is chosen due to the fact that the substantial gist of the legal safeguard afforded by the consumer's country cannot be overcome<sup>37</sup>.

Very importantly, Paragraph II of Article 6 carves out specific features not falling under the Regulation's remit, such as: i) rights and obligations which constitute a financial instrument; ii) rights and obligations constituting the terms and conditions governing the issuance or offer to the public and public take-over bids of transferable securities; iii) the subscription and redemption of units in collective investment undertakings in so far as these activities do not constitute provision of a financial service<sup>38</sup>. The first element concerns the content of a financial instrument itself whereas the second deals with the rules regulating the issuance (primary markets) and offer (secondary markets) of financial instruments: both aspects are strictly linked with the legal-economic environment of the issuer and a stretch of the Rome I Regulation up to this point would have probably meant a hardly justifiable intrusion into a very sensitive area of national private law<sup>39</sup>. The element dealing with the subscription and redemption of UCITS stocks by and large follows the same logics<sup>40</sup>. However, what matters the most for this article is the fact that Rome I clearly applies to the cross-border provision of financial services, as treated by the case study below.

Particular attention should be paid to the fashion Rome I tries to strike the right balance between the freedom to provide services and the preservation of the consumer's home country's legal protection. Here a question might be cogently posed: would a national consumer protection measure – surviving through the Rome I's trade-off –

<sup>37</sup> On Europeanized private international law and consumer protection under EU Law relevant to this article, Gilles rightly points out how “it is the combination of an inherent difference in bargaining strength between the parties to a consumer contract and the ‘dematerialised’ nature of electronic commerce which justifies special consideration of the connecting factors to determine the choice of law of an electronic consumer contract”: see L. E. GILLIES, *Choice-of-law Rules for Electronic Consumer Contracts: Replacement of the Rome Convention by the Rome I Regulation*, in *Journal of Private International Law*, 2007, p. 96. See also G. FINOCCHIARO, *European Law and Consumer Protection in the Information Age, in Information and Communications Technology Law*, 2003, p. 111; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008. On the early impact of the internet on Private International Law, see the following forward-looking article: R. SCHU, *The Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law?*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 1997, p. 192.

<sup>38</sup> A very recent and shrewd analysis of this aspect is supplied by M. E. DE MAESTRI, *Il consumatore di servizi finanziari nelle norme di diritto internazionale privato dell'Unione europea*, in *Economia e Diritto del Terziario*, 2016, p. 167-180. See also: F. GARCIMARTIN ALFEREZ, *New Issues in the Rome I Regulation: The Special Provisions on Financial Market Contracts*, in *Yearbook of Private International Law*, 2008, pp. 245-259.

<sup>39</sup> In the words of Garcimartin Alferez: “In general terms, the application of Article 6 to some financial instruments or transactions, such as a public offer, could imply the interference of different laws depending on the habitual residence of the investor when he is acting outside his trade or profession. This could impede the uniformity of the legal regime applicable to those instruments or transactions, which is a key element for ensuring their economic function”: F. GARCIMARTIN ALFEREZ, *The Rome I Regulation: Exceptions to the Rule on Consumer Contracts and Financial Instruments*, in *Journal of Private International Law*, 2009, p. 89.

<sup>40</sup> In the words of Garcimartin Alferez: “all subscribers are governed by the same rules as regard issues such as the right to redeem, fees or the right to receive certain information. In general terms, all issues pertaining to the function, the structure, the management, operation and administration of the fund should be subject to a single law, regardless of the habitual residence of the subscribers”: F. GARCIMARTIN ALFEREZ, *cit. supra* note 39, p. 93.

pass the European Court of Justice's test on the freedom to provide services? The test the ECJ has crafted over time – in particular, since the *Webb* case<sup>41</sup> – provides for the four following prongs to be verified against the consumer's home country's restriction, which should: i) be justified by the general public interest; ii) be applicable on a non-discriminatory basis, namely it must apply to both national and foreign suppliers; iii) not be disproportionate in accomplishing its policy aims; and iv) ensure that its pursued purposes are not equally achieved by the supplier's State laws<sup>42</sup>.

On the whole, a plausible answer to the question raised above is: it would depend on the concrete national consumer protection measure envisaged by the consumer's home country legislation. Should the concrete consumer protection measure not unreasonably curb or impair the efficient and non-discriminatory provision of financial services on a cross-border basis, then it would survive as the result Rome I's trade-off. And the other way around holds true.

Nonetheless, albeit an economic analysis of the law falls outside of the scope of this article, it can be conjectured that the mere application of the different consumer protection norms penetrating a contract governed by the law of another Member State is itself disincentivizing due to the fact it raises extra costs on the part of the service supplier, costs related to regulatory compliance and prospective enforcement. If it were a single EU contract law applicable to consumer contracts concerning investment services, then the cross-border provision of such services would be falling into such an EU framework, and compliance and enforcement costs would likely be abated.

As a matter of fact, should the IV option mentioned above had become statutory reality, then the provision of financial services on a cross-border basis would have been already governed by a truly single and common European Contract Law. As it will be explained below, this might be the rekindled objective of the European Commission with its recent Green Paper on Financial Services.

When looking, instead, at the harmonization of national private-law norms, what we find is a very complex phenomenon labelled “European Regulatory Private Law”. This is used to describe (the emergence of) a self-sufficient European private law<sup>43</sup> which enshrines a twofold aim: easing private relationships (the “private” side of the law), and realizing public policy goals (the “public” side of the law)<sup>44</sup>. In order to achieve its goals, the ERPL, then, uses tools traditionally viewed as in contrast with each other: rules of private law (such as mandatory contractual terms) and rules of public administrative law<sup>45</sup>. The contrast springs from the traditional roles played by private and public law, individual autonomy grounded on the freedom of contract vs. regulation as a means of heteronomy<sup>46</sup>. Against this backdrop,

<sup>41</sup> European Court of Justice, Judgement of 17 December 1981, case 279/80, *Webb*.

<sup>42</sup> R. SMITS, *The European Central Bank. Institutional Aspects*, The Hague, 1997, p. 245.

<sup>43</sup> H. W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, G. COMPARATO (eds.), *European Regulatory Private Law – The Paradigms Tested*, in *EUI LAW Working Papers*, 2014, as mentioned by V. MAK, *The Consumer in European Regulatory Private Law*, in *Tilburg Private Law Working Paper Series*, 2015.

<sup>44</sup> V. MAK, *cit. supra* note 43, pag. 2.

<sup>45</sup> H. W. MICKLITZ, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law – The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism*, in *Competition and Regulation. Yearbook of European Law*, 2009.

<sup>46</sup> G. COMPARATO, *Private Autonomy and Regulation in the Eu Case-Law*, in H. W. MICKLITZ, Y. SVETIEV, G. COMPARATO (eds.), *cit. supra* note 43.

the ERPL, even if it coexists with national private laws, has so far used harmonizing public-law tools to penetrate into the private-law realm<sup>47</sup> of national legal traditions.

Importantly, the ERPL looks like a Janus-faced phenomenon as it can have either an active role – the adoption of harmonizing rules which directly replace old national norms not consistent with the EU public policy goals, i.e. the efficient functioning of the market – or a negative role – through the abolition of barriers to the integration of the internal market erected by national rules<sup>48</sup>. The more active the role, the harder the thrust of the ERPL, so that the adoption of a sector-related Regulation introducing a brand-new, opt-in contract law standard for a specific field such as financial services would be a great leap forward for the ERPL, even greater than the shift from minimum to maximum harmonization.

The policy goal that the EU lawmaker has in mind – and this is particularly true for the banking and financial sector – is market efficiency – gauged in economic terms<sup>49</sup> – market stability<sup>50</sup>, and a concept of justice based on the opportunity to enter in and join the market. The private law produced by this lawmaker is neither based on freedom of contract or *l'autonomie de la volonté*, nor on tort, *unerlaubte Handlung* or *responsabilité d'autrui*<sup>51</sup>. Instead, this private law – which affects private law juridical relations even if it is not based on contracts – turns the market into a grounding principle and itself into a tool geared to grant the efficient functioning (and the very existence) of the market (the functional turn in European private law)<sup>52</sup>. The result is a private law which is regulatory in the sense that it is used to “constitute the Internal Market and it is competitive as the philosophy behind the regulatory measures relies heavily on market freedoms and competition”<sup>53</sup>.

The ERPL develops through certain key parameters<sup>54</sup> which highlight the functional role of the law towards the market as grounding principle. In particular, consumer protection through information disclosure is granted on the basis of the economic function played by the weaker party and is accompanied by contract standardization, which does not only ease information exchange (propaedeutic to market efficiency) but also reduces negotiation timing (enhancing competition

<sup>47</sup> In the words of professor Mak, “inroads into party autonomy in private law can be explained, or even justified, in the light of the EU’s internal market policy”: V. MAK, *cit. supra* note 43, p. 4.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

<sup>49</sup> The definition of “economic efficiency” has been the subject of much debate for many decades and it is sufficient here to mention the two most important methods still used: the Pareto optimum and the Kaldor-Hicks criteria. The first term describes a situation where “no one can be made better off without making someone else worse off”. In its strong form, the Pareto efficiency states that “state A is preferred to state B when state A is ranked higher than state B for one person and all other persons rank A at least as high as B. If the utility (well-being) of each individual is higher in state A, then state A is preferred according to the weak form of Pareto efficiency”. The second method claims that “state *a* is preferable to another state if, in the other state, it is not possible, hypothetically, to carry out lump-sum redistribution so that everyone could be made as well off as in state *a*.” Citations are from R. O. ZERBE, JR., *Economic Efficiency in Law and Economics*, Cheltenham, 2001; with the author citing: R. W. BOADWAY, N. BRUCE, *Welfare Economics*, New York, 1984.

<sup>50</sup> Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, of 30 September 2015, Action Plan on Building a Capital Markets Union, COM(2015)468 final.

<sup>51</sup> H. W. MICKLITZ, *cit. supra* note 25, p. 1.

<sup>52</sup> H. W. MICKLITZ, *cit. supra* note 45.

<sup>53</sup> *Ivi*, p. 6.

<sup>54</sup> *Ivi*, p. 26.

among services providers): the purpose is not to grant autonomy to the parties, but, rather, improve market functioning (functional role of private law). The weaker party is invited to enter the market and benefit from it and what the law is supposed to do is granting fair access (access justice)<sup>55</sup> instead of focusing on more traditional forms of (social) justice (like national private laws usually do). Finally, effective legal redress strongly leverages on Alternative Dispute Resolution Mechanisms, which are less expensive and faster than traditional courts, and on public enforcement carried out by market supervisors, which use their enforcement powers as a tool to regulate market players' behaviour, overcoming the separation between substantive and procedural law typical of Continental private legal orders<sup>56</sup>.

All this means that, to date, a contract concluded by two counterparties residing in two different Member States is governed by a "Europeanized private international law"<sup>57</sup> while EU-harmonized national rules still apply. The case study below applies such a general stance to a concrete situation concerning the cross-border provision of investment services from one Member State (Germany) directly to another Member State (Italy). The outcome of this case study seems to prove that current legal framework is of little help for the intra-EU cross-border provision of investment services.

4. To understand how far the absence of a European Contract Law may affect specific areas of business, a short case study<sup>58</sup> on the cross-border provision of investment services within the EU will be described in this section. The case concerns a hypothetical German investment firm "XYZ" licensed to provide investment services in Germany and willing to offer such services to Italian consumers without owning subsidiaries in Italy. The services offered could be, for instance, portfolio management<sup>59</sup>, reception and transmission of orders<sup>60</sup> and investment advice<sup>61</sup>, and customers would be likely to fall into the MiFID macro-category of retail<sup>62</sup> clients.

The legal regime through which XYZ Firm may choose to operate is the distance marketing of financial services. This regime is governed by a simple

<sup>55</sup> *Zugangsgerechtigkeit* in the words of H. W. MICKLITZ, *cit. supra* note 25.

<sup>56</sup> R. MICHAELS, N. JANSEN, *Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, in *American Journal of Comparative Law*, 2006, p. 843; quoted by H. W. MICKLITZ, *cit. supra* note 45, p. 6.

<sup>57</sup> H. W. MICKLITZ, *cit. supra* note 25, p. 4.

<sup>58</sup> Please, note that the case herein described is an academic exercise and any resemblance to real events and/or real persons is unintended.

<sup>59</sup> Art. 4(8) of the Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council, of 15 May 2014, on markets in financial instruments (MiFID II): "'Portfolio management' means managing portfolios in accordance with mandates given by clients on a discretionary client-by-client basis where such portfolios include one or more financial instruments".

<sup>60</sup> When an "intermediary, having received a purchase or sale order from the client, instead of carrying it out personally, sends it to another intermediary for execution": CONSOB, *What an investment service is*, [www.consob.it](http://www.consob.it).

<sup>61</sup> Art. 4(4) MiFID II: "'Investment advice' means the provision of personal recommendations to a client, either upon its request or at the initiative of the investment firm, in respect of one or more transactions relating to financial instruments".

<sup>62</sup> Art. 4(11) MiFID II: "'Retail client' means a client who is not a professional client". See the Annex II of the Directive 2014/65: a "(p)rofessional client is a client who possesses the experience, knowledge and expertise to make its own investment decisions and properly assess the risks that it incurs". To be considered professional, a client must comply with the criteria laid down in Annex II of MiFID II.

Directive (Directive 2002/65/EC)<sup>63</sup> which does not introduce a separate opt-in EU contractual framework to apply to distance contracts and, by combining minimum and maximum harmonization provisions, leaves Member States the power to adopt other rules than those set forth by the Directive itself. The result is that firms are *de facto* required to adhere to different legal regimes<sup>64</sup>, even if these are harmonized in several areas such as information duties<sup>65</sup> and cooling-off periods<sup>66</sup>.

On the one hand, the investment service agreement between the XYZ Firm and an Italian consumer entered into through a means of distance communication<sup>67</sup> (usually, over the Internet) would be governed by the German law. The XYZ Firm would be performing investment services via phone, the internet or – if so requested by the customers – even via ordinary post; whereas orders from customers would be alternatively transmitted via phone, internet, or ordinary post. Each client would be assigned to a so-called “investment advisor”<sup>68</sup>, a Germany-based XYZ employee tasked with taking care of the customer relationship by, for instance, advising clients and handing over call minutes.

On the other hand, as stated above, Art. 6(2) of the Rome I Regulation governing intra-EU private international law clearly states that “the parties may choose the law applicable to a contract (...) such a choice may not, however, have the result of depriving the consumer of the protection afforded to him by provisions that cannot be derogated from by agreement by virtue of the law which, in the absence of choice, would have been applicable”<sup>69</sup>. This means that the German-law-governed investment service agreement would have to contain consumer protection clauses as provided under Italian law, which makes the business model more expensive and, thus, far less appealing for XYZ Firm.

More importantly, under the distance marketing of financial services regime, investment advisor would not be allowed to provide investment services directly to customers upon direct meetings. Taking into account that investment of personal savings is a very sensitive area, a face-to-face relationship is very much needed<sup>70</sup> in order to achieve an efficient provision of services such as portfolio management and advice (let alone the new “independent advice”<sup>71</sup> service recently introduced by MiFID II). On the basis of that, XYZ Firm may instead choose to base its investment advisors in Italy so as to let them meet their Italian customers on a regular basis.

<sup>63</sup> Directive 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council, of 23 September 2002, concerning the distance marketing of consumer financial services.

<sup>64</sup> B. BARTELS, J. ERNOULT, S. HAFNER, I. METIN, H. SCHOPPMANN, *European Banking and Financial Services Law*, Brussels, 2012, V ed., p. 265.

<sup>65</sup> In particular Articles 3, 4 and 5.

<sup>66</sup> The right of consumers to withdraw from a contract during a cooling-off period is regulated by Art. 6.

<sup>67</sup> Art. 2(e) of the Directive 2002/65: “‘Means of distance communication’ refers to any means which, without the simultaneous physical presence of the supplier and the consumer, may be used for the distance marketing of a service between those parties”.

<sup>68</sup> The term “advisor” is used in the financial industry but other names can be simultaneously employed, such as “family banker”, “personal banker”, or “private banker”.

<sup>69</sup> Regulation 593/2008.

<sup>70</sup> Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, of 20 November 2009, Review of the distance marketing of consumer financial services Directive (2002/65/EC), COM(2009)626 final.

<sup>71</sup> Articles 24(4) and 24(7) MiFID II.

However, this would imply leveraging on the MiFID passport, namely either the exercise of cross-border investment activities (Article 34 MiFID II) through tied-agents<sup>72</sup> or the establishment of a branch (Article 35 MiFID II) which, again, uses tied-agents located in the host Member State, Italy, necessary to reach out to all of XYZ Italian clients and prospective clients.

In either case, the XYZ Firm would have to, first and foremost, comply with the reporting requirements to be submitted to the German Federal Financial Supervisory Authority (BaFIN) – since the Home State control regime applies – as set forth by Section 24a of the German Banking Act<sup>73</sup> on the establishment of a branch and provision of cross-border services in other EU Member States and implementing the MiFID passport in Germany. According to such reporting requirements, the XYZ Firm is to notify the list of investment services it intends to provide to Italian customers.

In any case, XYZ Firm would have to comply with some specific Italian mandatory rules concerning aspects not covered by the European passporting mechanism, such as the written form of the agreement<sup>74</sup>; segregation of assets (the XYZ branch must ensure the its clients' funds are kept a part from its own funds)<sup>75</sup>; specific conduct of business obligations for the provision of investment services such as portfolio management<sup>76</sup>.

As a matter of practice, the only business model which would let XYZ Firm reach out to all of its Italian customers is to use Italian tied-agents, which implies offering investment services on door-to-door basis<sup>77</sup> and the related duty to use only off-premises investment advisors authorized in Italy<sup>78</sup>. The XYZ Italian tied-agents would, then, have to be registered as “consulenti finanziari abilitati all’offerta fuori

<sup>72</sup> According to Art. 4(29) MiFID II, “ ‘tied agent’ means a natural or legal person who, under the full and unconditional responsibility of only one investment firm on whose behalf it acts, promotes investment and/or ancillary services to clients or prospective clients, receives and transmits instructions or orders from the client in respect of investment services or financial instruments, places financial instruments or provides advice to clients or prospective clients in respect of those financial instruments or services”.

<sup>73</sup> *Gesetz über das Kreditwesen*, vgl. §1 Abs.1S.1, Abs.1a S.1, Abs.1b. English translation is available at the BaFIN official website: [www.bafin.de](http://www.bafin.de).

<sup>74</sup> Art. 23 (Contracts) of the Italian Financial Law, Decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. The remedy provided is the nullity of the entire contract which can be enforced only by the customer.

<sup>75</sup> Art. 168 (Confusione di patrimoni) of the Italian Financial Law. The violation of the segregation of assets duty is punished by imprisonment for between six months and three years and by an administrative fine ranging from € 5.165 to € 103.291.

<sup>76</sup> Art. 24 (Gestione di portafogli) of the Italian Financial Law. In more details, this Article provides that: 1) the customer may issue binding instructions concerning the transactions to be performed; 2) the customer may withdraw from the contract at any time, without prejudice to the right of withdrawal of the bank pursuant to Art.1727 of the Italian Civil Code; 3) the power to exercise voting rights in relation to financial instruments under management may be conferred upon the bank by means of a proxy granted in writing and for each shareholder’s meeting. The remedy provided is the nullity of the single transaction which can be enforced only by the customer.

<sup>77</sup> Also harmonized by EU law through Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council, of 25 October 2011, on consumer rights. This Directive follows a full harmonization approach but it does not establish a single European Market for off-premises contracts. The outcome is that firms and investment firms must comply with the host country’s national legislation

<sup>78</sup> Art. 78 (Offerta fuori sede) of the CONSOB “Regolamento recante norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 in materia di intermediari”.

sede” (off-premises advisors) in a specific catalogue held by the “Organismo di vigilanza e tenuta dell’albo unico dei Consulenti Finanziari”<sup>79</sup>, supervised by the Italian Securities Market Authority (CONSOB). Finally, the service provision contract between with the XYZ tied-agents and their customers would be subject to Italian law and related conduct of business rules (harmonized under MiFID I and II but, still, national rules).

Distance marketing of financial services? Establishment of a branch via the MiFID passport? Off-premises offer of investment services through tied-agents? This short case study shows that if the German XYZ Firm took the decision to provide investment services to Italian customers on a cross-border basis, then it would be required to comply with a dense patchwork of rules related to both the Italian and German legal systems, even when such rules are harmonized under European directives, like MiFID. If there were a fully-fledged, opt-in pan-EU contract law, then XYZ Firm could avoid complying with national rules and directly apply the EU rules to its cross-border contracts. Significantly, this is what the Commission seems to have in mind.

5. At the end of 2015, the European Commission launched a new “Green Paper on Retail Financial Services”<sup>80</sup> with the aim to create a “true European market” for such services which would bring more “choice for consumers, allow successful providers to offer their services throughout the EU, and support new entrants and innovation”. Digitalization and competition are intertwined leitmotifs: the first one represents the *sine qua non* condition for having cross-border purchases of financial services and it is meant to lead to the second one and (hopefully) to an increased general welfare<sup>81</sup>. In the words of the Commission: “Digitalization should in principle foster cross-border activity, without requiring firms to establish themselves in other Member States”<sup>82</sup>.

The key concern of the European Executive is that, for the time being, only too few retail financial service purchases take place across borders<sup>83</sup>. This would be due to the fact that the market is characterized by fragmentation and lack of competition with limited cross-border activity, which would lead to the exploitation of rent positions on the part of some industry sectors at detriment of consumers; to unjustifiable price and choice differentials for the same product from a Member to another; and to a minimal switching possibility from one provider to another.

The goal is threefold, with two out of three aims having a purely economic dimension, while the third being more political:

- supply side: pushing companies based in one Member State to offer their services/products anywhere in the EU;

---

<sup>79</sup> The official website is the following: [www.albopf.it](http://www.albopf.it).

<sup>80</sup> COM(2015)630.

<sup>81</sup> In the words of the EU Commission, “better products, more choice and greater opportunities for consumers and businesses”: *ivi*, p. 12.

<sup>82</sup> *Ivi*, p. 11.

<sup>83</sup> The Green Paper mentions several recent studies which show limited cross-border activity: the share of consumers purchasing banking products from another Member State was less than 3% for credit cards, current accounts and mortgages, only 5% for loans, and out 3% in terms of total gross written premiums in 2011 and 2012: *ivi*, p. 6.

- demand side: enabling consumers to buy services/products from a provider based in another Member State;
- freedom of movement: achieve full “portability” of financial services/products for citizens when they move from one Member State to another.

The Green Paper covers all retail financial services – banking, investment/securities, and insurance – which are treated as services (by now) belonging to the very same market, and it examines i) the current state of the Single Market for retail financial services, taking into account that digitalization has pushed integration on the provision of such services; and, ii) the needed actions to take down barriers that refrain consumers and businesses from going cross-border.

The Commission recalls its recent efforts aimed at restoring market participants’ trust, such as the empowerment of consumers so as to enable them to make informed investment decisions through increased disclosure and transparency requirements; or the boost on competition in the payment accounts market through an EU-wide right of access to basic payment accounts. Thus, the Commission reaffirms the importance of the “disclosure of information paradigm”<sup>84</sup> and the idea of fairness/justice which equates the possibility to access the market<sup>85</sup>.

In more details – and as far as investment services are concerned – the Commission sketches its strategy through the following prongs:

- standardized information disclosure so as to enable facilitated access to a wider range of products and cross-border comparison of different products which would lead to a more competition market;
- opening up access to services from anywhere in the EU by overcoming geo-blocking restrictions;
- increasing consumers’ trust and confidence by establishing efficient cross-border redress based on alternative dispute resolution mechanisms;
- allowing electronic signature and verification of identity in order to take full advantage of digital tools while fully taking into account anti-money laundering needs;
- making it easier for firms to comply with legal requirements applicable in other Member States;
- creating an autonomous EU regime for cross-border transaction or foster a stronger harmonization in order to create more legal certainty for both consumers and suppliers.

When responding to the Commission on the points raised by the Green Paper, ESMA has highlighted what I think are three key points: oversight convergence among national supervisors; more harmonized enforcement procedures; a prospective autonomous legal regime. The first point is particularly important due to the fact that MiFID strongly relies on public supervision and enforcement even when it comes to ensure investor protection: national supervisors are granted the power to oversee the correct application of investor protection clauses enshrined in contracts concluded by services providers and their customers. The further convergence sug-

<sup>84</sup> On the importance of disclosure as an investor protection tool under the EU law, see N. MOLONEY, *How to Protect Investors. Lessons from the EC and the UK*, Cambridge, 2010, pp. 288-344.

<sup>85</sup> On the concept of justice in the EU law: H. W. MICKLITZ, *Social Justice and Access Justice In Private Law*, in *EUI LAW Working Papers*, 2011.

gested by ESMA is aimed at bringing national, public administrative approach on investor protection clauses closer.

The second point is private enforcement. However, given the lack of competence on the part of the EU on civil procedures, ESMA does not even hint at the solution adopted for a unitary patent protection system<sup>86</sup> but, instead, backs the Commission by affirming the importance of Alternative Dispute Resolution mechanisms, low cost and easy to access for consumers. Finally, the third point is the endorsement of the rather cryptic proposal of an autonomous EU-wide regime which might be used as a 29<sup>th</sup> legal framework, replacing national applicable laws if so agreed by the counterparties.

As just said, this is quite cryptic. The Commission has not revealed in the Green Paper what it has in mind, but it is not groundless to assume that the craved outcome of this Paper would be the adoption of a Regulation establishing a brand new, alternative contractual regime for cross-border businesses, applicable throughout the EU, which the counterparties would be free to choose over traditional regimes. What the Commission longs for is the completion of point iv) of the 2001 Communication. Alternatively, it may try to push for further (full) harmonization, but this would overcome the “Europeanized Private International Law” issue which contributes to curbing the blossoming of the intra-EU cross-border market.

**6.** The European Commission seems to be working towards a separate contractual regime based on standardized information disclosure aimed at creating a level playing field able to grant access to both consumers and businesses and which leverages upon alternative dispute resolution schemes to boost legal certainty and increase consumers’ trust and confidence. What the Commission seems to have in mind is a leap forward of the current regulatory approach on national private laws towards the establishment of stand-alone EU Contract Law.

What emerges from the Commission’s Green Paper looks like the embryo of a proto-legal framework that very much resembles the main features of the ERLP. The market and its effective functioning – instead of the freedom of contract – is the leitmotiv of the Commission, which aims at easing private relationships to realize a public policy goal, that is an efficient cross-border retail financial market. Retail investors are viewed as the weaker party who needs to be protected so that they feel comfortable to enter the cross-border digital market. Standardized information and effective legal redress through alternative dispute resolution mechanisms are employed to this end.

Cross-border competitive comparison of different retail financial products, overcoming of geo-blocking restrictions, and contractual transparency are functional tools leading to a more efficient market where products’ details are easily comparable and information barriers are cut down in a way that contractual parties (both the stronger and the weaker) are in a position to understand – but, at least for the weaker party, not to modify – the reciprocal rights and duties.

On a more business-friendly side, the EU law-drafter looks prone to introducing a coherent legal scheme for electronic signature and verification of identity so as to

---

<sup>86</sup> The Agreement on a Unified Patent Court has established a pan-European, single patent legal regime for the settlement of patent disputes. The EU itself has implemented the Agreement by adopting an enhanced-cooperation based Regulation for the creation of a unitary patent protection system (Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection).

let undertakings take full advantage of digital tools without overlooking anti-money laundering needs. Moreover, for those legal requirements falling out of the scope of such an opt-in European contract law for cross-border retail financial services, the Commission is committed to increasing harmonization in order to reduce the compliance burden for undertakings.

7. Digital technology is rapidly changing the business and the Law is running the risk not to be able to keep the pace with an evolving world. This article has tried to show how the current fragmented EU legal regime for the provision of investment services on a cross-border basis is not helping the business to efficiently flow. The EU Commission has always pursued the aim of establishing an efficient single financial market and the Law has been widely used for this goal – as the theory of the European Regulatory Private Law describes. However, contrary to the past when a European Civil Code died in its cradle, this time the EU Commission seems to be keen on taking the plunge and, by rekindling its old dream of a unified EU contract law, establishing a brand new contract standard for financial cross-border transactions, thus replacing the classic harmonization approach with a “civil code-like” one. Such an EU contract standard would be a separate, opt-in, vertically-crafted contract for retail financial services, likely to become a bellwether for a general horizontally-crafted contract applicable to the entire market. It might be too early to anticipate how far the EU Commission will go, but the Green Paper clearly shows the path.

## Abstract

### Digitally-provided Financial Services under EU Law: Overcoming the Current Patchwork of Europeanized Private International Law and Sectorially-harmonized National Private Laws

At the end of the 1990s, the European Commission launched the then-considered forward-looking idea of a pan-European private law code merging national legal traditions – both civil and common – and, eventually, replacing them (horizontal approach). The project never became law, and, still today, cross-border transactions are governed by Rome I (contracts) and Rome II (liability claims) Regulations, namely a Europeanized Private International Law, with the EU law-maker paying most of its attention to harmonize sectors of national private laws (vertical approach). However, the world has changed in the last couple of decades and technological development applied to business – such as FinTech – poses real challenges on the current legal architecture. Very recently, the Commission seems to have partially retraced its steps by claiming to want to build an ever-integrated EU retail market through mandatory contract rules and alternative dispute resolution, key features of the so-called European Regulatory Private Law. Although it might be too early to anticipate how far the EU Commission will go, what it seems to have in mind is overcoming the current “patchwork” of Europeanized Private International Law and sectorially–EU harmonized national laws with a pan-EU network of mandatory contract rules for digital provision of financial services.

Susanna Villani\*

# Riflessioni sul regime dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato in caso di calamità

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La disciplina UE sugli aiuti di Stato in caso di calamità ed altri eventi eccezionali. – 3. Aspetti problematici della normativa vigente. – 4. Le nozioni di “calamità” ed “evento eccezionale”: una difficile definizione. – 5. Il recupero degli aiuti illegali: tra rigidità e solidarietà. – 6. Aiuti di Stato e il terremoto in Abruzzo: un caso studio. – 7. Aiuti di Stato ed esigenze solidaristiche in caso di calamità

1. A partire dagli anni '90, sul territorio degli Stati membri dell'Unione europea si è verificato un vistoso aumento dell'intensità e della frequenza di catastrofi naturali e di origine antropica che hanno condotto spesso a serie conseguenze in termini di perdite di vite umane e distruzione delle infrastrutture economiche e sociali. I recenti terremoti che hanno colpito parte dell'Italia centrale hanno suscitato interrogativi circa il possibile contributo dell'Unione europea nella gestione dell'emergenza, sia nella fase di risposta che di ricostruzione. In tale ambito, infatti, gli Stati membri hanno progressivamente conferito all'Unione nuove competenze, sostenendo un approccio sempre più integrato e coordinato. Un approccio che si sviluppa a partire dalla prevenzione, si concretizza con una risposta immediata e si conclude con la ricostruzione.

Ad alimentare la necessità di garantire una risposta quanto più unitaria e operativa interviene il principio di solidarietà che ha assunto nel corso degli anni il “rango di principio dei Trattati”<sup>1</sup>. D'altro canto, che il valore della solidarietà assuma un rilievo vitale nell'ambito in oggetto emerge non solo dal contenuto dell'art. 3 TUE ma anche dall'inserimento nel diritto primario – ad opera del Trattato di Lisbona – di una clausola di solidarietà (art. 222 TFUE), che impone sia agli Stati che all'Unione di assistere e di agire congiuntamente per sostenere uno Stato membro che sia vittima di calamità naturale o provocata dall'uomo<sup>2</sup>.

\* Dottoranda in Diritto dell'Unione europea dell'Università di Bologna in cotutela con la Spanish National University of Distance Education (UNED).

<sup>1</sup> Cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2016, IV ed., p. 263 ss. Sul tema, G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2016, VII ed.

<sup>2</sup> Per commenti approfonditi sul valore giuridico della “clausola di solidarietà”, S. BLOCKMANS, *L'union fait la Force: Making the Most of the Solidarity Clause (Article 222 TFEU)*, in I. GOVAERE, S. POLI (eds.), *EU Management of Global Emergencies. Legal Framework for Combating Threats and*

La solidarietà, dunque, rappresenta il parametro di riferimento per lo sviluppo a livello di Unione di una serie di strumenti di carattere operativo e finanziario volti a garantire assistenza immediata alle popolazioni vittime di eventi calamitosi. Tra questi è opportuno ricordare il nuovo Meccanismo di protezione civile dell'Unione europea (di seguito MEPC)<sup>3</sup> e il meccanismo di sostegno di emergenza recentemente istituito dal Consiglio<sup>4</sup>. Il principio di solidarietà permea, però, ogni fase del c.d. *disaster management*, ispirando dunque l'Unione a interagire con le autorità nazionali anche nel corso della meno immediata fase di risposta e in quella di ricostruzione. In tal senso, è possibile far riferimento a uno strumento ormai consolidato, ovvero il Fondo di solidarietà dell'Unione europea (di seguito FSUE)<sup>5</sup> che, su richiesta delle autorità nazionali dello Stato colpito, può intervenire al momento della ricostruzione e del ripristino delle infrastrutture danneggiate<sup>6</sup>.

Nonostante il FSUE possa contribuire in modo concreto alle necessità dello Stato vittima di calamità naturali, le risorse del Fondo non possono coprire i danni più o meno ingenti alle attività economiche e produttive del territorio (specialmente delle PMI, delle aziende agricole e delle strutture ricettive) che si aggiungono alle gravi conseguenze sul sistema sociale e abitativo derivanti da tali eventi. In tali circostanze, per rivitalizzare il tessuto economico locale è dunque necessario ricorrere anche ad altri strumenti messi a disposizione dall'Unione, come i fondi strutturali e di investimento o il Fondo europeo di sviluppo regionale (FESR). Per accelerare la disponibilità di tali fondi, la Commissione ha recentemente proposto di modificare il regolamento relativo alla politica di coesione per il periodo 2014-2020<sup>7</sup> e di introdurre la possibilità di finanziare totalmente e in modo celere le operazioni di

---

*Crises*, Leiden, 2014, p. 111 ss.; M. GESTRI, *La risposta alle catastrofi nell'Unione europea: protezione civile e clausola di solidarietà*, in M. GESTRI (a cura di), *Disastri, protezione civile e diritto: nuove prospettive nell'Unione Europea e in ambito penale*, Milano, 2016, p. 3 ss.

<sup>3</sup> Istituito con decisione 1313/2013/UE del Consiglio e del Parlamento europeo, del 17 dicembre 2013, su un meccanismo unionale di protezione civile, in seguito: decisione 1313/2013. Per approfondimenti, *inter alia*, M. GESTRI, *op. cit.*

<sup>4</sup> Istituito con regolamento (UE) 2016/369 del Consiglio, del 15 marzo 2016, sulla fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione, in seguito: regolamento 2016/369. Per approfondimenti, A. MIGLIO, *The Regulation on the Provision of Emergency Support within the Union Humanitarian Assistance and Financial Solidarity in the Refugee Crisis*, in *European Papers*, 2016, n. 3, [www.europeanpapers.eu](http://www.europeanpapers.eu); F. CASOLARI, *Lo «strano caso» del regolamento 2016/369, ovvero della fornitura di sostegno di emergenza all'interno dell'Unione ai tempi della crisi*, in E. TRIGGIANI, F. CHERUBINI, I. INGRAVALLO, E. NALIN, R. VIRZO (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, 2017, p. 519 ss.

<sup>5</sup> Istituito con regolamento (CE) 2012/2002 del Consiglio, dell'11 novembre 2002, che istituisce il Fondo di solidarietà dell'Unione europea. Esso è poi stato modificato con il regolamento (UE) 661/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014.

<sup>6</sup> A partire dal 2002, il FSUE è stato utilizzato circa ottanta volte per sostenere gli Stati colpiti da calamità con importi assai differenti in base al tipo di situazione da fronteggiare e ai danni subiti. Per uno schema sui contributi finanziari attivati dal 2002 al 2016, relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 30 agosto 2016, Relazione annuale sul Fondo di solidarietà, COM(2016)546 def. Tra tutti, è opportuno ricordare che il sostegno maggiore è stato concesso nel 2012, in occasione del terremoto in Emilia Romagna, Lombardia e Veneto, quando la Commissione ha stanziato la cifra record di 670 milioni di euro. È poi da sottolineare che il 15 febbraio 2017 il Dipartimento di Protezione Civile ha presentato il fascicolo completo allegato alla richiesta di utilizzo del Fondo per intervenire sui danni causati dai sismi che dal 24 ottobre 2016 hanno interessato l'Abruzzo, il Lazio, le Marche e l'Umbria indicando che la stima totale dei danni e dei costi ammonta a 23 miliardi e 530 milioni di euro.

<sup>7</sup> Proposta di regolamento del 30 novembre 2016, COM(2016)778 def.

ricostruzione attraverso il FESR così da integrare il sostegno del FSUE e risparmiare risorse nazionali.

Allo stato attuale, infatti, le disponibilità esistenti non sono sempre sufficienti per arginare le conseguenze derivanti da disastri particolarmente rilevanti, inducendo dunque le autorità nazionali ad adottare decisioni più risolutive per sostenere l'imprenditoria locale conferendo aiuti diretti o indiretti, quali la sospensione dei pagamenti, la concessione di contributi sociali, sovvenzioni, sussidi, prestiti e sgravi fiscali<sup>8</sup>. In questo modo, la disciplina sugli aiuti di Stato, pur apparentemente estranea alla tematica relativa alla gestione delle situazioni post-emergenza, sta progressivamente acquisendo rilevanza nei dibattiti sul tema della ricostruzione e sul rispetto da parte dell'Unione delle esigenze solidaristiche espresse nei Trattati. Come noto, misure di aiuto in scenari di catastrofe possono essere adottate, ma solo in determinate circostanze e secondo criteri ben precisi in modo tale da non alterare la concorrenza tra imprese a livello UE.

Il presente contributo cercherà, dunque, di comprendere come la rigidità che caratterizza formalmente la materia degli aiuti di Stato interagisca e si coordini con la necessità di garantire pieno sostegno allo Stato colpito.

In primo luogo, verrà illustrato il regime degli aiuti in caso di calamità con le modifiche apportate più recentemente (par. 2). In secondo luogo, l'analisi andrà a valutare i principali aspetti problematici della disciplina (par. 3). In particolare, si analizzerà l'orientamento della Commissione in relazione alla definizione di quali situazioni costituiscano una "calamità naturale" o un "evento eccezionale" in materia di aiuti di Stato, comparandole a quelle rilevanti per altri strumenti di intervento in caso di disastro. Inoltre, verrà analizzato il tema del recupero degli aiuti di Stato concessi illegalmente in caso di calamità, sottolineandone i limiti e le prospettive alla luce del principio di solidarietà. A completamento dell'indagine, verrà fatto riferimento alla vicenda italiana relativa alla concessione di aiuti di Stato in Abruzzo e in altre aree colpite da eventi sismici (par. 4). Esso, infatti, non solo rappresenta un caso estremamente esemplificativo delle principali problematiche inerenti al rapporto tra Stati e Commissione in materia, ma può anche contribuire a valutare la congruenza della disciplina sugli aiuti di Stato rispetto al rispetto del principio di solidarietà (par. 5).

**2.** In termini generali benefici fiscali e contributi erogati a favore di imprese sono vietati dalla disciplina UE qualora, incidendo sugli scambi intracomunitari, falsino o minaccino di falsare il gioco della concorrenza<sup>9</sup>. Tale disciplina, tuttavia, non si estende a tutte le categorie di aiuti e, tra gli aiuti di cui all'art. 107, par. 2, TFUE *ex lege* compatibili, figurano anche quelli destinati direttamente a ovviare ai

---

<sup>8</sup> M. G. FAURE, *Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Law and Economics Perspective*, in *Law & Policy*, 2007, p. 339 ss.

<sup>9</sup> Per una panoramica sugli aiuti di Stato, *ex multis*, E. TRIGGIANI, *Il controllo degli aiuti di Stato di fronte alle nuove sfide economiche*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, Torino, 2011, p. 867 ss.; E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (Diritto dell'Unione Europea)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali*, Torino, 2013, p. 19 ss.; L. DEL FEDERICO, *Public Finance, State Aid and Tax Relief for Areas Struck by Natural Disasters and Pollution: An Introduction*, in P. MASTELLONE, L. DEL FEDERICO, M. BASILAVECCHIA (eds.), *Tax Implications of Environmental Disasters and Pollution*, Berlino, 2015, p. 1 ss.

danni arrecati da calamità naturali o da altri eventi eccezionali. Tale presunzione di compatibilità non si fonda però sull'effettiva coerenza con i requisiti indicati nell'art. 107, par. 1, TFUE bensì su un giudizio di meritevolezza *de facto* che non esclude un'incompatibilità *de iure*. Infatti, sebbene la disposizione ne stabilisca senza indugio la piena compatibilità, la Commissione ha comunque sempre interpretato tale eccezione in modo alquanto restrittivo, estendendo l'obbligo di notifica preventiva previsto dall'art. 108, par. 3, TFUE anche alle misure adottate in seguito ad eventi calamitosi. Conseguenze di tale pratica erano ovviamente ritardi e limitata efficacia degli aiuti alla ricostruzione delle imprese colpite. Infatti, oltre che per i tempi tecnici necessari per effettuare una valutazione puntuale e oggettiva, il lavoro della Commissione era rallentato anche per il fatto che, non esistendo un quadro normativo europeo contenente delle linee guida sui possibili strumenti da adottare, essa si trovava a dover valutare misure estremamente diversificate tra loro, in quanto la diversa collocazione geografica e le diverse tipologie di calamità da affrontare portano spesso gli Stati membri a scegliere strumenti che rispondono a esigenze specifiche di ricostruzione.

L'articolazione della materia e l'insieme di dettagli da considerare hanno così condotto la Commissione ad adottare nel corso degli anni una serie di atti che hanno aiutato a chiarire la disciplina nel suo insieme e a orientare gli Stati nelle diverse fasi della procedura di approvazione degli aiuti in questione. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Commissione ha poi ritenuto opportuno procedere alla revisione del sistema generale di riferimento. Nel 2012 è così stata promossa l'iniziativa per la modernizzazione degli aiuti di Stato (SAM)<sup>10</sup> che è culminata nel luglio 2014 con l'entrata in vigore del regolamento n. 651/2014<sup>11</sup> che stabilisce un elenco di categorie di aiuti compatibili con il mercato comune e dunque dispensati dall'obbligo di notifica *ex ante*, tra cui quelli destinati a ovviare ai danni arrecati da calamità naturali<sup>12</sup>. Anche se vi è la possibilità di concedere aiuti senza la notifica preventiva alla Commissione, le nuove categorie di aiuti soggette a esenzione non sono però dispensate da un controllo *ex post*, né dal rispetto di alcune condizioni specifiche.

(i) In primo luogo, l'art. 50 del regolamento 651/2014 riformula i parametri che devono essere rispettati e che riguardano, prima di tutto, il riconoscimento formale da parte delle autorità competenti degli Stati membri della natura di calamità naturale dell'evento e, in secondo luogo, il nesso causale diretto tra la calamità naturale e i danni subiti dall'impresa beneficiaria, evitando sovra-compensazioni<sup>13</sup>. Resta

<sup>10</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, dell'8 maggio 2012, Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE, COM(2012)209 def. Per un'analisi approfondita sulla disciplina attuale in materia di aiuti di Stato alla luce dell'iniziativa per la modernizzazione, C. SCHEPISI (a cura di), *La "modernizzazione" della disciplina sugli aiuti di Stato. Il nuovo approccio della Commissione europea e i recenti sviluppi in materia di public e private enforcement*, Milano, 2011; C. E. BALDI, *La disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Rimini, 2015.

<sup>11</sup> Regolamento (UE) n. 651/2014 della Commissione, del 17 giugno 2014, che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato interno in applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato.

<sup>12</sup> Regolamento 651/2014, art. 1.

<sup>13</sup> Regolamento 651/2014, art. 50, par. 2. Per ulteriori approfondimenti, K. ADAMANTOPOULOS, *State Aid and Public Undertakings with Specific Reference to the Airline Sector*, in P. ECKOUT, J. FLYNN, A.

dunque indispensabile una valutazione quanto più precisa possibile circa il danno effettivamente subito dai soggetti interessati, ricorrendo ad adeguate e puntuali informazioni di carattere tecnico<sup>14</sup>.

(ii) La Commissione ha poi chiarito i parametri di definizione del danno che resta però un elemento alquanto complesso e difficile da stimare. Il quarto comma dell'art. 50 del regolamento 651/2014 stabilisce, infatti, che esso non si riferisce solamente al danno materiale – danni alla proprietà, agli edifici, ai macchinari – ma interessa anche il danno economico, inteso nell'accezione sia di danno emergente che di lucro cessante<sup>15</sup>.

(iii) Un'ultima precisazione è stata poi posta per quanto riguarda il vincolo temporale. A differenza della prassi precedente, che prevedeva un impegno diverso a seconda dei settori interessati, è stato previsto che i regimi di aiuti debbano essere adottati nei tre anni successivi alla data in cui si è verificato l'evento e che poi debbano essere accordati entro quattro anni<sup>16</sup>.

3. Vista la natura straordinaria di tali aiuti, la Commissione ha sempre più dimostrato una certa flessibilità e solidarietà nei confronti dello Stato colpito nel gestire le richieste presentate dalle autorità nazionali, senza snaturare il ruolo di controllo sulla corretta applicazione della normativa ad essa affidato<sup>17</sup>. In realtà, solo raramente la Commissione ha negato la concessione di aiuti in seguito a calamità ma, sul piano strettamente giuridico, la normativa vigente presenta due profili di problematicità meritevoli di attenzione dal momento che, a livello teorico, sembrano mal conciliarsi con le esigenze di solidarietà che dovrebbero alimentare l'attività dell'Unione in favore dello Stato in difficoltà. In primo luogo, vi è una tensione tra la necessità di garantire pieno sostegno ai territori colpiti da calamità e l'elevato grado di discrezionalità accordato alla Commissione. In secondo luogo, segue un problema di coerenza tra la disciplina sugli aiuti di Stato sul piano generale e quella in caso di disastro in relazione al tema del recupero degli aiuti illegali.

4. Il tenore dei Trattati rivela che, in relazione alle misure adottate in seguito a disastri, la discrezionalità della Commissione dovrebbe essere alquanto limitata, potendo indicare solamente i criteri oggettivi di valutazione precedentemente illustrati. Peraltro, ai sensi della normativa attualmente in vigore, essa dovrebbe operare esclusivamente nella fase di monitoraggio *ex post*<sup>18</sup>. In realtà, un'analisi più approfondita dell'ambito di applicazione delle disposizioni in materia rivela che la Commissione ha detenuto, e detiene, un forte potere discrezionale circa la determinazione di quali tipologie di eventi, calamità naturali o eventi eccezionali, possano permettere di agire in deroga all'art. 107, par. 1, TFUE.

---

BIONDI (eds.), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford, 2004, p. 219 ss.

<sup>14</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 febbraio 2006, cause riunite C-346/03 e C-529/03, *Atzeni e a.*, punto 79.

<sup>15</sup> Regolamento 651/2014, art. 50, par. 4.

<sup>16</sup> *Ivi*, par. 3.

<sup>17</sup> C. MICHEAU, *Droit des aides d'État et des subventions en fiscalité*, Bruxelles, 2013.

<sup>18</sup> In tal senso, sentenza del Tribunale del 25 giugno 2008, causa T-268/06, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies AE*, punto 51.

In primo luogo, occorre indagare la nozione di “calamità naturale” come stabilita dalla Commissione.

Allo stato attuale, nonostante la Commissione di diritto internazionale stia lavorando a un progetto di articoli sulla protezione delle persone in caso di disastro<sup>19</sup>, il quadro giuridico internazionale in materia ancora non ha dato una definizione univoca del termine “calamità”, né ha individuato un elenco specifico di situazioni che possano rientrarvi<sup>20</sup>. Dal canto suo, l’Unione ha invece adottato una definizione propria, stabilendo in taluni strumenti normativi che il termine “catastrofe” debba essere inteso come “qualsiasi situazione che abbia o possa avere conseguenze gravi sulle persone, l’ambiente o i beni, compreso il patrimonio culturale”<sup>21</sup>. Ciò significa che, in via generale, qualunque evento potrebbe rientrare in tale accezione, purché in grado di produrre conseguenze gravi<sup>22</sup>. Inoltre, da tale definizione si evince che debbano considerarsi calamitose tutte quelle situazioni che producano danni ingenti non solo in atto ma anche in potenza, per usare una formula della Corte di Lussemburgo. La *ratio* di tale scelta è che la solidarietà non possa essere espressa in modo arbitrario, ma debba potenzialmente operare in qualsiasi circostanza che ponga in difficoltà lo Stato colpito.

Malgrado l’approccio definitivo particolarmente elastico adottato in relazione ad altri strumenti di diritto derivato, per quanto riguarda gli aiuti di Stato la Commissione ha preferito (de)limitare l’ambito di applicazione dell’art. 107, par. 2, lett. b), TFUE indicando specificamente quali tipologie di eventi possono rientrare nella nozione, piuttosto che riferirsi alla precedente e più generica definizione, che senza ombra di dubbio copre anche situazioni difficilmente circoscrivibili. In questo modo, tramite una pratica costante, la Commissione ha individuato uno specifico elenco di situazioni che possono essere riconosciute come calamità naturali, ovvero terremoti, incendi boschivi di origine naturale, valanghe, frane, inondazioni, eruzioni vulcaniche, trombe d’aria e uragani<sup>23</sup>. Inoltre, in alcune decisioni confermate dalla Corte di giustizia<sup>24</sup>, tra gli aiuti per calamità naturali sono stati approvati anche quelli destinati al settore agricolo in relazione ad eventi naturali avversi quali neve, pioggia abbondante, siccità e venti di scirocco<sup>25</sup>.

In merito alla definizione di calamità naturale, il regolamento del 2014 ha però apportato alcune modifiche.

<sup>19</sup> Commissione di diritto internazionale, *Preliminary report on the protection of persons in the event of disasters*, Doc. A/CN.4/598, 2008.

<sup>20</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema, R. W. PERRY, E. L. QUARANTELLI (eds.), *What Is a Disaster? New Answers to Old Questions*, Bloomington, 2005.

<sup>21</sup> Fra tutti, decisione 1313/2013, art. 4.

<sup>22</sup> Relazione annuale della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 21 agosto 2015, sulle politiche di aiuto umanitario e protezione civile dell’Unione europea e sulla loro attuazione nel 2014, COM(2015)406 final, p. 13.

<sup>23</sup> Per approfondimenti e riferimenti, C. BUCCICO, *I benefici fiscali per le aree colpite da calamità naturali*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2013, p. 1031 ss.

<sup>24</sup> Sentenza *Atzeni*, punto 79.

<sup>25</sup> Comunicazione della Commissione, del 27 dicembre 2006, Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo e forestale 2007-2013, punto 125, in seguito: Orientamenti comunitari 2007-2013.

In primo luogo, pur avendone la possibilità, la Commissione non ha inteso fornire una più appropriata ed esaustiva definizione del concetto di calamità naturale, ma ha deciso stilare una lista esaustiva<sup>26</sup> rinviando a quanto già stabilito nella prassi e senza far intravedere la possibilità di introdurre nuove categorie di eventi in via residuale.

In secondo luogo, a differenza di quanto prospettato da taluni<sup>27</sup>, che prevedevano un'estensione del termine "calamità naturale" ad eventi atmosferici quali gelo, grandine, ghiaccio, pioggia o siccità per analogia, la Commissione sembra aver ripensato a tale possibilità visto che il regolamento 651/2014 stabilisce che "i danni causati da condizioni meteorologiche avverse quali gelo, grandine, ghiaccio, pioggia o siccità non dovrebbero essere considerati una calamità naturale ai sensi dell'art. 107, paragrafo 2, lettera b), del trattato"<sup>28</sup>.

Tale esclusione pare molto curiosa dal momento che anche nei suoi orientamenti per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020, la Commissione lascia esplicitamente aperta la possibilità di considerare compatibili aiuti destinati ad ovviare avversità atmosferiche assimilabili a calamità che distruggano più del 30% della produzione media annua<sup>29</sup>. Peraltro, come dimostrato dai recenti esempi di siccità in Italia, l'intensificarsi di eventi legati al cambiamento climatico potrebbe rendere necessario un intervento sempre più frequente degli Stati a favore dei privati danneggiati. L'utilizzo del condizionale "dovrebbe" nel testo del regolamento suggerisce la possibilità per la Commissione di valutare come compatibili talune misure volte a ovviare ai danni causati da tali eventi, ma resta comunque evidente l'incertezza del contenuto del regolamento in oggetto, che dovrebbe invece servire come linea guida per gli Stati membri.

In via generale, pare dunque discutibile sia la limitatezza definitoria della lista chiusa prevista dal regolamento che la mancata convergenza tra la prassi e l'attuale legislazione in materia, soprattutto in un contesto in cui viene conferita piena automaticità agli aiuti senza alcun obbligo di notifica. Ipoteticamente, le autorità nazionali potrebbero trovarsi in una situazione di dubbio e di difficoltà operativa in relazione a eventi non inseriti in lista o ad avversità atmosferiche come quelle riportate. Non rientrando nella nozione di "calamità naturale", per evitare che gli schemi di intervento vengano considerati incompatibili, gli Stati potrebbero agire solamente chiedendo una preventiva autorizzazione alla Commissione, la quale in modo del tutto discrezionale dovrebbe condurre una vera e propria indagine rivolta a stabilirne la compatibilità, ritardando gli interventi statali.

---

<sup>26</sup> 69° 'considerando', regolamento 651/2014.

<sup>27</sup> F. CASOLARI, *Art. 47 – Aiuti pubblici per calamità naturali*, in L. COSTATO, L. S. ROSSI, P. BORGHI (a cura di), *Commentario alla Legge 24.12.2012 n. 234 "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea"*, Napoli, 2015, p. 411.

<sup>28</sup> 69° 'considerando', regolamento 651/2014.

<sup>29</sup> Comunicazione della Commissione, del 1° luglio 2014, *Orientamenti dell'Unione europea per gli aiuti di Stato nei settori agricolo e forestale e nelle zone rurali 2014-2020*, Disposizioni comuni, capitolo 2, par. 2.4, punto 34. Si veda inoltre, 16° 'considerando' regolamento 661/2014: "Alcuni tipi di catastrofi naturali, come, tra l'altro, la siccità, si sviluppano su un arco di tempo esteso prima che se ne risentano gli effetti. Dovrebbero essere previste disposizioni per consentire il ricorso al Fondo anche in tali casi".

L'art. 107, par. 2, TFUE fa riferimento non solamente agli aiuti concessi in caso di calamità naturali, ma anche in occasione di cosiddetti “eventi eccezionali”, che meritano certamente attenzione. La nozione di “evento eccezionale” lascia spazio, infatti, a una varietà di opzioni definitorie, in quanto sottolinea solamente il carattere straordinario dell'evento, ma non altre caratteristiche intrinseche. Potrebbe dunque essere considerata una categoria residuale all'interno della quale far rientrare una molteplicità di situazioni, tra cui emergenze sanitarie gravi e, ipoteticamente, anche atti terroristici.

Effettivamente, da questo punto di vista, la Commissione è stata abbastanza flessibile, ricomprendendo tra gli eventi eccezionali la guerra<sup>30</sup>, i disordini interni, gli scioperi<sup>31</sup> e, in funzione della loro estensione, anche gravi incidenti nucleari o industriali<sup>32</sup> ed incendi di origine antropica che sfocino in perdite importanti<sup>33</sup>. La Commissione ha così dimostrato una certa apertura nel determinare la compatibilità di aiuti concessi per esempio nel caso del disastro causato dalla petroliera *Erika*<sup>34</sup> e il disastro nucleare di Chernobyl<sup>35</sup>.

Per quanto riguarda l'opportunità di includere tra gli eventi eccezionali anche emergenze sanitarie gravi, la Commissione ha agito in occasione della crisi scatenata dalla contaminazione da diossina negli alimenti per animali<sup>36</sup> e poco dopo per la grande diffusione senza precedenti di una malattia animale come l'encefalopatia spongiforme bovina (comunemente conosciuta come morbo della “mucca pazza”), ritenendo che entrambe dovessero essere annoverate tra quelle situazioni che costituiscono un evento eccezionale<sup>37</sup>.

Il regolamento del 2014 ha però modificato il quadro normativo anche sotto questo punto di vista, dal momento che ha escluso i c.d. “eventi eccezionali” dalle situazioni che possono beneficiare di un'esenzione da notifica preventiva. *Prima facie*, tale scelta appare comprensibile dal momento che l'inclusione di una categoria così ampia creerebbe non solo una certa confusione circa gli eventi assoggettati alla nuova disciplina, ma anche un eccessivo lavoro di valutazione *ex post* da parte della Commissione.

<sup>30</sup> Per esempio, la Commissione ha dichiarato compatibili col mercato comune gli aiuti disposti dall'Italia a favore dei pescatori dell'Adriatico costretti a sospendere le attività di pesca tra il 14 maggio e il 31 agosto 1999, a seguito dell'intervento a guida NATO in Kosovo. Decisione della Commissione, dell'8 giugno 2000, relativa all'arresto temporaneo dell'attività di pesca nell'Adriatico durante i fatti del Kosovo, SG(2000) D/ 104064.

<sup>31</sup> Decisione della Commissione, del 3 aprile 2002, relativa all'aiuto di Stato previsto dall'Italia in favore delle imprese olivicole, C(2002)1188.

<sup>32</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, causa C-278/00, *Repubblica ellenica c. Commissione*, punti 77 ss.

<sup>33</sup> Orientamenti comunitari 2007-2013, punto 122.

<sup>34</sup> Decisione della Commissione, del 17 luglio 2002, relativa al regime di aiuti attuato dall'Italia per ridurre il numero delle navi a scafo singolo, con oltre venti anni di età, della flotta cisterniera italiana, C(2002)2437.

<sup>35</sup> Sentenza *Repubblica ellenica c. Commissione*, punti 77 ss.

<sup>36</sup> Relazione della Commissione del 2001, La politica di concorrenza dell'Unione europea 2000, SEC(2002)462 def., par. 3.1.7.

<sup>37</sup> Decisione della Commissione, del 25 luglio 2001, relativa al regime di aiuti attuato dall'Italia per l'emergenza BSE, SG(2001) D/290549.

Malgrado ciò, pare meno evidente il motivo per cui non si sia voluto far riferimento a specifiche tipologie di eventi la cui origine non sia naturale, ma che in talune circostanze potrebbero essere considerate alla stregua delle calamità naturali in termini di impatto e necessità di intervento. Disastri di carattere antropico quali incidenti industriali o nucleari di ampia portata ed emergenze sanitarie o ambientali, peraltro riconosciute come “eccezionali” in via di prassi, potrebbero comportare conseguenze negative sul funzionamento della società tali da necessitare di un intervento tempestivo da parte delle autorità nazionali tramite misure rientranti nella disciplina degli aiuti di Stato. Allo stato attuale, invece, nonostante la necessità di intervento immediato, gli Stati devono avviare la procedura standard di notifica alla Commissione restando in attesa di un suo responso positivo.

In riferimento alle nozioni di “calamità naturale” ed “evento eccezionale” la Commissione ha dunque inteso delimitare il più efficacemente possibile l’ambito di applicazione dell’art. 107, par. 2, TFUE e del regolamento 651/2014. Questo proposito deriva dal fatto che, trattandosi di una deroga al principio generale di incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, la disposizione dei Trattati debba essere interpretata in modo particolarmente restrittivo per evitare manipolazioni da parte degli Stati e garantire il pieno rispetto della normativa<sup>38</sup>. Tuttavia, partendo dal presupposto che la nozione di compatibilità *ipso iure* si definisce come compatibilità diretta con i Trattati senza che sia necessaria nessun’altra attività da parte di alcun soggetto, la mancata chiarezza nella definizione di cosa rientri o meno nelle “calamità naturali” e negli “eventi eccezionali” di cui all’art. 107, par. 2, TFUE e la necessità di valutare caso per caso suddetta compatibilità pongono seri interrogativi sulla vera interpretazione da attribuire a tale disposizione. Inoltre, se da una parte l’introduzione del regolamento 615/2014 ha rappresentato una svolta positiva nella procedura di conferimento degli aiuti, dall’altra ha contribuito ad allontanare le due nozioni in esame e ad accentuare le incertezze sul piano definitorio.

In un’ottica più ampia, è poi opportuno rilevare che una siffatta rigida distinzione tra disastri naturali e disastri antropici difficilmente si giustifica con riferimento agli altri strumenti – sia di natura finanziaria che operativa – che possono essere attivati in caso di calamità, risultando in parte incoerente con la legislazione comunitaria che disciplina gli interventi di risposta alle catastrofi. Tornando, infatti, agli altri meccanismi che possono trovare applicazione in caso di calamità, il MEPC non viene attivato in modo distinto a seconda della tipologia di evento verificatosi, né esclude in linea di principio situazioni causate da fenomeni meteorologici. Allo stesso modo, la richiesta di finanziamento tramite il FSUE non prevede il collegamento a fattispecie di eventi ben precisi, ma semplicemente alla natura “grave” dell’evento, a prescindere dalla sua origine<sup>39</sup>. Peraltro, sia il MEPC che il FSUE (in modo peraltro del tutto straordinario) sono stati pienamente attivati per fronteg-

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 19 settembre 2000, causa C-156/98, *Germania c. Commissione*, punto 49; sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-301/96, *Germania c. Commissione*, punti 66 e 71.

<sup>39</sup> Basti ricordare che a gennaio 2015, la Commissione ha concesso 6,4 milioni di euro alla Bulgaria per ovviare alle conseguenze derivanti da condizioni invernali particolarmente severe e che nel gennaio dell’anno precedente ha finanziato la Croazia con 8,6 milioni di euro per i danni causati non solo dalle inondazioni, ma anche dal ghiaccio.

giare le conseguenze di gravi disastri di origine antropica ma che hanno avuto serie conseguenze sull'ambiente, come quello causato dalla petroliera *Prestige* nel 2003.

La mancanza di una chiara convergenza tra l'ambito di applicazione degli strumenti diretti di intervento e quello della disciplina sugli aiuti rappresenta, sul piano teorico, un ostacolo al pieno rispetto delle esigenze di solidarietà richieste in ogni fase di risposta al disastro, compresa quella della ricostruzione del tessuto economico. Alla luce di ciò sarebbe quindi più appropriato individuare una definizione oggettiva dei concetti in esame che tenesse di conto dell'orientamento generale introdotto anche in altri strumenti rilevanti in caso di disastro. In particolare, visto che anche in passato il contenuto del regolamento sul FSUE era stato più volte preso in considerazione nelle decisioni in materia di aiuti di Stato, poteva essere utilizzato come punto di riferimento nell'elaborazione di una più oggettiva definizione del danno e conseguentemente dell'entità della calamità in ambito di aiuti di Stato. Difatti, l'esenzione da notifica senza una chiara definizione del concetto di calamità potrebbe paradossalmente condurre a un aumento dei casi di incompatibilità e conseguentemente delle procedure di recupero degli aiuti precedentemente elargiti a imprese che senza tali incentivi non avrebbero riequilibrato le perdite subite.

Questa eventualità permette di introdurre la seconda criticità della disciplina in materia di aiuti di Stato in caso di calamità, ovvero la questione del recupero degli aiuti illegali concessi alle imprese.

5. Da semplice facoltà, la richiesta di recupero degli aiuti è divenuta prassi sistematica nell'attività di controllo della Commissione la quale, tuttavia, sembra non aver individuato criteri ben precisi nella delimitazione di tale strumento. Ciò che è certo è che la Commissione, ove abbia riconosciuto una misura incompatibile, ha il potere di ordinare allo Stato membro competente di recuperare l'aiuto dal beneficiario, senza lasciare alcun margine di discrezionalità. Le uniche eccezioni al recupero sono stabilite negli articoli 16 e 17 del regolamento 1589/2015<sup>40</sup>, indicando solo due circostanze in cui esso non può essere ordinato, ovvero qualora esso sia in contrasto con un principio generale del diritto dell'Unione e quando sia decorso il limite massimo di dieci anni dal giorno della concessione dell'aiuto illegale. Le ipotesi in cui può essere invocata l'impossibilità di procedere al recupero della misura illecitamente erogata sono dunque assai limitate e per questo raramente riscontrabili in prassi<sup>41</sup>.

La disciplina relativa all'ordine di recupero vige chiaramente anche per gli aiuti illegalmente concessi in seguito a calamità naturali o eventi eccezionali. Allo stato attuale, visto che gli aiuti destinati a ovviare ai danni causati da calamità naturali sono *ipso iure* compatibili con il mercato interno e non vi è alcun obbligo di notifica, la Commissione potrebbe dover procedere alla valutazione di due situazioni distinte.

<sup>40</sup> Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015, recante modalità di applicazione dell'art. 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Per approfondimenti, C. MIHAESCU-EVANS, *Recovery of Unlawful Aids and the Role of the National Courts*, in H. HOFMANN, C. MICHEAU (eds.), *State Aid Law of the European Union*, Oxford, 2016, p. 381 ss.

<sup>41</sup> In tal senso, è opportuno menzionare la recente sentenza del Tribunale, del 15 settembre 2016, causa T-220/13, *Scuola elementare Montessori c. Commissione europea*.

La prima ipotesi prevede che lo Stato, tramite – ad esempio – misure di natura fiscale aventi applicazione orizzontale e indiscriminata, abbia concesso aiuti anche a soggetti che, pur avendo sede operativa sul territorio colpito dall'evento calamitoso, in realtà non avevano subito danni. In tal caso, la Commissione sarà orientata a richiedere il recupero dell'intero ammontare illegalmente concesso come se l'aiuto fosse stato elargito in normali condizioni di mercato.

La seconda ipotesi si verifica quando, una volta stimati i danni e i costi sostenuti da ogni singola azienda, lo Stato – inteso anche nelle sue articolazioni locali – abbia concesso misure che eccedono i danni arrecati dalla calamità. In questo caso, a differenza della procedura tradizionale in cui viene ordinato il recupero dell'intero ammontare di aiuti, una volta verificata l'incompatibilità dell'aiuto, la sua restituzione dovrebbe essere richiesta solo in riferimento alla parte eccedente i danni subiti e se essa si pone al di sopra della soglia dei *de minimis*.

Malgrado ciò, il tema del recupero degli aiuti concessi in seguito a calamità è particolarmente delicato e complesso perché si inserisce in un contesto di disagio economico di cui è necessario tenere in considerazione. In primo luogo, in aree colpite da un disastro non è sempre immediato individuare una netta linea di demarcazione tra i danni complessivamente subiti – che peraltro sono comprensivi di danno emergente e lucro cessante – e l'ammontare eccessivamente concesso. Inoltre, la semplice ubicazione di un'impresa può creare un danno economico che, oltre ad essere indipendente dai danni materiali, può essere poco evidente *prima facie*. Il contesto in cui si trovano ad operare le imprese in seguito a una calamità non è certamente paritetico a quello del normale funzionamento del mercato, ove un intervento statale può effettivamente distorcere la concorrenza nel settore di riferimento. Al contrario, il verificarsi di eventi calamitosi di una certa intensità e gravità può portare all'indebolimento dell'intero tessuto economico locale, in cui così le regole della concorrenza perdono di significato e le imprese (soprattutto le PMI) devono operare in una situazione di concorrenza falsata rispetto a quella in cui agiscono le imprese non colpite. Stesse, se non peggiori, difficoltà possono poi emergere per quelle attività economiche ubicate in aree colpite da gravi eventi eccezionali, come per esempio incidenti nucleari o industriali, i cui effetti possono essere difficilmente stimabili non solo in termini di estensione geografica ma anche temporale.

In tali circostanze, l'ordine di recupero degli aiuti potrebbe rischiare dunque, di penalizzare ulteriormente delle imprese già altamente lese, limitando, ancora una volta, la piena efficacia del principio di solidarietà in caso di disastro e, conseguentemente, la fiducia dei cittadini nelle istituzioni dell'Unione. La soluzione non può certamente essere quella di assecondare o legittimare il conferimento illecito di misure di aiuto, ma individuare una procedura che tenga in considerazione ulteriori elementi di valutazione rispetto a quelli considerati nella procedura standard.

Tale esigenza trae forza poi dal fatto che l'adozione del regolamento 651/2014 ha introdotto un cambiamento sostanziale. Prima, infatti, era alquanto difficile la concessione di aiuti in sovracompensazione giacché sugli Stati incombeva ancora l'obbligo di notifica preventiva. Tuttavia, con l'esenzione dall'obbligo di notifica per aiuti concessi in seguito a calamità naturali, circostanze di sovracompensazione potrebbero essere più probabili e frequenti. Inoltre, come già sottolineato nel paragrafo precedente, in un contesto di netta separazione tra calamità naturali da un

lato ed eventi eccezionali dall'altro, e soprattutto di incertezza circa la collocazione di altri tipi di eventi come quelli atmosferici, autorità nazionali poco scrupolose potrebbero agire erroneamente, adottando schemi incompatibili con la disciplina di riferimento. Il tema della restituzione degli aiuti in seguito a calamità rappresenta una questione che ha già creato fratture tra Stati membri e Commissione, dal momento che i primi si aspettano maggiore solidarietà da parte dell'Unione mentre, dal canto suo, la Commissione non può esimersi dal controllare il rispetto delle regole sulla concorrenza. Al fine di comprendere al meglio quali erano e quali sono le principali difficoltà che si riscontrano in relazione alla disciplina relativa agli aiuti di Stato in caso di calamità, pare interessante riportare una vicenda italiana ancora molto discussa, ovvero quella relativa alle misure adottate in seguito al terremoto in Abruzzo del 2009.

6. Lo Stato italiano, che negli ultimi anni ha più volte fatto fronte ad eventi calamitosi, ha spesso beneficiato non solo dei finanziamenti europei, ma anche dell'autorizzazione da parte della Commissione alla concessione di agevolazioni fiscali per favorire le imprese dei territori colpiti e accelerare il recupero del tessuto economico locale<sup>42</sup>.

Il sisma del 6 aprile 2009 in Abruzzo ha però rappresentato un evento particolarmente tragico, causando seri danni alle infrastrutture e arrecando grave pregiudizio alla popolazione non solo de L'Aquila ma anche di tutta la provincia<sup>43</sup>. Per questo, è stato qualificato dalle istituzioni dell'Unione come una "catastrofe naturale grave" e, su richiesta delle autorità italiane, la Commissione ha reso disponibili 494 milioni di euro per l'assistenza finanziaria tramite il FSUE. Allo stesso tempo, il legislatore italiano è intervenuto con una serie di provvedimenti che hanno previsto e conferito aiuti alle imprese per far fronte all'emergenza, ma anche per promuovere lo sviluppo del tessuto sociale e produttivo in difficoltà. Le misure di aiuto, in qualità di risarcimento dei danni materiali ed economici subiti, sono state indirizzate a tutte le imprese aventi sede nei comuni colpiti dal sisma. Non essendo stato ancora

<sup>42</sup> In materia di aiuti, si può richiamare il duplice intervento della Commissione nel 2004 nel caso degli eventi calamitosi del Molise: una prima volta per approvare gli aiuti alle attività produttive volti a ovviare ai danni causati dal sisma del 2002 e dalla successiva alluvione del 2004 (decisione della Commissione, del 6 ottobre 2004, relativa agli aiuti concessi in seguito ai danni causati da calamità naturali in Molise, C(2004)3630 def.) e una seconda volta per approvare aiuti a finalità regionale per sostenere gli investimenti per l'insediamento di nuove imprese in quegli stessi territori (decisione della Commissione, dell'8 settembre 2004, relativa alla Revisione della parte della Carta italiana degli aiuti a finalità regionali per il periodo 2000-2006 che riguarda le regioni ammissibili alla deroga di cui all'art. 87, par. 3, lett. c) del Trattato, C(2004)3344 def.). Allo stesso modo, la Commissione ha accordato in due momenti differenti il programma di aiuti concesso dallo Stato italiano alle imprese in seguito ai terremoti avvenuti in Emilia Romagna, Veneto e Lombardia, per un totale di 6 miliardi di euro. Decisione della Commissione, del 19 dicembre 2012, relativa agli aiuti destinati a compensare i danni arrecati dagli eventi sismici verificatisi nel maggio 2012 in Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto (per tutti i settori tranne l'agricoltura, la pesca e l'acquacoltura), C(2012)9853 def.; decisione, del 7 aprile 2014, relativa al regime di aiuti in forma di credito agevolato in favore di imprese che hanno subito danni in seguito agli eventi sismici del maggio 2012 in Emilia-Romagna, Lombardia e Veneto per il pagamento di tributi, contributi previdenziali e premi assicurativi, C(2014)2356 def.

<sup>43</sup> Per approfondimenti sui danni causati, Relazione della Commissione del 23 marzo 2011, Fondo di solidarietà dell'Unione europea, COM(2011)136 def., par. 5.

adottato il regolamento 651/2014, ai sensi dell'art. 108 del Trattato, le autorità nazionali hanno provveduto a notificare preventivamente tali regimi di aiuto alla Commissione che ne ha valutato la compatibilità in conformità all'art. 107, par. 2, lett. b), del Trattato<sup>44</sup>.

La Commissione ha rilevato che le misure adottate rappresentavano senza alcun dubbio aiuti di Stato, ma che fossero compatibili *de iure* con il mercato interno perché volte a ovviare ai danni esistenti. Infatti, come debitamente sottolineato dalla Commissione “a causa dell’impatto devastante provocato dall’entità del sisma e delle scosse di assestamento soprattutto nelle aree urbane, molte attività sono state sospese per diversi mesi a causa dell’inaccessibilità di singoli edifici o dell’intera area. Questi eventi eccezionali hanno provocato nelle zone colpite la paralisi totale di tutte le attività per diversi mesi”<sup>45</sup>. Inoltre, è stato riconosciuto il rispetto del principio di proporzionalità tra i danni provocati e l’ammontare di aiuto concesso, oltre che il nesso causale tra il risarcimento dei danni e l’evento sismico. Conseguentemente, l’unico richiamo fatto dalla Commissione è stato quello di limitare il risarcimento unicamente ai danni provocati dalla calamità naturale e di escludere qualsiasi forma di sovracompensazione recante vantaggi aggiuntivi alle imprese.

Nonostante tale monito, le autorità italiane hanno adottato una serie di altre decisioni e leggi con cui hanno concesso alle imprese aventi sede operativa o fiscale sul territorio colpito la sospensione o il differimento del versamento dei contributi e dei tributi fino a gennaio 2012<sup>46</sup>. Tale agevolazione si configurava dunque come aiuto di Stato *ex art.* 107, par. 1, TFUE, ma le autorità italiane hanno provveduto a notificarla solo più di sei mesi dopo la sua entrata in vigore, sottraendosi così all’accertamento della Commissione, che è comunque venuta a conoscenza dei provvedimenti adottati. Difatti, il 21 febbraio 2011 essa ha ricevuto una richiesta di informazioni da parte del tribunale di Cuneo in relazione all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali<sup>47</sup> che ha di fatto avviato la procedura nei confronti dell’Italia.

Durante tutto l’*iter* pre-contenzioso, le autorità italiane e le parti terze interessate hanno cooperato con la Commissione, fornendo ulteriori informazioni al fine di dimostrare che le agevolazioni non costituivano aiuti di Stato illeciti. L’Italia si è dunque mossa su più fronti, coinvolgendo non solo autorità nazionali – Ministero dell’economia e Dipartimento di protezione civile – ed agenzie – INAIL, INPS, Agenzia delle entrate –, ma anche studi legali e organizzazioni come Confindustria e CGIL, che hanno contribuito a creare un quadro più dettagliato e completo sugli aiuti concessi. Dopo aver vagliato le posizioni e la documentazione fornita dalle

---

<sup>44</sup> Decisione della Commissione, del 6 ottobre 2009, relativa agli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dal terremoto del 6 aprile 2009, C(2009)8042 def. Per ulteriori approfondimenti, F. FICHERA, *Calamità naturali e aiuti di Stato: il caso dell’Abruzzo*, in *Rivista di diritto tributario*, 2012, p. 302 ss.

<sup>45</sup> Decisione C(2009)8042, par. 6.

<sup>46</sup> Legge del 12 novembre 2011, n. 183, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato italiano per l’anno 2012.

<sup>47</sup> Ordinanza del Tribunale di Cuneo, del 18 febbraio 2011, avente ad oggetto una richiesta di informazioni ai sensi della comunicazione della Commissione relativa all’applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato da parte dei giudici nazionali, n. 3923, p. 1.

autorità italiane e dagli enti coinvolti a giustificazione delle proprie scelte, la Commissione ha adottato una decisione in data 14 agosto 2015<sup>48</sup>.

Nella sua decisione, la Commissione ha rilevato che le leggi italiane, pur indicando le cause che hanno condotto all'adozione di un regime di aiuto per le imprese beneficiarie, non contenevano nessuna definizione del danno materiale o economico, né il nesso causale tra l'aiuto e il danno subito in seguito alle calamità naturali citate. Non era dunque possibile verificare che i regimi adottati avessero favorito solamente le imprese in difficoltà; sembrava piuttosto che tutte le imprese aventi sede legale o operativa nelle aree disastrose avessero avuto tali agevolazioni indipendentemente dal fatto che avessero o meno subito danni. Inoltre, risultava che i regimi non si limitassero a compensare il danno, ma che concedessero più di quanto fosse realmente necessario.

La principale linea di difesa delle autorità italiane si è basata sulla convinzione che i regimi adottati fossero compatibili con la disciplina sugli aiuti di Stato alla luce dell'art. 107, par. 2, lett. b), TFUE e che fosse alquanto complesso stimare i danni subiti dai singoli e dalle imprese. Peraltro, l'attestazione dei danni conseguenti a una calamità naturale non rientrava fra i presupposti per la concessione degli aiuti di natura fiscale. La semplice ubicazione in una determinata area territoriale individuata dalla protezione civile rappresentava di fatto un elemento sufficiente per concedere la sospensione dei contributi sociali obbligatori in un contesto di ancora grave situazione economica.

Nonostante tali motivazioni, la Commissione ha dichiarato l'incompatibilità del regime di aiuti concessi e pertanto ha richiesto il recupero degli aiuti e l'annullamento di tutti i pagamenti *ex nunc*. Tuttavia, in ottemperanza alle eccezioni previste dagli articoli 16 e 17 del regolamento 1589/2015, ha puntualizzato che gli aiuti di Stato individuali già versati prima della data di avvio della decisione e dell'ingiunzione di sospensione dovessero essere considerati compatibili laddove fosse stabilito un chiaro nesso tra i danni subiti e l'aiuto accordato. In questo caso, l'ordine di recupero doveva essere applicato solo ai casi di sovracompensazione e in relazione solo alla parte eccedente.

Tale vicenda mette in luce una problematicità quanto mai attuale e che si inserisce nella precedente analisi circa il recupero degli aiuti di Stato, ovvero la difficile determinazione dei danni subiti dalle imprese in situazioni post-emergenziali. Pur essendo, infatti, consapevoli delle lacune dello Stato italiano, è doveroso puntualizzare che eventi di grande intensità come il terremoto che ha colpito l'Abruzzo determinano spesso delle conseguenze difficilmente stimabili sul piano strettamente numerico e che contribuiscono a creare una situazione di degrado economico e sociale per cui le misure di aiuto sono destinate non ad agevolare bensì a ristabilire la situazione precedente. In situazioni gravi come quella abruzzese, le imprese hanno bisogno non solo di un risarcimento dei danni subiti, ma anche di un contesto sociale ed economico da cui ripartire. Da questo punto di vista, con le dovute accortezze, non sarebbe insensato sostenere che siffatte misure difettano di una delle caratteristiche essenziali per essere aiuti di Stato a pieno titolo, ovvero la loro incidenza sugli

<sup>48</sup> Decisione (UE) 2016/195 della Commissione, del 14 agosto 2015, riguardante le misure SA.33083 (12/C) (ex 12/NN) cui l'Italia ha dato esecuzione e relativa ad agevolazioni fiscali e contributive connesse a calamità naturali (concernenti tutti i settori esclusa l'agricoltura).

scambi intracomunitari e la potenzialità che falsino o minaccino di falsare il gioco della concorrenza. Difatti, non vi è dubbio che a causa di una calamità più o meno grave alcune imprese subiscano ingenti danni e che sia necessario un intervento statale. È anche però possibile che tra queste vi sia una differenziazione in termini di danni subiti, di cui le misure a carattere orizzontale non tengono conto, portando dunque ad agevolare eccessivamente alcune imprese rispetto ad altre. In questo caso, i regimi adottati diventano aiuti di Stato e per questo meritano una valutazione di compatibilità da parte della Commissione.

7. Il presente contributo ha inteso analizzare in modo critico fino a che punto il contenuto dell'attuale disciplina sugli aiuti di Stato e il controllo esercitato dalla Commissione sulla sua corretta applicazione in caso di calamità si coniughi con le esigenze solidaristiche espresse dai Trattati. A conclusione di tale analisi è dunque opportuno, da un lato, fare un bilancio complessivo su quali siano i progressi effettuati e, dall'altro, quali le lacune ancora da colmare nella normativa vigente in materia al fine di determinare se l'interazione tra Stati e Unione in tale ambito possa distinguersi come una delle espressioni degli obblighi solidaristici che trovano applicazione in situazioni di disastro.

Innanzitutto, bisogna riconoscere che l'evoluzione della normativa UE in tale ambito e, più specificamente, la decisione di sospendere l'obbligo di notifica preventiva in caso di calamità, rappresentano un primo tentativo di estendere l'attitudine solidaristica espressa dall'Unione attraverso gli strumenti di sostegno diretto anche alla disciplina sugli aiuti di Stato. In tal modo, infatti, l'Unione va incontro alle esigenze dello Stato interessato contribuendo – seppur in modo indiretto – a sostenere azioni immediate e possibilmente efficaci per agevolare la ripresa dell'attività economica e produttiva dei territori colpiti. Nonostante ciò, alcune criticità permangono in riferimento non solo alla questione definitoria circa la nozione di “disastro”, ma, conseguentemente, anche al tema della coerenza tra gli ambiti di applicazione dei diversi strumenti giuridici a livello UE rilevanti in materia.

Pare quindi che, sebbene esista ormai una varietà di strumenti che possono essere attivati in caso di calamità, essi presentino campi di applicazione non sempre sovrapponibili, bensì spesso indipendenti gli uni dagli altri a seconda delle circostanze. Ciò si traduce in un'elevata frammentazione degli strumenti elaborati dall'Unione per far fronte a scenari di disastro, sia sul piano meramente definitorio che conseguentemente su quello operativo, limitando implicitamente anche l'efficacia degli obblighi solidaristici rilevanti in caso di calamità. Difatti, la mancata coincidenza circa l'ambito di applicazione di ciascuno strumento potrebbe paradossalmente portare a situazioni in cui le autorità nazionali chiedono l'attivazione del MEPC, come per esempio in seguito a un grave incidente tecnologico o industriale, ma non possono contare sull'assistenza finanziaria prevista dal FSUE, che – in via teorica – opera solo in caso di calamità naturali, né intervenire tempestivamente con misure a favore delle imprese, dovendo attenderne l'approvazione da parte della Commissione. Sebbene dunque le disposizioni introdotte in materia di esenzione siano recenti e la loro corretta interpretazione verrà dalla prassi e dalla giurisprudenza che si svilupperà nel corso dei prossimi anni, allo stato attuale si potrebbe assistere a una solidarietà “selettiva” che opera in modo estensivo solo in deter-

minate circostanze – ovvero quelle per cui vi è una coincidenza definitoria tra gli strumenti applicabili – ma escludendone altre.

In secondo luogo, la vicenda italiana relativa alla gestione della fase post-terremoto in Abruzzo, pur rappresentando un caso finora isolato, ha fatto emergere la complessità della disciplina sugli aiuti di Stato in caso di calamità in relazione al tema del recupero degli aiuti ritenuti incompatibili, che resta una questione ancora aperta. Come sottolineato, se il recupero degli aiuti è inteso a ristabilire l'equilibrio del mercato e, in ultima analisi, garantire il rispetto del principio di non discriminazione, paradossalmente in caso di calamità esso potrebbe determinare uno sbilanciamento a sfavore delle imprese locali. Questo non solo provocherebbe conseguenze negative per le singole aziende, ma anche per l'intero assetto economico territoriale, determinando quindi un'incoerenza con la *ratio* che guida la disciplina sugli aiuti di Stato in tema di non discriminazione. Inoltre, ciò comprometterebbe l'esigenza di garantire pieno supporto alle autorità nazionali nella fase di ricostruzione in nome del principio di solidarietà. Infatti, se lasciate alla dinamica spontanea del mercato, si potrebbe assistere a un rafforzamento del degrado economico nelle aree colpite. Nella fase di controllo *ex-post* sugli aiuti concessi, la Commissione dovrebbe quindi evitare che un provvedimento di recupero sia sproporzionato rispetto alle reali capacità economiche delle imprese. Potrebbe dunque essere ragionevole che la Commissione non si limitasse a svolgere un contraddittorio solo con lo Stato erogatore e le parti terze interessate, ma che coinvolgesse direttamente i beneficiari di aiuti illegali, raccogliendo informazioni sulla loro buona fede nell'accettare il sostegno nonché sulla loro situazione economica complessiva al fine di valutare se e in che termini intimare la restituzione dell'aiuto. Oltre a ciò, sarebbe opportuno che la Commissione facesse una valutazione non solo in relazione all'effetto delle misure adottate in qualità di aiuti, ma anche al loro scopo complessivo. Una valutazione parziale e limitata solamente agli interessi del mercato concorrenziale sarebbe, infatti, incoerente con le esigenze solidaristiche che si delineano nella fase di risposta a un disastro e con cui si interseca, anche se indirettamente, la disciplina sugli aiuti di Stato.

Alla luce di tali valutazioni, pare quindi che nell'applicazione del principio di solidarietà ancora vi sia una forte separazione tra gli strumenti di risposta che traggono forza direttamente dall'azione dell'Unione e quelli che operano sul piano nazionale coinvolgendo le istituzioni dell'Unione a livello di controllo. Difatti, in relazione ai primi, nonostante siano auspicabili ulteriori interventi di accelerazione del loro dispiegamento, la Commissione garantisce un appoggio "orizzontale" a favore degli Stati sia sul piano operativo che finanziario divenendo complementare ad essi, pur rispettando il principio di sussidiarietà. Invece, in tema di aiuti di Stato essa agisce ancora in un'ottica di rapporto "verticale" tra istituzioni e Stati membri su cui esercita un controllo stringente per evitare distorsioni nel mercato, ma rischiando di dimenticare l'obiettivo ultimo degli aiuti in caso di calamità.

Tutto ciò si inserisce poi nel più generale dibattito sulla politica fiscale europea e, in particolare, sul come coniugare le spese per la ricostruzione post-emergenziale con la necessità di garantire il pareggio di bilancio nazionale nel quadro del Patto di stabilità e crescita. Difatti, ogni tipo di misura volta ad agevolare la riedificazione di strutture pubbliche e private deve figurare nella legge di stabilità tra le voci di

uscita, contribuendo dunque a peggiorare il saldo di bilancio annuale. In realtà, il documento relativo all'implementazione del Patto di stabilità e crescita<sup>49</sup>, precisa che, in casi eccezionali, il saldo strutturale dovrebbe considerare le spese derivanti da eventi inattesi che si verificano su larga scala e che richiedono una risposta in termini di bilancio, come nel caso di disastri naturali. Pur contemplando la possibilità di discostarsi *una tantum* dall'obiettivo di medio termine in caso di eventi eccezionali<sup>50</sup>, tuttavia, i vincoli imposti dal *Fiscal Compact* non prevedono attualmente la possibilità di escludere dal calcolo del deficit le spese di prevenzione e di messa in sicurezza delle infrastrutture e degli edifici pubblici, né tantomeno quelle per la ricostruzione degli edifici privati e delle attività produttive. In merito, il Parlamento europeo si è recentemente espresso, invitando la Commissione a prendere in considerazione la possibilità che, in casi particolarmente gravi in cui sia evidente l'intensa pressione finanziaria sostenuta dalle autorità pubbliche nazionali, regionali e locali, vengano esclusi dal calcolo del disavanzo pubblico gli investimenti destinati alla ricostruzione sostenibile e alla prevenzione, compresi quelli cofinanziati con i fondi strutturali<sup>51</sup>. In attesa di una tale decisione, è da accogliere positivamente la concessione – dopo molte esitazioni – di un maggiore livello di flessibilità all'Italia nel calcolo del deficit per quanto concerne la spesa connessa ai recenti terremoti, affinché possa far fronte con efficienza e rapidità all'attuale emergenza e ai futuri interventi richiesti per la messa in sicurezza delle zone colpite. Nonostante questo, il rispetto delle esigenze di solidarietà tra Stati membri ed Unione nella fase di risposta di medio e lungo termine a situazioni di disastro sembra non essersi ancora pienamente realizzato.

In ultima analisi, sarebbe auspicabile il raggiungimento di un bilanciamento tra l'interesse dell'Unione di tutelare la concorrenza e di controllare i bilanci pubblici e quello degli Stati di sostenere il ripristino del sistema economico e sociale del territorio a seguito di un evento calamitoso. In particolare, sarebbe opportuno che l'obbligo in capo all'Unione di prestare assistenza in ossequio al principio di solidarietà non si limitasse alla fase di primo intervento, ma che operasse in una prospettiva di lungo periodo, abbracciando anche la fase di ricostruzione e quella di prevenzione, considerando peraltro che l'art. 4, par. 2, del regolamento sul FSUE insiste, *inter alia*, sull'esistenza di obblighi relativi alla prevenzione e alla gestione dei rischi di catastrofi naturali. La Commissione deve certamente pretendere che gli Stati agiscano nel pieno rispetto dei criteri stabiliti alla luce del principio di leale cooperazione. Allo stesso tempo, però, dovrebbe dimostrare un maggiore “spirito di solidarietà”, cercando poi di facilitare un adeguato coordinamento tra gli interventi di ricostruzione che siano sostenibili, coerenti e rapidi al fine di compensare le perdite subite e garantire ai cittadini la sicurezza e la stabilità necessaria per continuare a vivere nei propri territori.

---

<sup>49</sup> Documento della Commissione, Specifications on the implementation of the Stability and Growth Pact and Guidelines on the format and content of Stability and Convergence Programmes, del 5 luglio 2016, p. 4.

<sup>50</sup> Trattato di stabilità, coordinamento e *governance* nell'Unione economica e monetaria, del 2 marzo 2012, art. 3, par. 1, lett. c).

<sup>51</sup> Risoluzione del Parlamento europeo, del 1° dicembre 2016, sulla situazione in Italia a seguito dei terremoti, 2016/2988(RSP), par. 7.

## Abstract

### Reflections on the EU State Aid Regime in Case of Disaster

The increasing severity and frequency of natural and man-made disasters within the EU have prompted the need to establish both operative and financial instruments aimed at supporting the Member States in the phase of response and recovery according to the principle of solidarity. However, as for the restoration of the local entrepreneurship following a disaster, national authorities still rely on State aids which are strongly controlled by the Commission. The present contribution is, thus, aimed at evaluating whether the solidarity expressed by the Union towards the Member States in this field reflects or differs from that embedded by the other existing instruments that may be activated in case of emergency.



# Note e Commenti



Francesco Buonomenna\*

# Limiti della *governance* economica nel regime internazionale ed europeo

SOMMARIO: 1. Premessa e piano dell'indagine. – 2. Funzione pubblica e regole di mercato. Un rapporto a contenuto variabile. – 3. Continuità e discontinuità delle riforme *post*-crisi del Fondo monetario internazionale. – 4. Il ruolo propulsivo del G20 ed i suoi limiti. – 5. Estensione dei poteri finanziari dell'Unione europea correlata alla restrizione dei diritti fondamentali economici e sociali. – 6. I pilastri dell'Unione bancaria nella *governance* economica. – 7. Profili conclusivi.

1. A seguito della crisi del biennio 2007-2009 si sono registrati, com'è noto, diversi interventi a carattere emergenziale di origine sovranazionale, ad opera di organizzazioni internazionali e sovranazionali e da parte di soggetti di natura diversa, quali gruppi internazionali di Stati. A partire da tali interventi di natura normativa, si è aperta un "nuova" fase di riflessioni in ordine ai limiti volti a regolamentare e prevenire fenomeni di crisi internazionale, nonché di valutazione complessiva ed inquadramento degli stessi interventi come diritto emergenziale o transitorio, legato a circostanze eccezionali di ancora incerto esito<sup>1</sup>. In particolare,

\* Ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno.

<sup>1</sup> Con l'espressione crisi economica, intesa in senso tecnico giuridico, ci si riferisce ad un settore regolato dal c.d. diritto internazionale dell'economia gestito al triplice livello degli interventi statali, inter e sovra-nazionali, fino al grado più alto degli organismi a carattere universale. In tale contesto si è manifestata l'insufficienza del c.d. diritto internazionale di mercato affidato all'autoregolamentazione dei soggetti privati (c.d. nuova *lex mercatoria*) messa a confronto con il diritto istituzionale degli enti internazionali competenti alla gestione di tali crisi (c.d. *public choice*). Per "nuova" *lex mercatoria* si è soliti intendere quell'insieme di principi e regole affermatasi nella pratica del commercio internazionale e chiamati ad assicurare ai singoli rapporti d'affari una regolamentazione possibilmente uniforme e più funzionale rispetto ai tradizionali diritti nazionali. Tale *corpus* di regole commerciali internazionali possiede una natura piuttosto controversa. In proposito vi sono due tesi principali che si contrappongono. Secondo un primo orientamento rientrerebbero nella moderna *lex mercatoria*, oltre agli usi del commercio internazionale, anche la cosiddetta legislazione internazionale, ovvero le convenzioni e le leggi uniformi aventi per oggetto istituti di diritto internazionale. La *lex mercatoria* si caratterizzerebbe, in questo primo senso, unicamente per la specificità della materia cui inerisce ed il suo fondamento giuridico non si distanzierebbe dalla volontà dei singoli Stati. Secondo una diversa impostazione farebbero parte della *lex mercatoria* esclusivamente le norme di origine extrastatale, ossia le regole *lato sensu* consuetudinarie sviluppatasi all'interno dei diversi settori del traffico, i formulari e contratti-tipo elaborati dalle principali associazioni di categoria o da altri organismi. In questa prospettiva, la peculiarità della *lex mercatoria* consisterebbe proprio nel suo fondamento giuridico distinto ed indipendente rispetto agli ordinamenti nazionali ed a quello internaziona-

una prima ed immediata riflessione successiva alla crisi ha riguardato il particolare settore del diritto economico finanziario internazionale, ossia l'interrogativo in ordine all'idoneità normativa, sia nazionale che sovranazionale, a regolamentare settori delle relazioni internazionali a carattere economico-finanziario. Collegato a tale interrogativo si è posto il ruolo di alcune istituzioni finanziarie internazionali nate nel c.d. contesto di Bretton Woods e che avrebbero potuto esercitare un diverso ruolo nella gestione della crisi se avessero proceduto nei decenni precedenti ad interventi di riforma. Conseguenziale la riflessione successiva, tutt'ora in corso, in ordine agli elementi qualificativi dell'attuale *governance* economica derivante dalla capacità dei soggetti e attori internazionali<sup>2</sup> di procedere in autonomia alla revisione dei propri statuti normativi nel senso della loro innovazione o modifica. Ebbene nel presente studio si cercherà di valutare l'incidenza, diretta o indiretta, di tali scelte normative, in ambiti che vanno ben oltre la sfera di intervento e che possono condizionare la ripresa o lo sviluppo, a livello internazionale, o restringere gli standard di tutela dei diritti economico-sociali acquisiti in ambito di Unione europea. Come è noto la problematica si inserisce nel quadro della normativa internazionale previgente assumendo i caratteri di un vero *corpus* ampliato e prolungato nel tempo. Allo stesso tempo si inserisce nel più grave *deficit* dimostrato dalle variegate politiche pubbliche europee, rilevatesi inadeguate a compiere le necessarie correzioni all'interno di settori ed aree scosse da "squilibri" ripetuti e manifesti, dove ancora si discute quale destino finale debba essere riservato al c.d. *Fiscal compact*, dopo il quinquennio di validità 2013-2018 ai fini di un sua eventuale negoziazione armonizzata con i suoi più generali principi del diritto dell'Unione europea.

Il Fondo monetario internazionale, l'azione del G20, nonché le regole di stabilità finanziaria dell'Unione europea (UE), nonché quelle di vigilanza sui mercati da parte della stessa UE rappresentano certamente soltanto una parte degli ambiti di intervento. La scelta di restringere l'indagine ad alcuni specifici settori della revisione, soffermandosi soltanto su alcuni soggetti internazionali in più evidente sintonia tra loro, sia pur dotati di una veste giuridica non omogenea, è data dalla stessa ampiezza, interconnessione e grado di omogeneità delle funzioni che contemplan. In ogni caso, pur circoscritti, gli stessi ambiti di intervento si presentano idonei a considerazioni in ordine al riconoscimento o meno, nella fase attuale, di un carattere multidimensionale della *governance*, non basata meramente sull'analisi delle funzioni in un contesto di competenze, ma anche sul grado di incidenza in positivo in settori non proprio economici degli interventi che si sono succeduti alla crisi economica<sup>3</sup>.

le. Sulla "nuova" *lex mercatoria* e commercio internazionale si veda: F. OSMANN, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, Paris, 1992, p. 515 ss.; B. GOLDMANN, *Nouvelles réflexions sur la Lex Mercatoria*, in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Basle, 1993, p. 241 ss.; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria*, in *Der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994, p. 163 ss.; F. JUENGER, *American Conflicts Scholarship and the New Law Merchant*, in *Vandenberg Journal of Transnational Law*, 1995, p. 487 ss.; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1995; Id., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005; U. STEINN, *Lex mercatoria, Realität und Theorie*, Frankfurt, 1995, p. 318 ss.

<sup>2</sup> Per la c.d. *governance* economica ci si riferisce ad un insieme di istituzioni formali e informali, meccanismi, rapporti e processi fra Stati, mercati, privati ed organizzazioni governative e non governative. Per un approfondimento della nozione si rinvia a O. PORCHIA, *Gli attori nel processo di globalizzazione dell'economia*, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance. Sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Torino, 2013, p. 41 ss.

<sup>3</sup> Per un'analisi dei caratteri della *governance* economica nella prospettiva della flessibile evoluzione si v. A. MARTINELLI, *Il concetto di governance e la sua applicazione*, in *L'evoluzione della governance*

2. La dottrina che ha dominato per tanti anni è stata quella della superiore forza del mercato, delle sue “autoregole” rispetto ad un sistema di regole considerate come limitative di una forza che il mercato era capace di “sprigionare”. La visione opposta era nel senso che non poteva esserci una forza esclusiva del mercato che non fosse in qualche modo limitata, controllata e regolata dalle forze del diritto<sup>4</sup>. Tali visioni tra loro anche alternative hanno caratterizzato diverse fasi gli ultimi due secoli<sup>5</sup>.

La fase coincidente tra l'Ottocento-Novecento, fino alla Prima guerra mondiale, è stata caratterizzata da un forte liberismo, basato su una netta separazione tra i compiti classici dello Stato e l'esercizio delle attività economiche. Così concepito, il sistema economico si è rappresentato autonomo ed autosufficiente rispetto al sistema politico<sup>6</sup>. A livello internazionale la diffusione della teoria dei costi comparati, basata sull'ottimizzazione degli scambi derivante dal libero mercato, ha inciso sulla stessa configurazione di obbligo in capo agli Stati di astenersi dal porre ostacoli al commercio; a livello monetario si è avuta la nota fase del *gold standard*, in cui gli Stati non hanno frapposto alcuno ostacolo alla circolazione dell'oro ed alla convertibilità delle valute.

Nella fase successiva, a seguito di grandi crisi finanziarie, gli Stati hanno intrapreso politiche di intervento nell'economia tramite vasti programmi di opere pubbliche ed aiuti. In tale fase si sviluppano le dottrine che richiamano l'interesse politico per l'economia associate ad atteggiamenti protezionistici, sulla base della natura “interna” del dominio economico e della necessità di norme di chiusura a vantaggio della soluzione dei problemi interni.

Diversamente, nella fase neo-liberista, si è assistito ad un recupero, in gran parte dei valori della libertà del mercato, mantenendo come assunto di base la rilevanza politica del fenomeno economico. Le misure di liberalizzazione dei commerci sono accompagnate dall'istituzionalizzazione a livello internazionale di molti dei poteri statuali di intervento dell'economia. Si è assistito, così, al verificarsi di quei fenomeni che hanno giustificato la concettualizzazione, secondo cui si sarebbe passati da una fase “normativa” dell'ordinamento giuridico ad una strutturale o istituzionale<sup>7</sup>. Ciò ha inciso sulle stesse dinamiche dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale considerato che in tale fase si è sviluppata la nozione di controllo internazionale delle politiche interne statuali.

Ebbene, certamente i modelli di regolamentazione sinteticamente rappresentati si sono posti come inidonei a far fronte alle diverse “sfaccettature” della globalizzazione.

---

*economica alla luce della crisi e l'impatto delle relazioni internazionali*, giugno 2010, reperibile online, in particolare p. 44 ss.

<sup>4</sup> Il tema è sempre stato oggetto di un dibattito dottrinario in ordine al rapporto tra diritto e mercato soprattutto in relazione al modello giuridico globale c.d. *global law*. Per un inquadramento generale in ordine al “momento storico attuale fra autorità globale e nuova statualità” si v. M. PANEBIANCO, *Diritto internazionale pubblico*, IV ed., Napoli, 2013, p. 30 ss.

<sup>5</sup> Per un approfondimento del rapporto tra funzione pubblica e regole di mercato nelle varie fasi storiche si veda M. C. MALAGUTI, *Crisi dei mercati finanziari e diritto internazionale*, Milano, 2003, in particolare p. 58 ss. Si veda anche F. GAEDNER, *Politica economica e ordine internazionale, L'evoluzione delle organizzazioni economiche internazionali*, Milano, 1978, e R. GILPIN, *Economia politica globale, Le relazioni economiche internazionali nel XXI secolo*, Milano, 2001, p. 269 ss.

<sup>6</sup> Per un approfondimento del carattere dell'autonomia della costituzione economica internazionale si v. P. PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in P. PICONE, G. SACERDOTI (a cura di), *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1982, p. 31 ss.

<sup>7</sup> M. MALAGUTI, *op. cit.*, p. 59.

Rapidità della circolazione all'interno dei mercati, delle persone, degli operatori economici e delle monete, nonché rilevanza della tecnologia che ha reso potenzialmente istantaneo quel carattere di interdipendenza tra operatori, sistemi e mercati, assumono una diversa portata in un modello di *governance* e nella stessa gestione delle crisi<sup>8</sup>. A ciò va aggiunto rispetto al passato la capacità degli stessi soggetti internazionali operanti in settori economici di incidere, a vario modo, nelle scelte economiche degli Stati dettate da esigenze di politica di bilancio nazionale.

Ovviamente, non sempre a tale incidenza corrisponde, di riflesso, un innalzamento degli standard in settori non economici. Da ciò, si sono configurate due impostazioni di approccio. Da un lato, la necessità di una riconsiderazione dei meccanismi di *governance* economica internazionale e dell'efficacia degli interventi dei diversi attori coinvolti nel perseguimento di condizioni di equilibrio economico interno e di benessere per fasce sempre più ampie di popolazione<sup>9</sup>. Dall'altro, l'attenzione ai meccanismi di *governance* si è posta in modo prevalentemente istituzionale nei suoi profili di regolamentazione, prescindendo da valutazioni sia pure indirette sulle ricadute in ordine al "costo" dei diritti<sup>10</sup>. In ogni caso, andando oltre la fase emergenziale permangono gli interrogativi relativi al ruolo che si vorrebbe assegnare alle diverse componenti della *governance* per la complessità dei suoi molteplici livelli. D'altra parte, però, si è ben consapevoli lo stesso concetto di *governance* ha, per sua natura, una complessità e un'indeterminatezza che si presta a diverse prospettive di inquadramento.

**3.** La crescita molto accelerata e diffusa in tutto il mondo nei 10-15 anni precedenti la crisi ha rappresentato il problema centrale della stessa. Gli ingenti squilibri verificatisi nelle bilance dei pagamenti con l'estero di diversi Paesi avrebbero richiesto, già da almeno un decennio prima della crisi, un coordinamento delle politiche economiche in sede multilaterale. Rispetto a ciò lo stesso Fondo monetario internazionale (FMI) ha incontrato i suoi limiti di intervento di operatività e strutturali. È ben noto che, fin dall'inizio degli anni Settanta, sono stati abbandonati i cambi fissi del cosiddetto "sistema" di Bretton Woods. A seguito di tale scelta il Fondo monetario internazionale, non ha strumenti incisivi, tempestivi per tenere ordine nei cambi che possono essere liberamente fluttuanti, o riflettere le politiche con cui i singoli Paesi

<sup>8</sup> La possibilità per gli operatori economici di agire sui mercati diversi da quello di origine, senza dovere rispondere ad un obbligo di stabilimento, è stata d'altro canto favorita dalle innovazioni nel campo delle tecnologie informatiche e delle telecomunicazioni, le quali, consentendo trasferimenti istantanei di ricchezza tra mercati anche geograficamente lontani, ha determinato una riduzione dei costi delle transazioni finanziarie internazionali. Sul punto si rinvia a G. ADINOLFI, *Le recenti evoluzioni in seno al FMI tra crisi economico finanziaria e processi di governance economica internazionale*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2011, p. 326 ss.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 327.

<sup>10</sup> Il tema del c.d. costo dei diritti si presenta di particolare attualità e interesse giuridico, considerate anche le tendenze giurisprudenziali sensibili maggiormente all'affermazione del principio di contenimento della spesa pubblica. Particolare attenzione al tema del "costo" e protezione degli standard di tutela dei diritti fondamentali si rinviene in U. VILLANI, *Tutela dei diritti fondamentali nel "dialogo" tra corti europee e giudici nazionali*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza europea*, Milano, 2010, p. 115 ss. Per uno sviluppo di tali profili, effetto delle scelte normative *post*-crisi e correlate interpretazioni giurisprudenziali, e per ulteriore bibliografia di settore si rinvia *infra* par. 5.

influenzano i corsi delle proprie monete anche acquistandole e vendendole sul mercato, in contropartita di vendite e acquisti di altre monete e altri strumenti di riserva<sup>11</sup>.

In particolare, il Fondo ha continuato a perseguire gli stessi obiettivi con altri strumenti più *soft*, previsti dal proprio statuto ed elaborati in via di prassi, vale a dire monitorando il rispetto di poche regole di condotta in materia di cambi che vi sono previste, svolgendo un'attività di sorveglianza e intervenendo in caso di crisi attraverso erogazioni di liquidità a titolo di prestito a quei Paesi membri che attraversano crisi congiunturali. Con il tempo tuttavia questa organizzazione nata come un'unione di credito ha visto i suoi membri differenziarsi sempre più nettamente in due categorie: i Paesi industrializzati – che non facevano ricorso al credito potendo fare affidamento sulle proprie risorse e sull'accesso al mercato – e tutti gli altri, che potevano avere occasionalmente bisogno dell'aiuto del Fondo<sup>12</sup>.

Ebbene, a partire dal 2007 la stessa equazione, Paesi industrializzati eguali a Paesi solidi nelle loro politiche di bilancio e nei loro mercati finanziari, è stata messa in discussione. A riprova di ciò basta soltanto tener presente che la crisi globale ha avuto origine negli Stati Uniti, Paese tra i più sviluppati, addirittura azionista di maggioranza del FMI rivelando le lacune della *global economic governance*, e l'inadeguatezza degli strumenti esistenti complessivamente considerati<sup>13</sup>.

Si è così avviata una “nuova” stagione di interventi, volta da un lato a rispondere alla crisi che si era manifestata e dall'altro a predisporre misure modificative statutarie finalizzate ad adeguare l'operatività del Fondo ai nuovi scenari internazionali. È pur vero come nonostante i diversi interventi permangono perplessità su alcuni profili e sulla capacità dello stesso Fondo di raggiungere equilibri strutturali tali da

---

<sup>11</sup> Il FMI ha inizialmente operato in un sistema di tassi di cambio fissi ma aggiustabili, imperniato sulla convertibilità del dollaro in oro, concedendo assistenza finanziaria a carattere temporaneo agli Stati membri per compensare gli squilibri delle bilance dei pagamenti. In realtà, in un primo momento, il ricorso alle risorse del Fondo fu limitato. Negli anni '70, con l'abbandono del sistema dei cambi fissi, il FMI ha esteso la propria azione agli squilibri macroeconomici, mentre ha gradualmente assunto maggiore importanza la funzione di sorveglianza sulle politiche economiche dei Paesi membri. Nel frattempo, l'attività del FMI si è indirizzata in maniera crescente verso i Paesi in via di sviluppo (PVS) ed il credito a medio termine. Con l'esplosione della crisi debitoria nei primi anni '80, il FMI diventa di fatto il gestore delle crisi finanziarie a livello globale. Le crisi finanziarie degli anni '90 (Messico, 1994-95; Asia orientale, 1997; Russia, 1998; Brasile, 1998-99; Argentina, 2001) e la transizione dei Paesi dell'Europa orientale verso l'economia di mercato hanno costituito una fase di difficile gestione del sistema finanziario internazionale e le raccomandazioni del FMI, improntate su manovre fiscali restrittive e sulla prevalenza delle considerazioni di natura macro-economica, sono spesso incorse in critiche. Per una ricostruzione dell'evoluzione del Fondo monetario internazionale nelle sue fasi di intervento si rinvia a G. SCHLITZER, *Il Fondo monetario internazionale*, Bologna, 2011.

<sup>12</sup> S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods. Analisi critica, processi di revisione in atto e proposte di riforma*, Torino, 2012, p. 33.

<sup>13</sup> Il ruolo di finanziamento è svolto dal Fondo non solo in favore dei Paesi emergenti e di quelli in via di sviluppo, ma anche nei confronti di economie avanzate che, anche e soprattutto a causa degli squilibri di finanza pubblica, sono stati costretti a ricorrere a veri e propri pacchetti di salvataggio. Si è avviata così una riflessione in ordine all'intervento del FMI per quelle economie che nella concezione “classica” non facevano ricorso al credito potendo fare affidamento sulle proprie risorse. Per un approfondimento si veda A. LIGUSTRO, *L'impatto dei Paesi emergenti sulla governance dell'economia mondiale*, in A. R. GUERRIERI, M. LORIZIO, C. NOVI (a cura di), *L'ascesa delle economie emergenti. Implicazioni economiche e giuridiche*, Milano, 2010, p. 235 ss.; M. VELLANO, *Verso il superamento del principio di parità formale degli Stati nel governo dell'economia mondiale*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 153 ss.

garantire condizioni di stabilità macroeconomica in caso di ulteriori crisi. Ciò ha riguardato non tanto gli interventi di carattere emergenziale ma quelli che hanno comportato una modifica statutaria del Fondo<sup>14</sup>.

Sotto il primo profilo vanno ricondotti gli interventi finalizzati al “contenimento” della crisi finanziaria mondiale sulle economie nazionali di Paesi sviluppati, in via di sviluppo e a economia emergente, derivanti anche da una “sinergia” tra il G20 e il FMI<sup>15</sup>.

Risposta immediata alla crisi economica finanziaria si rinviene già a partire dalla *Declaration Summit on Financial Markets and the World Economy* del 15 novembre del 2008, a cui fu allegato un *action plan* di iniziative necessarie, tra cui risultavano gli interventi di modifica istituzionale dello stesso Fondo. Certamente l’elemento di immediata attenzione del FMI all’indomani della crisi ha riguardato e riguarda tuttora l’eccedenza di debito mondiale, tanto da assumere un diversa impostazione nelle misure in ordine al rafforzamento delle attività di sostegno della bilancia dei pagamenti. In tale contesto rilevante si è posta la scelta di rivedere lo strumento finanziario del Fondo per garantire supporto finanziario ai Paesi a basso reddito, prevedendo tassi di interesse pari allo zero in un *range* di rientro di 10 anni. Da ciò l’elemento di maggiore innovazione dell’*Extendend Credit Facility* (che ha sostituito la *Poverty Reduction and Growth Facility*) ha riguardato il superamento degli elementi di condizionalità strutturale, espressione della prassi del Fondo di condizionare il trasferimento delle risorse all’adozione da parte del membro beneficiario di misure di natura strutturale, relative alla disciplina giuridica delle attività economiche<sup>16</sup>. La stessa “linea” di *favor* per la domanda di prestito si è posta, anche, alla base dell’istituzione della *Flexible Credit Line*, meccanismo di sostegno cui è possibile ricorrere in caso di squilibrio di bilancia commerciale o di conto capitale, destinata a quei Paesi che, esposti agli effetti della crisi economica globale, rischiano di avere difficoltà anche di breve periodo ad accedere ai mercati dei capitali<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> Per un approfondimento dei testi concernenti le modifiche normative a partire dagli emendamenti agli *Articles of Agreement* del Fondo approvati dal Board of Governors di cui alla risoluzione n. 23-5 adottata il 31 maggio 1968 si rinvia al sito del Fondo stesso. Per un’analisi valutativa delle scelte normative del Fondo si segnala la risoluzione n. 63-3 adottata il 5 maggio 2008 ed entrata in vigore il 18 febbraio 2011.

<sup>15</sup> Nel documento finale del vertice G20 tenutosi ad Hangzhou (4-5 settembre 2016) la “sinergia” collaborativa tra G20 e FMI si rappresenta essenziale per le azioni correttive di stabilità e controllo finanziario internazionale. Sul rapporto funzionale tra FMI e G20 si veda E. M. TRUMAN, *The G-20 and International Financial Institution Governance*, Peterson Institute for International Economics, Working Paper Series WP, 10-13 September, 2010, reperibile *online*.

<sup>16</sup> L’introduzione delle condizioni (disciplina di bilanci, promozioni alle esportazioni, credito al settore privato) ha sollevato forti critiche, perché eccessivamente onerosa per lo Stato interessato o comunque una limitazione all’esercizio dei poteri di governo che non trova fondamento nello Statuto. Anche da qui la decisione assunta il 24 marzo 2009 di non includere nelle scelte di sostegno di bilancia dei pagamenti *performance e criteria* di carattere strutturale. Il riferimento è alla decisione 14280-(09/29) del 24 marzo 2009, in *Selected Decisions and Selected Documents of the International Monetary Fund*, Washington D.C., 2010, p. 292. Nell’ambito di tali sviluppi un aspetto centrale è senz’altro costituito dalla decisione richiamata, in virtù della quale la condizionalità strutturale è stata abolita come criterio di carattere generale per la concessione di prestiti in riforma delle linee guida del 2002 ed al chiaro scopo di evitare l’imposizione di oneri eccessivi su Paesi a basso reddito richiedenti l’intervento del Fondo, conformemente a quanto emerge dal documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sulla crisi finanziaria globale ed il suo impatto sullo sviluppo. Sul punto si v. P. DE SENA, *Fondo monetario internazionale, Banca Mondiale e rispetto dei diritti dell’uomo*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *op. cit.*, p. 846.

<sup>17</sup> Nel quadro degli strumenti preventivi si inserisce, inoltre, la *Precautionary and Liquidity Line* che sostituisce la *Precautionary Credit Line*, attivata durante la fase più acuta della crisi finanziaria. Essa è

Invero, però, va evidenziato nel quadro della valutazione di tali interventi in una prospettiva di *governance* multidimensionale, come nonostante un passo in avanti verso scelte volte a favorire l'attribuzione delle risorse, permangono criticità rispetto alla incentivazione della crescita dei Paesi ricorrenti al credito, come emerge dalla prassi<sup>18</sup>.

Anche sotto il secondo profilo richiamato e riguardante gli interventi di natura statutaria, permangono criticità. In particolare, si evidenzia come, nonostante la riforma delle quote approvate dal Fondo nel 2010 preveda quasi un raddoppio delle stesse, sussistono limiti, sia concernenti la capacità di incidere dello stesso Fondo<sup>19</sup>, sia incidenti sulla stessa articolazione interna dello stesso, visto che alla ripartizione delle quote per ciascun membro sono collegati diversi effetti anche di natura statutaria.<sup>20</sup>

**4.** Procedendo l'indagine in ordine ad alcuni degli attori principali della *governance* e alla valutazione del modo di contribuire ad un rafforzamento della stessa, non si può non rappresentare il ruolo del G20 nell'ultimo decennio *post*-crisi, in cui l'attenzione prevalente ha ruotato, non tanto sulla quantità e la qualità formale delle regole, ma sul carattere incisivo delle stesse<sup>21</sup>. In tale contesto, gli Stati sono tornati a discutere della necessità di un coordinamento tra strumenti di intervento, *hard* e *soft law*, per incidere

---

destinata ai Paesi con un quadro robusto di politiche economiche la cui crisi di bilancia dei pagamenti è dovuta in massima parte a *shock* esterni.

<sup>18</sup> Viene segnalato come, malgrado l'enfasi posta sulla assenza di condizioni e di controlli *ex post* che caratterizza la *Flexible Credit Line*, gli standard previsti per accedere a tale forma di prestito sono estremamente rigorosi, con la conseguenza che di essa sembrano destinate a beneficiare in concreto le economie dei paesi emergenti o comunque di Stati che già soddisfino tali standard. Sul punto P. DE SENA, *op. cit.*, p. 846. A non dissimili conclusioni perviene anche S. CAFARO, *op. cit.*, p. 46, pur rilevando che solo in tempi recenti è riscontrabile una crescente attenzione anche da parte del FMI alle ricadute sociali del proprio intervento. Per una trattazione degli stessi aspetti si v. anche C. DORDI, *I diritti economici, sociali e culturali nelle azioni di sostegno del Fondo Monetario Internazionale*, in F. BESTAGNO (a cura di), *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009, p. 231 ss.

<sup>19</sup> Invero, nonostante il raddoppio delle quote, le stesse resterebbero molto al di sotto di quello che sarebbe giustificato dall'aumento delle dimensioni delle finanze mondiali. Per un approfondimento in ordine ai limiti operativi delle risorse del Fondo dopo gli interventi normativi successivi al 2008 e nello scenario attuale si v. V. D. CARREAU, *Le Fonds Monétaire International FMI*, Paris, 2009, p. 50 ss.; C. COTTARELLI, *Il Fondo monetario nel XXI secolo*, in IAI, 2016, reperibile *online*. Le risorse del Fondo sono messe a disposizione a seguito di un'intesa con il Paese interessato che identifica specifiche politiche, misure e condizioni su cui lo Stato deve convenire per riportare in equilibrio la propria bilancia dei pagamenti. Differenti tipologie di prestito si sono rappresentate nel corso degli anni per venire incontro alle esigenze differenziate dei beneficiari e alle specifiche circostanze che sono caratterizzate da tempi più rapidi di erogazioni e da condizioni meno onerose.

<sup>20</sup> Strettamente collegato alle quote si pone: il profilo delle risorse per un valore equivalente (art. III, sez. 1, dello Statuto); l'ammontare di valuta estera di cui si può beneficiare a sostegno della bilancia dei pagamenti (art. V, sez. 3, lett. b), il diritto di nominare o di eleggere un direttore esecutivo (art. V, sez. 3, lett. b); i voti che possono essere esercitati in seno al Comitato esecutivo e al Consiglio dei governatori (art. XII, sez. 5, lett. a). Per un approfondimento degli ulteriori profili statuari collegati alle risorse del fondo si veda G. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 300 ss.

<sup>21</sup> Invero, le linee concertate che emergono dal complesso degli atti adottati a partire dal G20 di Londra del 2009 ispirano una spiccata attenzione al rafforzamento, all'interno di un sistema coordinato di autorità di regolamentazione, dei poteri di istituzioni ed organismi economico-finanziari già esistenti. Si ha così la premessa della riforma delle istituzioni di Bretton Woods, confermando l'attitudine del G20, così come del G8, all'esplicazione di una funzione di supporto delle organizzazioni internazionali e, talora, di indirizzo e di stimolo alla loro produzione normativa. Per un approfondimento di tale profilo si v. CLUB OF MADRID, *The G20's Role in a Post-Crisis World, Final Report of a Project by the Club of Madrid*, Madrid, 2010; J. KIRTON, *G20 Governance for a Globalized World*, London, 2013.

sui poteri degli organi di vigilanza a livello nazionale ed internazionale e restituire alle istituzioni finanziarie internazionali la loro funzione primaria di *governance*<sup>22</sup>.

Centrale si è posto il rapporto pseudo-istituzionale di sinergia e convergenza tra il G20 e il FMI, già richiamato, volto a disegnare una strategia economico-finanziaria internazionale in una prospettiva che va oltre la mera emergenza. È pur vero però che il tema del coordinamento e cooperazione tra gli attori internazionali soprattutto nel settore economico-finanziario resta una delle principali disomogeneità della *governance* che in caso di crisi si manifesta nella sua debolezza<sup>23</sup>.

In ogni caso, l'esame dei comunicati degli ultimi anni conferma la linea di continuità dei lavori del G20 con quelli del FMI.<sup>24</sup> Nel corso di un decennio di attività, il G20 ha adottato una serie di *statements* che hanno riguardato le crisi finanziarie, la definizione di standard internazionali finalizzati a garantire la trasparenza della politica fiscale, la lotta agli abusi nel sistema finanziario e le attività illecite, tra cui l'evasione fiscale e il finanziamento del terrorismo internazionale. Presente in tutti i *summit* del G20, si è posto l'obiettivo del rafforzamento della regolamentazione della finanza globale<sup>25</sup>.

Si tratta della parte più complessa e di lungo termine del lavoro del G20 ma, nonostante alcuni elementi significativi, complessivamente i risultati di questo processo sembrano essere ancora insufficienti. Certo, sono stati stabiliti principi importanti, come l'introduzione di requisiti di capitalizzazione più elevati per le banche (Basilea 3)<sup>26</sup>, l'estensione di un quadro regolamentare a tutti i prodotti finanziari e agli intermediari sistematicamente importanti, come anche nuove regole sulla liquidità, sulla gestione dei rischi, e sui meccanismi per la determinazione della remunerazione affinché riducano l'incentivo del management finanziario ad assumere rischi eccessivi<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> Lo studio del rapporto tra *hard* e *soft law* si presenta una costante della tematica delle organizzazioni internazionali e della loro evoluzione. Per uno sviluppo di tale rapporto e per una bibliografia di settore si rinvia a A. DI STASI, *Le soft international organizations: una sfida per le nostre categorie giuridiche?*, in *La Comunità Internazionale*, 2014, p. 39 ss. Con particolare riferimento all'evoluzione del rapporto evolutivo G8 "versus" G20 si v. A. DI STASI, *Il contributo del G20 e del G8 alla definizione di nuove regulae dell'ordine internazionale tra effettività pseudo-istituzionale e partnership di gruppo*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2009, p. 20 ss. Con particolare riferimento alla fase *post-crisi* in ordine alle scelte G8/G20 inclusive di inefficienze normative tra *legal emergency regulations* si veda. M. PANEbianco, *Multi G8-2009, Un altro G8 multi-format, e multi-regionale*, in Id. (a cura di), *Il G8-2009, Sistema multi-regionale di Stati*, Napoli, 2010, p. 34 ss.

<sup>23</sup> L'avvio di un processo di riforma delle istituzioni finanziarie internazionali non può non tenere conto della suddetta imprescindibile esigenza di cooperazione/coordinamento tra le stesse, anche allo scopo di rispondere in maniera tempestiva ed efficace alle possibili crisi economiche e finanziarie. Sul punto si v. A. TERZI, M. VILLA, *Governance economica mondiale: il ruolo dell'Italia nel G20 e nel G7*, in ISPI, n. 115, 2015, reperibile *online*.

<sup>24</sup> Per una lettura dei comunicati si rinvia al sito del G20.

<sup>25</sup> Sin dall'autunno del 2008 i *leaders* degli Stati del G20, nel Vertice di Washington del 15 novembre, hanno adottato una *Declaration* e un *Action Plan* in risposta alle sfide poste dalla crisi finanziaria e alla sua estensione alla *world economy*.

<sup>26</sup> È pur vero però che ne è stata ritardata la piena attuazione fino al 2018. Proprio nel comunicato finale del recente G20 (Baden Baden, 17-18 marzo 2017) è stata segnalata l'importanza di concludere il negoziato di Basilea 3, entrato in stallo proprio per le divisioni fra USA ed Europa. Sul punto v. *Al G20, Europa e Cina contro gli USA*, in *Il Sole 24 ore*, 19 marzo 2017.

<sup>27</sup> Ulteriori misure sono state adottate per la creazione di un collegio di supervisori degli intermediari finanziari transnazionali, per un più incisivo monitoraggio sulle agenzie di *rating*, per la registrazione e la sorveglianza degli *hedge funds*, e per l'aumento della trasparenza nelle transazioni sui derivati *over the counter* e dei *credit default swap*.

Come segnalato, invero, per ciò che concerne gli aspetti di maggior risultato raggiunti del G20 non mancano criticità evidenziate anche dal Governatore Draghi in relazione al G20 di Baden Baden del 17-18 marzo 2017, in cui si è reso necessario ribadire l'importanza delle regole della finanza elaborate dopo la crisi, confermando l'impegno del G20 e del *Financial Stability Board* ad una piena attuazione dell'Agenda di riforme già fissata, contrariamente ai pronunciamenti per la *deregulation*<sup>28</sup>.

Al di là di alcune criticità del settore economico-finanziario, che resta comunque la priorità di azione del G20, non si può non evidenziare come i temi in agenda che vanno oltre l'economico-finanziario o non vengono posti in modo costante, così da poter prefigurare soluzioni, oppure, per alcuni di essi, non si arriva a risultati condivisi<sup>29</sup>. Esempio tangibile di queste ipotesi si rinviene proprio nel vertice G20, richiamato, ove da un lato non si è fatto nessun riferimento al cambiamento climatico e dall'altro si è accentuato lo strappo nel G20 fra gli Stati Uniti e gli altri Paesi avanzati ed emergenti sulla questione del commercio internazionale, giungendo per la prima volta a non affermare l'opposizione al protezionismo commerciale<sup>30</sup>.

5. Nei profili di costruzione ed identificazione di *governance* economica internazionale un particolare ruolo ricoprono le scelte normative compiute in seno all'Unione europea. Nella fase *post*-crisi sono state adottate soluzioni "rigide" di contenimento della spesa pubblica dettate dalla rappresentazione dei rischi derivanti dai rilevanti debiti pubblici statali e dalla necessità di politiche miranti al c.d. pareggio di bilancio, riscontrabili puntualmente anche nell'avvenuta modifica dell'art. 81 Cost. italiana, adottata in conformità del c.d. Fiscal Compact. Inevitabile per tali scelte la forte incidenza sulla sovranità degli Stati che ha richiesto anche interventi correttivi di natura costituzionale, con non poche perplessità sollevate da alcune corti costituzionali sull'ampiezza dei poteri acquisiti dall'Unione europea<sup>31</sup>.

---

<sup>28</sup> Sul punto si v. anche I. VISCO, *Intervista rilasciata dal Governatore Ignazio Visco a margine del G20 di Baden-Baden*, reperibile online.

<sup>29</sup> Ulteriore elemento di debolezza ha riguardato l'incidenza sugli squilibri globali delle partite correnti, attraverso il coordinamento di politiche macroeconomiche ed un esercizio di reciproca valutazione. Soltanto a partire dal *summit* di Pittsburgh nel settembre del 2009, il G20 ha avviato un timido tentativo di occuparsi degli squilibri macroeconomici "nell'ambito di una crescita forte, sostenibile ed equilibrata". La tematica dei limiti del G20 si può inserire in un contesto differenziato in ordine ai profili della c.d. "frammentazione" derivante da un'assenza di un c.d. governo globale. Per tale connessione si v. M. BRATERSKY, *Does Global Governance Exist?*, *Review of John Kirton's G20 Governance for a Globalized World*, in *International Organisations Research Journal*, 2014/4, p. 115 ss. Per una valutazione più ampia dell'attività del G20 e dei suoi limiti si veda anche J. KIRTON, *G20 Development Governance, 1999-2011: Involvement, Innovation, Institutionalization, Impact*, Geneva, 2011.

<sup>30</sup> Le posizioni ben note del G20 al protezionismo commerciale, consolidate negli anni, non hanno trovato nel comunicato finale una conferma, considerato che si è affermato soltanto sul punto che il G20 "lavora per rafforzare il contributo del commercio alle nostre economie. Ci impegniamo a ridurre gli squilibri globali eccessivi, promuovere maggiore inclusione ed equità nella nostra ricerca della crescita".

<sup>31</sup> Come è noto a partire dalla ben nota pronuncia del Tribunale federale tedesco (*Bundesverfassungsgericht*) del 30 giugno 2009 sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con la legge fondamentale (Grundgesetz – GG) si sono succedute una serie di pronunce costituzionali in ordine alla valutazione delle scelte successive intraprese dall'UE. Per un esame dei riflessi e scelte normative costituzionali specifiche nei diversi paesi dell'UE si rinvia a M. ADAMS, F. FABBRINI, P. LAROCHE (eds.), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Oxford, 2016. Per un'analisi delle pronunce costituzionali emesse in alcuni paesi dell'UE a seguito delle adozioni delle misure c.d. di austerità si rinvia a G. BRONZINI, *Le misure di austerità e la giurisprudenza "multilivello"*. Verso lo

Certamente, l'attuale stagione dell'Unione europea pone delle riflessioni ben più ampie della *governance* economica che richiederebbero un'analisi specifica<sup>32</sup>, rispetto alle quali si evidenzia, in ogni caso, l'importanza del profilo economico largamente inteso per la diretta incidenza sui diritti economico-sociali, la cui tutela si è posta e si pone come perseguimento dell'Unione.

A ben vedere, sotto questo profilo dall'analisi che emerge non può certo sottrarsi il dato della ricaduta diretta proprio sul contenuto dei diritti economico-sociali delle scelte di bilancio<sup>33</sup>. A differenza degli ambiti di intervento degli attori del diritto internazionale, nei settori richiamati ove il rapporto con i diritti economici e sociali non si presenta immediato, in sede di Unione europea ciò si pone diversamente considerato il "riflesso condizionato" che emerge dal mutamento di indirizzi della Corte di giustizia in tali settori<sup>34</sup>. Diversamente, incisiva è stata la scelta dell'Unione europea nel settore bancario rafforzando il sistema di vigilanza e imponendo ulteriori vincoli a garanzia del sistema creditizio e a tutela dei risparmiatori in caso di crisi.

Volgendo l'attenzione alle misure di intervento si segnala come le azioni intraprese hanno mirato a delineare una architettura delle politiche di bilancio dell'Unione europea in generale più vincolante per gli Stati membri, istituendo un quadro più rigido per il coordinamento e il controllo delle politiche di bilancio<sup>35</sup>. In tale

*scollamento tra protezione europea e protezione interna*, in *Questione giustizia*, 2015, reperibile online; D. BUTTURINI, *Il diritto della crisi economico-finanziaria tra ragioni dell'emergenza e giudizio di costituzionalità*, in *Rivista AIC*, 2016, reperibile online, p. 10 ss.; L. F. PACE, *And indeed It Was a (Failed) Nullification Crisis: The OMT Judgment of the German Federal Constitutional Court and the Winners and Losers of the Final Showdown in the OMT Case*, 2016, in *SIDI Blog*, reperibile online.

<sup>32</sup> Per una recente indagine in ordine ai profili della *governance* dell'Unione si v. M. CARTA, *La Governance dell'Unione europea al tempo della crisi*, in ID. (a cura di), *Quale futuro per l'Europa tra crisi, rilancio e utopia*, Catanzaro, 2015.

<sup>33</sup> "Ad entrare in crisi è stato l'intero sistema multilivello di protezione dei diritti dell'individuo, in specie quelli sociali, garantiti all'interno dell'Unione europea dalla Carta e dalla normativa secondaria. Ad essere interessati non sono infatti solo i diritti economici, ma anche quelli della persona". Così R. CAFARI PANICO, *L'affievolimento dei diritti nella crisi economica e politica dell'Unione europea*, in *Rivista dell'integrazione europea*, 2017/2, p. 290. L'approfondimento delle incidenze sui diritti fondamentali derivanti dalle misure di intervento adottate in ambito UE si è posto negli ultimi anni come tema di particolare interesse. Sul punto si v. *ex multis* R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 319 ss.; E. TRIGGIANI, (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011; C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, 2013, p. 1643 ss., reperibile online; P. DE PASQUALE, *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 265 ss.; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quaderni costituzionali*, 2014, p. 79 ss.; N. BRUUN, *Social Policy and Labour Law during Austerity in the European Union*, in *European Policy Analysis*, 2015/2, reperibile online; G. L. CECCHINI, *I diritti sociali nel quadro del diritto dell'Unione europea*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2016, p. 45 ss.; M. CONDINANZI, *Unione economica e monetaria e politica sociale*, in A. TIZZANO (a cura di), *Verso i 60 anni dei Trattati di Roma. Stato e prospettive dell'Unione europea*, Torino, 2016, p. 241 ss.

<sup>34</sup> Come riassuntive del mutamento di indirizzo in ordine alla ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali tra gli Stati dell'UE si vedano le sentenze della Corte di giustizia del 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Brey*, e del 14 giugno 2016, causa C-308/14, *Regno Unito*. Per un esame della giurisprudenza pregressa ispirata alle stesse linee v. G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 483 ss.

<sup>35</sup> Tra le prime azioni dell'UE si inserisce l'istituzione del Semestre europeo quale risposta ai limiti che erano scaturiti dalla c.d. strategia di Lisbona (Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo del 2000). In effetti il c.d. metodo aperto, basato sulla partecipazione volontaria senza irrogazione di sanzioni al perseguimento

scenario si inseriscono una serie di interventi adottati tra il maggio 2010 e il marzo 2012, circa dieci provvedimenti strutturali concernenti<sup>36</sup>: l'istituzione del Fondo europeo di stabilità finanziaria (FESF)<sup>37</sup>; il Patto *Euro Plus*<sup>38</sup>; il c.d. *Six Pack*<sup>39</sup>; la

mento degli obiettivi macroeconomici, si è posto come la principale causa del fallimento della stessa strategia di Lisbona, in ordine al coordinamento delle politiche macroeconomiche comprensive del risanamento di bilancio, qualità e sostenibilità delle finanze pubbliche così come rappresentati. Da qui, anche, la soluzione con l'istituzione del Semestre europeo che trova un suo fondamento già nella comunicazione del 3 marzo 2010 della Commissione *EUROPA 2020* ove si auspicava una “*governance* economica più forte” mediante la necessità di un coordinamento delle politiche economiche, incentrato non più su base volontaria, ma su un sistema strutturato (nota 51, punto 5, della Comunicazione della Commissione, *Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*). Sulla “scia” di tale percorso viene istituito il Semestre europeo il 7 settembre 2010 in seguito ad una decisione del Consiglio dei ministri finanziari (ECOFIN), quale ciclo di coordinamento delle politiche economiche e di bilancio nell’ambito dell’UE volto a coordinare al meglio gli obiettivi delle politiche nazionali in materia di bilancio, crescita ed occupazione, estendendo procedure di sorveglianza a politiche macroeconomiche più ampie. Per un approfondimento si v. S. BORRAS, C. M. RADAELLI, *The Transformation of EU Governance, the Open Method of Coordination and the Economic Crisis, in The Eurozone Crisis and the Transformation of EU Governance*, Ashgate, 2014, p. 43 ss.

<sup>36</sup> A ben vedere i provvedimenti sono ben oltre la decina se si considerano anche i provvedimenti propri del settore bancario (di cui *infra*) che hanno comportato l'istituzione dell'*European Banking Authority* (EBA), dell'*European Securities and Markets Authority* (ESMA), *European Insurance and Occupational Authority* (EIOPA). Come è noto una delle problematicità ha riguardato la base giuridica, considerato che non tutti i provvedimenti richiamati hanno trovato un loro fondamento all'interno del diritto dell'Unione. Ad esclusione del c.d. *Six Pack*, e dell'istituzione del MES e degli altri provvedimenti operanti nel settore bancario e finanziario, per gli altri provvedimenti il fondamento giuridico non è stato ricondotto all'interno dell'Unione bensì nell'ambito del diritto internazionale.

<sup>37</sup> Costituito dagli Stati membri dell'Eurozona il 9 maggio 2010 nella forma di società di diritto lussemburghese per una durata limitata a tre anni, appositamente per evitare meccanismi di *free riding* e speculazione. All'indomani della sua costituzione, com'è noto, sono stati varati programmi di sostegno in favore dell'Irlanda e del Portogallo nonché della Grecia. Dal luglio 2012 è stato sostituito dal Meccanismo europeo di stabilità, con la previsione che l'assistenza finanziaria ai Paesi insolventi fosse condizionata alla partecipazione del settore privato c.d. *bail-in*, superando i limiti del FESF finanziato tramite titoli emessi dagli Stati stessi.

<sup>38</sup> L'*Euro Plus Pact* costituisce un accordo di carattere puramente politico, adottato durante l'*Euro-summit* dell'11 marzo 2011, che si inserisce sempre nel contesto del coordinamento del risanamento dei bilanci e delle politiche economiche, e che mira a rafforzare quattro settori: competitività, occupazione, sostenibilità delle finanze pubbliche e maggiore stabilità finanziaria.

<sup>39</sup> Il *Six Pack*, quale pacchetto normativo composto da 5 regolamenti ed una direttiva mira a rafforzare e integrare l'originario Patto di stabilità e crescita agendo sui meccanismi di *governance* economica dell'Unione. Oltre alla disciplina delle sanzioni, i regolamenti del *Six Pack* rendono vincolante la procedura di sorveglianza e controllo *ex ante* ed *ex post*, così come istituita dal Semestre europeo, nonché misure sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici. Considerata la diversità di strumenti, nonostante il comune obiettivo, la base giuridica tra i regolamenti stessi, e della direttiva, si presenta diversa. Il regolamento n. 1173 del 16 novembre 2011, relativo all'effettiva esecuzione della sorveglianza di bilancio della zona euro, e il regolamento n. 1174 del 16 novembre 2011, sulle misure esecutive per la correzione degli squilibri macroeconomici eccessivi nella zona euro, si fondano sull'art. 136 TFUE, mentre il regolamento n. 1175/2011, che abroga il regolamento 1496/97 in materia di rafforzamento della sorveglianza sui bilanci pubblici e di sorveglianza e coordinamento delle politiche economiche, il regolamento n. 1176, in ordine alla previsione degli squilibri macroeconomici e di competitività e al potenziamento della procedura di riduzione degli stessi, il regolamento n. 177, che emenda il regolamento CE 1497/97 in materia di procedura di disavanzi eccessivi, nonché la direttiva 2011/85/EU, sull'introduzione di standard minimi per le finanze pubbliche si basano rispettivamente sugli articoli 121 e 126 TFUE.

creazione del Meccanismo europeo di stabilità<sup>40</sup> e il c.d. *Fiscal Compact*<sup>41</sup>, il tutto sottoposto ad un regime quinquennale di revisione (2013-2018).

Invero, la scelta da parte degli Stati, per alcuni di tali provvedimenti, di non ricercare il loro fondamento giuridico all'interno del diritto dell'Unione ha posto interrogativi concernenti la compatibilità con il diritto pregresso dell'Unione stessa, rilevando dubbi su tale emergente diritto della transizione (ovvero diritto transitorio), dal pregresso regime ad altro ancora non compiutamente definito nei suoi contorni come nei suoi contenuti. A prescindere dalle valutazioni delle corti, sia interne, che della stessa Corte di giustizia, che in ogni caso non hanno invalidato l'efficacia dei provvedimenti menzionati e messi sotto osservazione, è emerso un *modus operandi* "parallelo" dell'Unione rispetto alla logica di intervento che ha caratterizzato l'*acquis communautaire* in questi anni, aprendo la strada ad un possibile regresso verso forme di mercato meno impegnative (v. il biennio Brexit 2017-2018), ovvero ad un opposto ulteriore avanzamento di riforme verso un'Unione economica e monetaria sempre più stretta e differenziata nei suoi ritmi, *ratione materiae e ratione temporis* (c.d. Europa a due velocità).

Si profila così una nuova prospettiva della *governance* economica, velocemente disegnata sulla elasticità necessaria in regime transitorio di diritto speciale aperto a nuove regole derogatorie, meno impegnative o viceversa più stringenti per la sovranità degli Stati membri (Dichiarazione di Roma del 25 marzo 2017 sul futuro dell'Unione europea)<sup>42</sup>, per salvaguardia dell'interesse pubblico alla stabilità dell'Unione<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> Detto anche Fondo salva-Stati, è un accordo internazionale che si pone al di fuori dunque dell'ordinamento giuridico dell'Unione, firmato il 2 febbraio 2012, che trova un suo collegamento con l'Unione nella modifica dell'art. 136 TFUE, ai sensi della quale "gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme". La stessa previsione normativa subordina la concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo "a una rigorosa condizionalità" consistente nell'approvazione dei programmi di sostegno dell'accesso ai programmi di assistenza subordinati al rispetto dei criteri e delle procedure elencate dall'art. 121 TFUE. Come è noto la scelta di ricorrere ad uno strumento di diritto internazionale ha posto alcune problematiche sulla compatibilità con il sistema dell'Unione nonostante la modifica di cui all'art. 136. Tali profili hanno trovato una ricostruzione nella sentenza della Corte di giustizia del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle* (si v. in particolare punto 69). Per un approfondimento si rinvia a F. MUNARI, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 723 ss. Sempre in ordine all'operatività del MEF nell'ambito del diritto dell'Unione europea, per profili diversi si vedano anche le sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 2016, cause riunite da C-8 a 10/15 P, *Ledra Advertising*, e del 20 settembre 2016, cause riunite da C-105 a 109/15 P, *Mallis*. Per un approfondimento e bibliografia sul tema si rinvia a M. F. CUCCHIARA, *Fiscal Compact e Meccanismo Europeo di Stabilità: quale impatto sull'equilibrio istituzionale dell'Unione?*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2015, p. 91 ss.

<sup>41</sup> Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* economica e monetaria sottoscritto il 2 marzo 2012 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013, ad eccezione per il Regno Unito e la Repubblica Ceca. L'accordo internazionale contiene come è noto una serie di regole c.d. d'oro vincolanti nell'UE per il principio dell'equilibrio di bilancio. Una di queste regole, forse la più significativa, ha riguardato l'introduzione del pareggio di bilancio enunciata al secondo paragrafo dell'art. 3 del Trattato: "[l]e regole enunciate (...) producono effetti nel diritto nazionale (...) tramite disposizioni vincolanti di natura permanente – preferibilmente costituzionale".

<sup>42</sup> Sul punto si vedano gli obiettivi programmatici contenuti nella Dichiarazione dei leader dei 27 Stati membri e del Consiglio europeo, del Parlamento europeo e della Commissione europea, c.d. Dichiarazione di Roma del 25 marzo 2017.

<sup>43</sup> Sulla salvaguardia dell'interesse pubblico alla stabilità dell'Unione, si v. di recente le sentenze della Corte di giustizia dell'8 novembre 2016, causa C-41/15, *Dowling*, e del 19 luglio 2016, causa C-526/14,

Inevitabile, il riflesso di questa prospettiva a regime misto tra vecchio e nuovo sistema, proiettata, in ogni caso verso un rapporto di tensione con i diritti fondamentali, mettendo così in discussione lo stesso carattere multidimensionale della *governance* economica europea.

6. Effetto ultimo ed in un certo senso atteso e sorprendente è stata l'accelerazione delle misure di armonizzazione e ravvicinamento del diritto degli Stati membri nel settore nevralgico del diritto bancario, largamente modificato in nome del ruolo strategico riconosciuto alle leve del credito e del risparmio. La conseguente prospettiva di ricomprendere come ruolo propulsivo della *governance* anche l'Unione bancaria deriva dal fatto che alla radice della crisi ci sono stati soprattutto due fenomeni: l'eccesso di indebitamento delle grandi istituzioni bancarie negli Stati Uniti e in Europa e gli incentivi distorti creati dal sistema legale e regolatorio, che incoraggiavano banchieri e *managers* ad assumere rischi eccessivi senza troppo preoccuparsi delle conseguenze<sup>44</sup>. Questi aspetti sono stati al centro della risposta regolatoria negli anni successivi, inclusi i requisiti prudenziali introdotti dall'Unione europea. È pur vero che la lunga crisi è stata affrontata con un'ampia e variegata gamma di strumenti nei diversi Paesi, configurando un nuovo ruolo per le banche centrali e una nuova architettura della regolazione dei mercati finanziari.

Sia gli Stati Uniti, con il *Dodd-Franks Act* del 21 luglio 2010, sia l'Unione europea, con la costituzione il 24 novembre 2010 del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (SEVIF) hanno creato non solo nuove regole ma anche nuovi regolatori, dotati di compiti più ampi e incisivi sui mercati finanziari rispetto al passato<sup>45</sup>. Il nuovo sistema di vigilanza finanziaria è una parte importante del più ampio e complesso sistema di *governance* economica europea, basato sia su istituzioni già esistenti che hanno assunto nuovi e più importanti ruoli (come il Consiglio), sia su assetti nuovi, risultanti dalla combinazione di elementi preesistenti<sup>46</sup>.

---

*Kotnik*. Per un'analisi delle incidenze sui diritti fondamentali derivanti dall'applicazione di tale principio da parte degli Stati si rinvia a R. PALLADINO, *Protezione delle finanze degli Stati membri e ridefinizione delle condizioni di esercizio delle libertà fondamentali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 533 ss.

<sup>44</sup> Viene evidenziato che le grandi banche inglesi, irlandesi, olandesi, tedesche e svizzere mostravano volumi di indebitamento totale pari a quaranta, cinquanta e anche sessanta volte il capitale, addirittura più elevati di quelle delle grandi banche d'affari americane che pure furono all'origine della crisi. Per un approfondimento degli sviluppi delle nuove regole prudenziali partendo dalla crisi finanziaria si rinvia a S. MICOSI, *Dalla crisi del debito sovrano all'Unione bancaria*, in M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *L'unione bancaria europea*, Pisa, 2016, in particolare p. 31.

<sup>45</sup> Del c.d. SEVIF fanno parte tre autorità di vigilanza: l'Autorità bancaria europea, istituita con il regolamento n. 1093 del 24 novembre 2010; l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali (EIOPA) istituita con il regolamento n. 1094 del 24 novembre 2010; e l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA) istituita con il regolamento n. 1095 del 24 novembre 2010. Il punto di partenza del processo di costruzione di un nuovo sistema di regolazione e vigilanza è espresso con chiarezza nel primo 'considerando' del regolamento 1095/2010 ove si legge che "la crisi ha evidenziato gravi lacune in materia di cooperazione, coordinamento, applicazione uniforme del diritto dell'Unione e fiducia fra le autorità nazionali di vigilanza".

<sup>46</sup> Ci si è chiesti se si tratti solo di un fenomeno di variazione o di un fenomeno di mutazione costituzionale, ma la maggior parte degli studiosi, pur riconoscendo l'ampiezza e la profondità del cambiamento, lo considera ancora riconducibile all'interno del complessivo tessuto costituzionale europeo. È stato evidenziato però come nel loro complesso le misure di risposta alla crisi siano state adottate ricorrendo più frequentemente al metodo intergovernativo che non al tradizionale metodo comunitario, con un corrispondente rafforzamento del ruolo del Consiglio e dell'ECOFIN rispetto alla Commissione e al Parlamento europeo.

In questo nuovo sistema, ancora incompleto ma dotato sicuramente di tratti innovativi rispetto al passato, ha assunto un ruolo particolarmente importante l'Unione bancaria<sup>47</sup>. Per un verso l'Unione bancaria è la costruzione più complessa e anche più completa nel quadro della nuova architettura della regolazione dei mercati finanziari. Per altro verso, si evidenzia come nell'Unione bancaria è particolarmente evidente la tendenza al superamento della tradizionale integrazione per “composizione”<sup>48</sup>, che così a lungo ha caratterizzato l'ordinamento europeo a favore di una nuova integrazione per accentramento, che comporta profondi cambiamenti sia nei rapporti fra autorità di vigilanza europea ed autorità di vigilanza nazionali, sia nella strutturazione e conformazione dei poteri amministrativi esercitabili e delle forme di tutela nei confronti di quei poteri.

Come è noto l'Unione bancaria è costituita da tre meccanismi che coinvolgono in misura diversa e con ruoli differenti sia istituzioni europee, in particolare l'autorità bancaria europea (EBA) e la Banca Centrale europea (BCE), sia le autorità nazionali di vigilanza. L'intero sistema si basa su tre pilastri, separati ma strettamente e funzionalmente interconnessi tra loro: il Meccanismo di vigilanza unico (MVU), il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi (MRC) e il Sistema europeo di assicurazione sui depositi bancari. Ai sensi del regolamento 1024/2013 del 15 ottobre 2013<sup>49</sup>, il MVU configura il trasferimento a livello europeo di specifici compiti di vigilanza micro e macro-prudenziale sulle banche aventi sede negli Stati membri della zona euro<sup>50</sup>. Questo primo pilastro, già operativo, prevede che alla BCE siano attribuite specifiche competenze di vigilanza su tutte le banche dell'Unione, in virtù del fatto che la stabilità finanziaria degli Stati membri può essere messa a repentaglio non solo da “turbolenze” che interessino le banche cc.dd. “*too big to fail*”, ma anche da difficoltà di istituti relativamente piccoli, che possono comportare un impatto negativo significativo sull'equilibrio generale del sistema. Di conseguenza, alla BCE sono stati attribuiti specifici compiti di vigilanza indispensabili ad individuare i rischi che minacciano la solidità delle banche<sup>51</sup>.

---

Per un approfondimento di tali aspetti profili si rinvia a L. TORCHIA, *La nuova governance economica dell'Unione europea e l'Unione bancaria*, in M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, p. 53 ss. Per una valutazione della legittimità della nuova architettura in ordine alle norme attributive dei poteri dell'ESMA relativamente al divieto di operazioni c.d. *short selling* si v. sentenza *Regno Unito*. Diversamente con particolare riferimento alla BCE in materia di *Outright monetary transactions* v. sentenza *Gauweiler*.

<sup>47</sup> Per un approfondimento si rinvia alla bibliografia italiana e straniera richiamata nei diversi contributi in M. P. CHITI, V. SANTORO (a cura di), *op. cit.*, *passim*.

<sup>48</sup> L. TORCHIA, *op. cit.*, p. 54.

<sup>49</sup> Il regolamento 1024/2013, che attribuisce alla Banca centrale europea compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi, istituisce il primo pilastro dell'Unione bancaria, prevedendo la possibilità per gli Stati UE non appartenenti alla zona euro di stabilire una “stretta cooperazione” con la BCE, in modo tale da coordinare le proprie politiche con quelle dell'implementando progetto europeo. L'art. 7 del suddetto regolamento recita, infatti: “[n]ei limiti stabiliti dal presente articolo, la BCE assolve i compiti [di vigilanza micro- e macro-prudenziale] in relazione agli enti creditizi stabiliti in uno Stato membro la cui moneta non è l'euro, laddove essa e l'autorità nazionale competente dello Stato membro in questione abbiano instaurato una cooperazione stretta a norma del presente articolo”.

<sup>50</sup> Va segnalato come la Commissione ha previsto la possibilità di instaurare una “stretta cooperazione” con la BCE per tutti quegli Stati membri che, pur non avendo adottato la moneta unica, intendano partecipare al MVU.

<sup>51</sup> La BCE è diventata, così, l'autorità preposta, *inter alia*, ad autorizzare gli enti creditizi, a valutare le partecipazioni qualificate, ad accertare il soddisfacimento dei requisiti patrimoniali minimi, ad ac-

La creazione del secondo pilastro, il Meccanismo unico di risoluzione delle crisi, giunge dopo una serie di atti normativi “preparatori”, espressione della difficoltà di individuare punti di convergenza tra l’Unione e gli Stati membri<sup>52</sup>. Un primo livello di armonizzazione sovranazionale dei meccanismi di risoluzione è stato attuato con l’adozione della direttiva 2014/59/UE del 15 maggio 2014 (la c.d. “BRRD” – *Bank Recovery and Resolution Directive*) che disciplina il quadro normativo relativo al risanamento e risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento. Mentre con l’adozione del testo definitivo del regolamento 806/2014 del 15 luglio 2014 si è giunti ad una procedura uniforme per la risoluzione della crisi degli enti creditizi.

Così come configurato il Meccanismo unico di risoluzione prevede l’istituzione di un’Autorità di risoluzione per le crisi bancarie<sup>53</sup> che dispone di un fondo salva banche (FRC). In caso di incapienza a fronte di crisi il sistema prevede una clausola di sicurezza comune (c.d. *backstop*) che garantisca liquidità nel caso in cui i fondi del FRC o dei suoi compartimenti nazionali dovessero dimostrarsi insufficienti a fronteggiare la crisi.

A completamento dell’Unione bancaria si pone il terzo pilastro riguardante un Sistema europeo di assicurazione sui depositi bancari<sup>54</sup>, ancora in fase di realizzazione. L’obiettivo del sistema, in primo luogo, è quello di ridurre la vulnerabilità dei titolari dei depositi bancari di fronte a *shock* locali di grande portata. Funzionale a ciò si pone l’ulteriore obiettivo volto ad attenuare il legame tra le banche e i loro emittenti sovrani nazionali, basandosi sul sistema esistente, costituito, da sistemi nazionali di garanzia dei depositi istituiti.

7. In conclusione si è finora constatato come l’ultimo decennio abbia evidenziato, sotto il “nome” di crisi economica internazionale, una chiara disarmonia tra i vari livelli normativi, internazionale, europeo e statale<sup>55</sup>, fra loro non convergenti nelle scelte economiche di fondo, producendo ricadute negative ai fini della tutela dei diritti fondamentali, economico e sociali, degli individui e delle stesse imprese.

Come è noto tradizionalmente lo studio della *governance* economica si basa su tre ordini di prospettive: rappresentatività/legittimazione; *accountability* ed efficacia ed efficienza<sup>56</sup>. Allo stesso tempo si è consapevoli che un’indagine esaustiva dello studio della *governance* economica avrebbe ricompreso altri settori e attori internazionali pubblici e privati.

Sommessamente si è preferito circoscrivere l’ambito di indagine alla valutazione della sussistenza o meno, nella fase attuale, del c.d. carattere multidimensionale della

---

certare l’adeguatezza del capitale interno rispetto al profilo di rischio dell’ente creditizio, ad imporre l’obbligo di adottare eventuali misure correttive.

<sup>52</sup> L’idea di creare un meccanismo unico per fronteggiare situazioni di stress economico-finanziario ben si collega al celebre argomento per cui le banche avrebbero una vita “internazionale”, ma una morte “nazionale”.

<sup>53</sup> Composta da un *board* esecutivo, con direttore e quattro membri permanenti e una “sessione plenaria” cui partecipano i 18 rappresentanti delle autorità di risoluzione nazionali.

<sup>54</sup> Proposta di regolamento adottata il 24 novembre 2015 che modifica il regolamento (UE) n. 806/2014 al fine di istituire un sistema europeo di assicurazione dei depositi, COM (2015) 586 fin.

<sup>55</sup> Nella dottrina recente i dislivelli prodottisi tra le opposte esigenze del cosmopolitismo economico o della globalizzazione commerciale, rispetto alle opposte esigenze del protezionismo economico di gruppi continentali di Stati e di Stati singoli, risultano ben evidente in vari autori. Cfr. sul punto A. L. VALVO, *Crisi europea e cosmopolitismo post-globale*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2016, p. 253 ss.

<sup>56</sup> Per lo sviluppo di tali prospettive e per una bibliografia di settore si rinvia a S. CAFARO, *op. cit.*, in particolare pp. 10 ss. e 101 ss.

*governance*. Dallo sviluppo della crisi è emersa una nuova esigenza di riflessione costruttiva e costitutiva sull'apparato della *governance* economica non solo internazionale ma anche europea. Si tratta di un'esigenza difficile da soddisfare, considerato che nella dimensione internazionale essa si inserisce in un quadro di delineate criticità derivanti dal c.d. processo di settorializzazione della costituzione del diritto internazionale<sup>57</sup>. Diversamente a livello europeo, la ricerca sistematica di una *governance* economica sconta diverse scelte, tra cui quella di differenziare la competenza esclusiva della politica monetaria in capo all'UE (art. 3 TFUE) dalla politica economica basata sul mero coordinamento tra gli Stati membri (art. 5 TFUE)<sup>58</sup>.

In tale contesto si inseriscono le ricadute delle scelte normative compiute a livello internazionale ed europeo in un rapporto di tensione, tra esigenze di prevenzione di ulteriori crisi – visto il forte indebitamento a livello mondiale dei Paesi ritenuti industrializzati – e tutela dei settori non propriamente economici, nonché di sviluppo dei diritti economici e sociali in ambito UE. Sia pur immediati nella risposta alla crisi gli interventi strutturali in ambito del Fondo monetario internazionale non sembrano dalla prassi orientarsi verso uno sviluppo favorevole ai bisogni sociali dei Paesi che ricorrono al Fondo. Allo stesso tempo il ruolo propulsivo che aveva assunto il G20 a partire dal vertice di Londra del 2-3 aprile 2009, non sembra trovare una conferma a distanza di quasi di un decennio. A risultati non dissimili si perviene nella analisi dell'attuale *governance* economica europea, le cui recenti scelte iper-normative ispirate a logiche di pareggio di bilancio hanno inciso sul carattere multidimensionale della stessa, il cui “prezzo” è pagato dagli standard di tutela dei diritti economici e sociali, per il cui rilancio occorrerà attendere una nuova “identità europea”<sup>59</sup>.

## Abstract

### The Limits of the Economic Governance in the International and European System

Following the 2007-2009 crisis, we have witnessed a series of emergency interventions of supranational origin, by international and supranational organizations as well as bodies of different nature, such as international groups of states. With this series of normative interventions, a ‘new’ phase of reflection began. The present study purports to assess the impact of certain normative solutions on areas other than the ones targeted by the interventions, on both an EU and an international law level.

<sup>57</sup> Per uno sviluppo del pensiero di predetto inquadramento si v. J. KLABBERS, A. PETERS, G. UFLSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, New York, 2009, in particolare p. 200 ss.

<sup>58</sup> Per un approfondimento di tali ambiti nella fase attuale si veda A. DAMATO, P. DE PASQUALE (a cura di), *Politica economica e monetaria dell'Unione europea. Procedura legislativa e ruolo delle istituzioni*, Napoli, 2016; G. L. TOSATO, *L'Unione economica e monetaria: evoluzione e criticità legali*, in A. TIZZANO (a cura di), *op. cit.*, p. 234 ss.; S. CAFARO, *L'unione economica e monetaria dopo la crisi*, Napoli, 2017; L. DANIELE, P. SIMONE, R. CISOTTA (eds.), *Democracy in EMU in the Aftermath of the Crisis*, Heidelberg, 2017.

<sup>59</sup> E. TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, Bari, 2015, p. 201.

Oreste Pallotta\*

# *Public e private antitrust enforcement* alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. – 2. Le finalità della direttiva 2014/104/UE sul *private antitrust enforcement*. – 3 Il nuovo rapporto tra *public* e *private antitrust enforcement* risultante dalla direttiva. – 4. La controversa questione della vincolatività delle decisioni nazionali. – 5. Le guarentigie per i poteri delle autorità di concorrenza. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Con il decreto legislativo n. 3 del 19 gennaio 2017<sup>1</sup> il Governo italiano ha dato *in extremis* attuazione alla direttiva 2014/104/UE sulle azioni di risarcimento del danno derivante dalla violazione degli articoli 101 e 102 TFUE e dall'eventuale contestuale violazione delle norme nazionali in materia di concorrenza<sup>2</sup>. Nel frattempo, data l'importanza dell'intervento legislativo dell'Unione e la rilevanza del tema, si è anche sedimentata una consistente dottrina in materia<sup>3</sup>.

\* Docente a contratto di Diritto della concorrenza dell'UE nell'Università degli studi di Napoli Federico II.

<sup>1</sup> Il decreto è stato adottato in attuazione della delega contenuta all'art. 2 della l. di delegazione europea 9 luglio 2015, n. 114, recante "Delega al Governo per il recepimento delle direttive europee e l'attuazione di altri atti dell'Unione europea – Legge di delegazione europea 2014". In commento, si veda su tutti P. MANZINI (a cura di), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza – Commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, 2017.

<sup>2</sup> Direttiva 2014/04/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 novembre 2014, relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea.

<sup>3</sup> Un'analisi dei documenti preparatori alla direttiva o della direttiva stessa è contenuta, *inter alia*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009; G. BRUZZONE, A. SAIJA, *Verso il recepimento della direttiva sul private enforcement del diritto antitrust*, in *Concorrenza e mercato 2014*, Milano, 2014, p. 257 ss.; nonché J. S. KORTMANN, *The Draft Directive on Antitrust Damages Actions and its likely Effects on National Law*, in A. S. HARTKAMP, C. H. SIEBURGH, L. A. D. KEUS, J. S. KORTMANN (eds.), *The Influence of EU Law on the National Private Law*, 2014, p. 661 ss.; T. M. J. MOLLERS, *Private Enforcement of Competition Law in Europe: The Directive Proposal for Damages for Infringements of Competition Law*, in *Europa e diritto privato*, 2014, p. 821 ss.; C. F. WEIDT, *The Directive on Actions for Antitrust Damages after Passing the European Parliament*, in *European Competition Law Review*, 2014, p. 438 ss.; C. BRÖMMELMEYER, *Directive Private enforcement: l'Union européenne dépasse-t-elle les bornes?*, in *La semaine juridique*, 2015, p. 555 ss.; K. A. DIEHL, *Europe's new Directive on Antitrust Damages*, in *Global Competition Litigation Review*, 2015, p. 34 ss.; C. FRATEA, *Il private enforcement del diritto della concorrenza dell'Unione europea – Profili europei, internazionalprivatistici e interni*, Napoli, 2015; P. HECKER, *La directive "private enforcement": un pre-*

Il momento appare dunque propizio per interrogarsi sulla portata della direttiva in questione, sulla condivisibilità di alcune questioni di principio che essa introduce e, in definitiva, sugli effetti che essa produrrà tanto sugli ordinamenti nazionali quanto sul generale sistema di *enforcement* delle norme di concorrenza dell'Unione. Nel contempo, tale esercizio conduce inevitabilmente anche a considerazioni in ordine alla sostanziale aderenza o meno delle soluzioni di recepimento prescelte dal legislatore interno, relativamente a quanto qui ci occupa.

Appare piuttosto evidente, infatti, che la direttiva sul risarcimento del danno *antitrust* non possa essere confinata al semplice obiettivo di armonizzazione delle norme processual-civilistiche interne, poiché essa introduce alcune disposizioni di "sistema" dotate di una certa portata innovativa tanto per gli ordinamenti nazionali quanto per lo stesso meccanismo di applicazione decentrata delle norme UE di concorrenza, per come definitivamente venutosi a delineare con la complessiva riforma dell'*enforcement antitrust* del 2003<sup>4</sup> e fino ad oggi operante.

Ad una simile considerazione sembrano in particolare condurre le previsioni sull'effetto vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza nei giudizi civili di risarcimento del danno anticompetitivo<sup>5</sup>, nonché le varie disposizioni tese a salvaguardare l'effetto utile, per così dire, dei poteri delle autorità pubbliche di concorrenza (Commissione compresa) tutte le volte che esso rischi di essere

---

*mier bilan mitigé*, in *Journal de droit européen*, 2015, p. 235 ss.; P. IANNUCELLI, *La responsabilità delle imprese nel diritto della concorrenza dell'Unione europea e la direttiva 2014/104*, Milano, 2015; P. PIZZI, *Il recepimento della direttiva europea in tema di risarcimento dei danni anticoncorrenziali: problemi e soluzioni*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2015, p. 519 ss.; B. SEELOS, *The New Directive on Private Enforcement on EU Competition Law: The Way Forward in its Implementation*, in *Austrian Competition Journal*, 2015, p. 15 ss.; B. GILBERTI, *Public e private enforcement nell'art. 9, co. 1 della direttiva antitrust 104/2014. Il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2016, p. 78 ss. Si veda anche G. ALPA, *Diritto privato europeo*, Milano, 2016, p. 478 ss., specialmente sul tema del nesso causale. Più in generale sul risarcimento del danno *antitrust*, cfr. *ex multis* A. ROCCHIETTI MARCH, *Il risarcimento del danno da illecito antitrust*, in A. CATRICALÀ, E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti nella concorrenza*, Torino, 2011, p. 487 ss.; P. CAPRILE, *La messa in opera delle regole di concorrenza da parte dei giudici nazionali (private enforcement)*, in A. FRIGNANI, S. BARIATTI (a cura di), *Disciplina della concorrenza nella UE*, Milano, 2012, p. 679 ss.; D. GULLO, *Commento all'art. 101 TFUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, in particolare p. 1009 ss.; D. ASHTON, D. HENRY, *Competition Damages Actions in the EU: Law and Practice*, Cheltenham, 2013; B. CORTESE, *Damages Actions in Private Antitrust Enforcement: Introductory Notes*, in B. CORTESE (ed.), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2013, p. 257 ss.; F. AMATO, *Commento all'art. 101 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, specialmente p. 1044 ss.; N. DUNNE, *The Role of Private Enforcement within EU Competition Law*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2014, p. 143 ss.; M. LIBERTINI, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 455 ss.; S. MARINO, *Alcune novità nel private enforcement del diritto della concorrenza*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2014, p. 75 ss.; J. DERENNE, E. M. DE RIVERY, N. PETIT (eds.), *Antitrust Damages in EU Law and Policy*, Bruges, 2015; I. LIANOS, P. DAVIS, P. NEBBIA, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford, 2015.

<sup>4</sup> Sistema risultante dall'entrata in vigore del regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato. Al riguardo, si veda A. GIRAUD, *L'impact de le réforme du private enforcement sur l'équilibre institutionnel de mise en œuvre du droit de la concurrence*, in *Revue Lamy de la concurrence*, 2015, p. 110 ss.

<sup>5</sup> In questo senso, cfr. P. COMOGLIO, *Commento all'art. 33 L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in L. C. UBERTAZZI (a cura di), *Commentario breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, Padova, 2016, p. 3396. Sul tema si veda anche G. DI FEDERICO, *Effetti delle decisioni definitive degli organi nazionali e delle decisioni definitive degli organi degli altri Stati membri*, in P. MANZINI (a cura di), *op. cit.*, p. 62 ss.

compromesso – per le ragioni appresso enucleate – dalle azioni civili dei privati<sup>6</sup>. Disposizioni di questo tipo inducono, dunque, ad una rimeditazione dei rapporti tra *public e private antitrust enforcement* finora attestatisi – come noto – sul parallelismo delle competenze e sul sistema del c.d. “doppio binario”.

D'altra parte, potrebbero rappresentare riprove in tal senso anche alcune sottili resistenze del legislatore interno, che appaiono emergere dal testo del decreto interno di recepimento della direttiva sui danni, dalle quali sembrerebbe appunto trasparire una obiettiva e forse giustificata difficoltà di adeguamento alle soluzioni che la direttiva impone agli Stati.

Ad esempio, a leggere il d.lgs. 3/2017, ci si potrebbe interrogare sulla conformità ai dettami del legislatore europeo – secondo quanto si argomenterà meglio *infra* – dell'art. 7, intitolato “Effetti delle decisioni dell'autorità garante della concorrenza”, nella misura in cui esso sembrerebbe limitare al solo autore dell'infrazione anticompetitiva gli effetti vincolanti della decisione dell'autorità nazionale di concorrenza nel successivo giudizio risarcitorio, mentre il testo della direttiva chiaramente non pone alcuna limitazione soggettiva a simili effetti. Al contempo, nel medesimo art. 7, il legislatore nazionale sembra voler propendere per l'approccio più minimalista possibile rispetto al tema dell'efficacia delle decisioni delle autorità di concorrenza degli altri Paesi membri, degradando direttamente *ex lege* la valenza probatoria della decisione di un'altra autorità a mera prova “valutabile insieme ad altre prove”, laddove, invece, il legislatore UE prescrive che tali decisioni vengano considerate “*almeno a titolo di prova prima facie*” della violazione *antitrust* e possano (corsivo aggiunto) “se del caso, essere valutat[e] insieme ad altre prove adottate dalle parti” (art. 9, par. 2, della direttiva).

Ciò considerato, è possibile ritenere che le suindicate difformità, certamente significative in punto di corretta trasposizione della direttiva in quanto potrebbero mutare non poco l'assetto probatorio prescritto dal legislatore UE, nascano dalla (peraltro condivisibile) esigenza di salvaguardare nell'ordinamento italiano il ruolo del giudice che, secondo l'insegnamento tradizionale, resta pur sempre *peritus peritorum* e garantito nella sua indipendenza di giudizio dal proprio libero convincimento. D'altra parte, occorre anche tenere presente l'annoso dibattito interno sul fondamento costituzionale delle autorità indipendenti<sup>7</sup>, sulla loro legittimazione democratica e sull'ammissibilità dell'esercizio di un potere “paragiurisdizionale” da parte di tali istituzioni; questioni, queste, che la scelta del legislatore UE di rendere vincolati al *decisum* delle autorità nazionali di concorrenza addirittura i giudici interni, instaurando una sorta di dipendenza decisionale tra la sede amministrativa e quella giurisdizionale, rende nuovamente attuali, se non le amplifica<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Sintomatiche di una simile tensione sono, ad esempio, le preoccupazioni che in premessa alla stessa direttiva vengono sollevate in ordine alla divulgazione di prove costituite in procedimenti amministrativi nell'ambito dei giudizi civili; cfr. ventiseiesimo ‘considerando’ della direttiva. Al riguardo, si veda compiutamente F. FERRARO, *L'esibizione e l'utilizzo delle prove del fascicolo dell'Autorità garante della concorrenza*, in P. MANZINI (a cura di), *op. cit.*, p. 44 ss.

<sup>7</sup> Sul tema si veda M. CLARICH, *Autorità indipendenti – Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005, p. 110 ss. Per una ricostruzione della dimensione europea del fenomeno delle autorità indipendenti, si veda anche C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa dell'Unione europea*, in M. P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, specialmente p. 224 ss.

<sup>8</sup> Invero, dubbi sulla legittimità costituzionale ed UE dell'effetto vincolante delle decisioni *antitrust* già si rinvencono in S. BARIATTI, L. PERFETTI, *Prime osservazioni sulle previsioni del “Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust” della Commissio-*

2. Poste queste premesse, vari sono quindi i dubbi che possono essere sollevati sull'impianto generale della direttiva e sulla sua effettiva funzionalizzazione al buon esito delle azioni di risarcimento dei danni *antitrust*.

Dalla lettura tanto dei 'considerando' quanto dei vari documenti preparatori<sup>9</sup> si desume, infatti, che la direttiva miri complessivamente, da un lato, ad offrire maggiori possibilità di successo alle azioni risarcitorie che, inevitabilmente, subiscono la connaturata asimmetria informativa degli attori danneggiati rispetto alle imprese convenute; dall'altro, a non "sbilanciare" troppo il doppio binario di tutela dalla parte del *private antitrust enforcement*, a detrimento del *public antitrust enforcement*, così vanificando e depotenziando i poteri di contrasto della Commissione europea, come ad esempio dimostra la famosa (e annosa) questione dell'accesso alla prove prodotte dalla stesse imprese colluse nei programmi di clemenza<sup>10</sup>.

Considerate queste due macro-finalità, occorre però osservare, quanto alla tutela dei privati, che la direttiva in buona sostanza codifica regole e principi già desumibili dall'ordinamento generale UE (come, ad esempio, il diritto ad un pieno risarcimento)<sup>11</sup> oppure sviluppati in via pretoria proprio con specifico riferimento alle azioni di risarcimento del danno anticoncorrenziale<sup>12</sup>.

---

*ne e del Codice del consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *op. cit.*, p. 3 ss., ma specialmente alla p. 25 ss.

<sup>9</sup> Libro Verde, Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2005)672 def., del 19 dicembre 2005; Libro Bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie, COM(2008)165 def., del 2 aprile 2008.

<sup>10</sup> In proposito, si vedano R. MASTROIANNI, *Osservazioni sul sistema italiano di applicazione decentrata del diritto comunitario della concorrenza: i recenti sviluppi*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 2007, p. 22 ss., specialmente p. 34 ss.; P. CASSINIS, *I programmi di leniency e il rilievo per l'antitrust private enforcement*, in L. F. PACE (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, 2013, p. 397 ss.; B. NASCIBENE, *Interaction between Leniency Programmes and Damages Actions in Antitrust Law: Perspectives for Collective Redress*, in *World Competition*, 2013, p. 269 ss.; nonché T. ACKERMANN, *The Interaction of Public and Private Antitrust Enforcement: The Calculation of Fines and Damages*, in K. HÜSCHELRAITH, H. SCHWEITZER (eds.), *Public and Private Enforcement of Competition Law in Europe*, Berlin, 2014, p. 63 ss.; W. BOSCH, *The Role of Fines in the Public Enforcement of Competition Law*, *ivi*, p. 53 ss.; T. MÄGER, *The Interaction of Public and Private Enforcement: The Calculation and Reconciliation of Fines and Damages in Europe and Germany*, *ivi*, p. 77 ss.; A. MONTANARI, *Programmi di clemenza e azione risarcitoria nella direttiva europea sul risarcimento del danno: convivenza possibile?*, in *Concorrenza e mercato 2014*, cit., p. 115 ss.; C. REY, *The Interaction between Public and Private Enforcement of Competition Law, and especially the Interaction between the Interests of Private Claimants and those of Leniency Applicants*, in *Global Competition Litigation Review*, 2015, p. 109 ss.

<sup>11</sup> Il primo paragrafo dell'art. 3 della direttiva prevede che "[g]li Stati membri provvedono a che qualsiasi persona fisica o giuridica che abbia subito un danno causato da una violazione del diritto della concorrenza possa chiedere e ottenere il pieno risarcimento per tale danno", precisandosi poi, al secondo paragrafo, che "[i]l pieno risarcimento pone una persona che abbia subito un danno nella situazione in cui si sarebbe trovata se la violazione del diritto della concorrenza non fosse stata commessa. Esso comprende quindi il diritto al risarcimento per il danno emergente e per il lucro cessante, oltre al pagamento di interessi". Il riconoscimento del *neminem laedere* tra i principi generali del diritto UE risale però, come ben noto, ai tempi della sentenza della Corte di giustizia del 19 novembre 1991, cause riunite C-6 e 9/90, *Francovich e a.*. Per una ricostruzione sistematica di tale principio nell'ordinamento europeo, si veda F. FERRARO, *La responsabilità risarcitoria degli Stati per violazione del diritto dell'Unione*, Milano, 2012.

<sup>12</sup> Sentenze della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage e Crehan*, e del 13 luglio 2006, cause riunite da C-295 a 298/04, *Manfredi e a.*, sulle quali si veda, tra i tanti commenti, L. F. PACE, *L'applicazione del diritto antitrust da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'"armonizzazione negativa" della Corte di giustizia e l'esperienza italiana*, in *Studi sull'integrazione*

Come noto, infatti, anche in assenza della direttiva in esame, la giurisprudenza di Lussemburgo aveva da tempo affermato, sulla scorta degli effetti diretti degli articoli 101 e 102 TFUE<sup>13</sup>, il diritto al completo risarcimento dei danni *antitrust*, sebbene nel Trattato sia menzionata la sola nullità di pieno diritto dei cartelli anticoncorrenziali<sup>14</sup>, riconoscendo peraltro ampia legittimazione ad agire a chiunque abbia un interesse giuridicamente rilevante, comprese le imprese aderenti ai cartelli ma che vi abbiano avuto un ruolo marginale<sup>15</sup>, i consumatori finali<sup>16</sup> ed addirittura gli eventuali soggetti terzi estranei a qualsivoglia forma di rapporto negoziale con le imprese autrici della violazione anticompetitiva (la questione dei c.d. *umbrella effects*)<sup>17</sup>.

La Corte di giustizia si è poi da tempo espressa anche su non poche questioni di natura processual-civilistica in tema di azioni di danno, sebbene attraverso un generale rinvio all'autonomia procedurale degli Stati membri; alla discrezionalità nazionale i giudici di Lussemburgo hanno infatti demandato l'individuazione dei giudici competenti a decidere sul danno anticoncorrenziale, la determinazione del termine di prescrizione per le azioni di danno ed i criteri per stabilire l'entità del risarcimento<sup>18</sup>, non escludendo nemmeno del tutto la possibilità di danni punitivi entro i limiti dell'indebito arricchimento<sup>19</sup>. Il limite all'autonomia statale è stato poi

---

*europaea*, 2011, p. 483 ss. Esempio in tal senso può essere considerato l'art. 4 della direttiva che contiene previsioni del tutto ricognitive dei generali principi di effettività e di equivalenza.

<sup>13</sup> La diretta efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE non richiede certo approfondimenti, trattandosi di un tema discusso e chiarito sin dagli albori del funzionamento del mercato interno. Basti solo considerare che la questione della diretta applicabilità degli articoli in parola (all'epoca articoli 85 e 86 CEE) venne già positivamente risolta da Capotorti, secondo il quale "il modo in cui il citato art. 85 n. 1 descrive l'oggetto del divieto non consente di dubitare della sua immediata applicabilità", ritenendo che "alle medesime conclusioni conduce, poi, l'esame dell'oggetto dell'art. 86". Cfr. F. CAPOTORTI, *Sull'efficacia delle «regole di concorrenza applicabili alle imprese» della Comunità Economica Europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1959, p. 3 ss.; in tema di diretta applicabilità si vedano anche, in via del tutto esemplificativa, T. BALLARINO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 379 ss.; G. TE-SAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012, VII ed., p. 627 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 613 ss.; E. CANNIZZARO, L. F. PACE, *Le politiche di concorrenza*, in G. STROZZI (a cura di), *Diritto dell'Unione europea - Parte speciale*, Torino, 2015, p. 321 ss.; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2016, p. 249 ss.

<sup>14</sup> Sulla portata delle nullità *antitrust* si v., in via esemplificativa, G. MANGIONE, *La nullità delle intese (art. 101, par. 2, TFUE)*, in A. CATRICALÀ, P. TROIANO (a cura di), *op. cit.*, p. 52 ss.; M. T. D'ALESSIO, *op. cit.*, in particolare pp. 782-783.

<sup>15</sup> Cfr. sentenza *Courage*.

<sup>16</sup> Cfr. sentenza *Manfredi*; sul tema si rinvia a J. DREXL, *Consumer Actions after the Adoption of the EU Directive on Damage Claims for Competition Law Infringements*, in *AIDA*, 2015, p. 126 ss.; M. IOANNIDOU, *Consumer Involvement in Private EU Competition Law Enforcement*, Oxford, 2015. In dottrina, comunque, ancora si dibatte sul ruolo dei consumatori finali nella politica di concorrenza, sostenendosi, ad esempio, che "[l]e finalità della politica di concorrenza in ambito europeo rispondono ad esigenze profondamente diverse rispetto a quelle del diritto antitrust americano: se le seconde sono mirate alla massimizzazione del benessere dei consumatori, le prime sono infatti strumentali al conseguimento dell'obiettivo dell'integrazione dei mercati europei" (corsivo nel testo). Così M. MEGLIANI, *La politica di concorrenza*, in U. DRAETTA, N. PARISI (a cura di), *Elementi di diritto dell'Unione europea - Parte speciale - Il diritto sostanziale*, Milano, 2014, p. 202.

<sup>17</sup> Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 24 ottobre 2013, causa C-510/11 P, *Kone e a.*; sul tema della legittimazione ad agire, cfr. P. FATTORI, *La legittimazione attiva e passiva nell'azione antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 283 ss.

<sup>18</sup> Si veda la sentenza *Manfredi*.

<sup>19</sup> Cfr. punti 92-94 della citata sentenza *Manfredi*, dove si legge che "[p]er quanto riguarda la concessione di un risarcimento danni e un'eventuale possibilità di liquidare danni punitivi, in mancanza di

naturalmente rintracciato nel rispetto del diritto dell'UE e, più in particolare, dei fondamentali principi dell'equivalenza e dell'effettività<sup>20</sup>.

Ebbene, su tutti questi temi non si riesce a rinvenire un contributo innovativo della direttiva che, piuttosto, sembra limitarsi ad una sedimentazione e codificazione del sostrato giurisprudenziale<sup>21</sup>. D'altra parte, è lo stesso dodicesimo 'considerando' della direttiva a precisare che essa "ribadisce l'acquis comunitario relativo al diritto di ottenere un risarcimento per il danno causato da violazioni del diritto della concorrenza dell'Unione, in particolare per quanto riguarda la legittimazione ad agire e la definizione del danno, come statuito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, e non ne pregiudica alcun ulteriore sviluppo" (corsivo aggiunto). Di contro, ben più significative ed innovative appaiono le disposizioni relative ai rapporti tra *private* e *public enforcement*, quali – oltre a quelle relative al predetto valore vincolante delle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza – le disposizioni sulla limitazione dell'accesso alle prove contenute nei programmi di clemenza o nei procedimenti di *settlements*.

Possono quindi sorgere al commentatore alcuni dubbi sulla reale portata della direttiva alla prova dei fatti: se cioè essa possa davvero rappresentare il nuovo volano per il successo delle azioni di danno *antitrust* intentate dai privati o se, piuttosto, essa non rappresenti uno schermo protettivo per la politica di concorrenza della Commissione europea e delle autorità nazionali rispetto alle compromissioni ed interferenze derivanti proprio, paradossalmente, da una eccessiva dilatazione delle azioni privatistiche.

Un simile dubbio può naturalmente essere sciolto solo alla luce della successiva prassi; ma, sebbene occorra inevitabilmente riservarsi ogni valutazione in ordine agli effetti derivanti dall'implementazione della direttiva nei singoli ordinamenti nazionali, ciò che appare già evidente è come il sistema di applicazione decentrata delle norme UE di concorrenza risulti significativamente modificato dall'approvazione della direttiva sul *private enforcement* rispetto all'impianto prefigurato dal regolamento CE 1/2003<sup>22</sup>. Su questo rilevante tema di carattere generale occorre allora soffermarsi in dettaglio.

---

disposizioni comunitarie in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire i criteri che consentono di determinare l'entità del risarcimento, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati. (...) A tale riguardo, da un lato, in conformità del principio di equivalenza, una forma particolare di risarcimento, qual è il risarcimento esemplare o punitivo, deve poter essere riconosciuta nell'ambito di azioni fondate sulle regole comunitarie di concorrenza, qualora possa esserlo nell'ambito di azioni analoghe fondate sul diritto interno".

<sup>20</sup> Cfr. sentenza *Courage*, punto 29. Per una completa ricostruzione, si veda P. PIVA, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale nel diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012.

<sup>21</sup> E ciò nonostante l'art. 1, par. 1, della direttiva, nel definire il suo oggetto ed ambito di applicazione, ambiziosamente precisi che essa "stabilisce alcune norme *necessary* per garantire che chiunque abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto della concorrenza da parte di un'impresa o un'associazione di imprese possa esercitare in maniera efficace il diritto di chiedere a tale impresa o associazione il pieno risarcimento di tale danno" (corsivo aggiunto).

<sup>22</sup> Sul tema si veda B. NASCIBENE, *Commento all'art. 1 – Applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *L'applicazione del diritto comunitario della concorrenza – Commentario al regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002*, Milano, 2007, p. 11 ss.; F. MUNARI, *Antitrust Enforcement after the Entry into Force of Regulation No. 1/2003: The Interplay between the Commission and the NCAs and the Need for an Enhanced Role of National Courts*, in *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, cit., p. 111 ss.

3. Secondo il suo art. 1, par. 2, la direttiva “stabilisce norme per il *coordinamento* fra l’applicazione delle regole di concorrenza da parte delle autorità garanti della concorrenza e l’applicazione di tali regole nelle azioni per il risarcimento del danno dinanzi ai giudici nazionali” (corsivo aggiunto)<sup>23</sup>. L’introduzione di norme di raccordo tra le due forme di applicazione del diritto UE della concorrenza rappresenta, quindi, il secondo obiettivo dichiarato della direttiva, che si aggiunge alla finalità di garantire il pieno ed effettivo risarcimento dei soggetti danneggiati dalle condotte anticoncorrenziali delle imprese.

Attualmente, il sistema di applicazione delle norme *antitrust* UE è sorretto, come noto, dal parallelismo delle competenze tra Commissione ed autorità nazionali di concorrenza, da un lato, e giudici nazionali, dall’altro<sup>24</sup>. Tale parallelismo – comunemente definito “doppio binario” – si giustifica non solo con l’esigenza di assicurare un’applicazione quanto più diffusa e pervasiva possibile delle norme europee di concorrenza in funzione della realizzazione del mercato unico, ma anche alla luce dell’ontologica diversità degli interessi primari alla cui tutela sono rispettivamente preordinate le autorità pubbliche e le giurisdizioni nazionali.

Come infatti precisato dalla stessa Commissione europea, il regolamento 1/2003 “riconosce in particolare le funzioni complementari della Commissione e delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri che agiscono nell’interesse pubblico e delle giurisdizioni degli Stati membri che si pronunciano su controversie private per la tutela dei diritti individuali derivanti dagli articoli 81 ed 82 [101 e 102]”<sup>25</sup>. Si tratta di funzioni complementari perché quanto maggiore è la portata dell’intervento di contrasto della Commissione europea o delle autorità nazionali di concorrenza verso condotte anticompetitive degli Stati e/o delle imprese, tanto più le posizioni giuridiche dei singoli (siano essi concorrenti o consumatori) risultano garantite; così come, quanto più i giudici riescono ad assicurare tutela alle posizioni giuridiche soggettive lese dagli illeciti *antitrust*, tanto più ne beneficia la generale politica di concorrenza. Ma la complementarità implica necessariamente la diversità di funzioni.

Ed infatti è stata la stessa Commissione ad aver per prima chiarito che, “mentre le giurisdizioni nazionali sono chiamate a tutelare i diritti individuali”<sup>26</sup>, essa “deve agire nell’interesse pubblico”<sup>27</sup>, al pari delle autorità nazionali di concorrenza<sup>28</sup>. Tale diversità di funzioni conduce quindi a rilevanti conseguenze pratiche, come la discrezionalità delle autorità pubbliche sull’apertura delle indagini, la facoltà di fissare ordini di priorità e soglie di rilevanza delle fattispecie, di concludere i pro-

---

<sup>23</sup> Sul tema generale del coordinamento tra *public* e *private antitrust enforcement*, si veda P. IANNUCELLI, *op. cit.*, specialmente p. 157 ss.; nonché B. L. BOSCHETTI, *Enforcement del diritto antitrust e risarcimento del danno*, in *Concorrenza e mercato 2013*, Milano, 2013, p. 27 ss.; G. FONDERICO, *Public e private enforcement*, in *AIDA*, 2015, p. 3 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione sulla procedura applicabile alle denunce presentate alla Commissione ai sensi degli articoli 81 e 82 del Trattato, par. 1.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Ivi*, par. 8.

<sup>27</sup> *Ivi*, par. 27.

<sup>28</sup> Ancor più chiara sul punto è la Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell’UE ai fini dell’applicazione degli articoli 81 e 82 del trattato CE, laddove afferma che “quando una persona fisica o giuridica chiede al giudice nazionale di tutelare i suoi diritti soggettivi, le giurisdizioni nazionali svolgono nell’applicazione degli articoli 81 e 82 una funzione specifica, che è diversa dall’applicazione fattane nell’interesse pubblico dalla Commissione o dalle autorità nazionali garanti della concorrenza” (par. 4).

cedimenti senza accertamento dell'infrazione mediante impegni o senza sanzione attraverso i programmi di clemenza.

Non può certo essere questa la sede di trattazione dei predetti istituti, ma ciò che qui si vuole evidenziare è come ogni singolo istituto e/o procedimento applicato e/o condotto da un'autorità pubblica di concorrenza sia teleologicamente orientato al raggiungimento dell'interesse primario al cui soddisfacimento dette autorità sono preordinate: la tutela della libera concorrenza come bene pubblico<sup>29</sup>.

Ciò consente alle autorità pubbliche di concorrenza (Commissione e autorità nazionali) di giungere finanche a sacrificare gli interessi privati sottostanti, che – nella prospettiva della predetta funzionalizzazione – degradano ad interessi secondari da contemperare in vista del raggiungimento dell'interesse primario al mantenimento del libero gioco della concorrenza<sup>30</sup>. Ed allora – come si cercherà di argomentare appresso – la gerarchizzazione della fase giudiziaria rispetto a quella amministrativa, secondo quanto oggi la direttiva sul *private enforcement* introduce col suo art. 9 per le *follow-on actions*, è già concettualmente opinabile in sé, poiché subordina in tale tipologia di azioni l'accertamento obbligatorio del giudice, che è finalizzato alla piena reintegrazione delle situazioni giuridiche lese<sup>31</sup>, ad un accertamento altamente discrezionale nell'*an* e nel *quomodo* (quello delle autorità *antitrust*), in quanto appunto funzionale al miglior perseguimento dell'obiettivo pubblico primario attraverso l'ottimizzazione delle risorse.

Peraltro, la limitazione del potere decisionale del giudice del risarcimento non appare nemmeno giustificata da esigenze di applicazione uniforme del diritto della concorrenza UE e neppure dalla (sebbene innegabile) difficoltà istruttoria che il giudice comune incontra allorché è chiamato, come nel caso delle controversie inerenti gli illeciti *antitrust*, ad effettuare valutazioni su questioni economiche e giuridiche complesse. Tutte queste esigenze, infatti, già furono affrontate in sede di approvazione del regolamento 1/2003 e con la costituzione dell'*European Competition Network*, allorché, sia con il regolamento medesimo che col conseguente “pacchetto” di comunicazioni della Commissione europea, sono stati introdotti nel sistema di *enforcement* i diversi meccanismi di collaborazione tra i vari partecipanti alla rete pubblica di autorità nel rispetto delle loro diversità di funzioni.

La soluzione oggi imposta dalla direttiva (*id est* rendere le decisioni amministrative vincolanti per i giudici nazionali) può apparire dunque non strettamente necessaria e probabilmente esorbitante, come si dirà, anche rispetto alle stesse competenze dell'Unione nella misura in cui incide sulla configurazione dei rapporti tra poteri interni, ben al di là del generale principio di leale cooperazione.

Occorre quindi brevemente passare in rassegna il sistema di cooperazione dettato dal regolamento 1/2003.

<sup>29</sup> In tema si veda P. DE PASQUALE, *Diritto dell'Unione europea e procedimenti davanti alle autorità indipendenti*, in S. M. CARBONE (a cura di), *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht – Verso nuove regole*, Napoli, 2013, p. 433 ss.

<sup>30</sup> A tale riguardo cfr. G. DI FEDERICO, *La riforma del procedimento comunitario antitrust e i diritti di difesa*, Napoli, 2008, p. 145, dove ben si spiega che “è evidente che la Commissione non può ritenersi ‘terza’ rispetto al procedimento dinanzi ad essa pendente. Essa è necessariamente promotrice di interessi generali [...]. Pertanto [...] non potrà non tener conto delle priorità e delle prerogative che essa stessa si impone”. *Mutatis mutandis*, stesso vale per le autorità nazionali di concorrenza e per i procedimenti pendenti dinanzi ad esse.

<sup>31</sup> Sui vantaggi derivanti agli attori dalle azioni private cfr. Comunicazione sulle denunce, cit., par. 16.

Innanzitutto, sembra utile premettere che l'art. 2 del regolamento dispone che “[i]n tutti i procedimenti nazionali o comunitari relativi all'applicazione degli articoli [101] e [102] del trattato, l'onere della prova di un'infrazione dell'articolo [101], paragrafo 1, o dell'articolo [102] del trattato incombe alla parte o all'autorità che asserisce tale infrazione. Incombe invece all'impresa o associazione di imprese che invoca l'applicazione dell'articolo [101], paragrafo 3, del trattato l'onere di provare che le condizioni in esso enunciate sono soddisfatte”<sup>32</sup>. Poiché l'articolo in questione stabilisce una regola generale di ripartizione dell'onere della prova per tutti i procedimenti di applicazione delle norme antitrust UE, quindi anche dinanzi ai giudici nazionali, ogni forma di sottrazione dall'onere probatorio o limitazione dei diritti di prova contraria non dovrebbe essere consentita; ma su questo si cercherà di argomentare meglio analizzando la predetta vincolatività.

Ciò detto, il regolamento 1/2003 fonda il suo impianto sul generale principio di leale cooperazione tra le istituzioni europee e quelle nazionali che, tradotto all'interno dell'*European Competition Network*, impone una leale collaborazione di tipo triangolare tra Commissione europea, autorità di concorrenza degli Stati membri e giudici nazionali<sup>33</sup>; tutto, evidentemente, funzionalizzato all'applicazione efficace ed uniforme delle norme antitrust del Trattato<sup>34</sup>.

Più nel dettaglio, limitandoci al tema – qui di interesse – del *private enforcement*, l'art. 15 del regolamento 1/2003 detta disposizioni intese a creare un meccanismo di collaborazione tra la Commissione europea e le giurisdizioni nazionali<sup>35</sup>. I giudici nazionali, infatti, hanno la facoltà di chiedere alla Commissione europea di fornire loro le informazioni in suo possesso e pareri su questioni attinenti l'applicazione delle regole UE di concorrenza; dal canto loro, hanno l'obbligo di trasmettere “senza indugio” copia delle sentenze che applicano tali disposizioni. Inoltre, sia la Commissione europea (nel solo caso sia necessario per l'applicazione uniforme delle norme antitrust UE) che le autorità nazionali di concorrenza possono presentare osservazioni alle giurisdizioni nazionali in ordine a questioni derivanti dall'applicazione delle norme europee di concorrenza e, a tal fine, ottenere i documenti necessari a valutare la questione sottomessa.

Ancor più pervasive sono poi le disposizioni dettate dall'art. 16 del regolamento 1/2003<sup>36</sup>, in base al quale i giudici nazionali, quando fanno applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE rispetto a fattispecie anticompetitive già oggetto di scrutinio da parte della Commissione europea, “non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione”; qualora, invece, sul medesimo caso oggetto di giudizio penda un procedimento di accertamento dinanzi alla Commissione, i giudici si devono premurare di non adottare pronunce “in contrasto

<sup>32</sup> In proposito si veda B. NASCIBENE, *Commento all'art. 2 – Onere della prova*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>33</sup> Cfr. in particolare il quindicesimo ed il ventunesimo ‘considerando’ del regolamento 1/2003.

<sup>34</sup> Cfr. anche L. DANIELE, *Commento all'art. 3 – Rapporto fra gli articoli 81 e 82 e le legislazioni nazionali in materia di concorrenza*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 36 ss.

<sup>35</sup> Si veda C. FAVILLI, *Commento all'art. 15 – Cooperazione con le giurisdizioni nazionali*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 176 ss.; nonché O. MAIN, *I rapporti tra Commissione, Autorità nazionali e giudici nel settore antitrust*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 405 ss.

<sup>36</sup> Per un approfondimento di tale disposizione, si veda A. ADINOLFI, *Commento all'art. 16 – Applicazione uniforme del diritto comunitario*, in A. ADINOLFI, L. DANIELE, B. NASCIBENE, S. AMADEO (a cura di), *op. cit.*, p. 188 ss.

con una decisione della Commissione in procedimenti da essa avviati”, valutando opportunamente anche la sospensione del giudizio dinanzi ad essi pendente.

La corretta ed uniforme interpretazione delle norme UE di concorrenza in sede di applicazione decentrata è in più presidiata dai vari regolamenti di esenzione della Commissione europea, dai suoi precedenti e dai numerosi atti di *soft law* che, comunque, producono effetti obbligatori per i giudici nazionali<sup>37</sup>.

Ciò detto, il meccanismo descritto non determina purtroppo un completo assoggettamento del giudice interno alle decisioni della Commissione europea, ben potendo l'organo nazionale, nell'esercizio del proprio libero convincimento, sollevare una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso in cui intenda decidere in modo contrario ad una decisione della Commissione. Peraltro, nel caso in cui una decisione della Commissione sia stata oggetto di un ricorso per annullamento, il giudice nazionale può sospendere il giudizio in attesa della sentenza definitiva dei giudici dell'Unione, se non intenda invece egli stesso procedere all'effettuazione di un rinvio pregiudiziale di validità<sup>38</sup>.

Dal breve *excursus* effettuato, si può quindi agevolmente ricavare come il legislatore comunitario del 2003 si fosse già adeguatamente preoccupato di introdurre meccanismi di sufficiente coordinamento tra il *public* ed il *private antitrust enforcement*.

4. Delle numerose disposizioni che la direttiva 2014/104/UE introduce in materia di risarcimento del danno *antitrust*, quella che più colpisce l'attenzione è senz'altro l'art. 9, par. 1, che disciplina gli effetti delle decisioni nazionali. In base a tale previsione, diviene oggi vincolante per il giudice del risarcimento l'accertamento degli illeciti anticoncorrenziali contenuto in decisioni definitive delle autorità nazionali di concorrenza ovvero in sentenze definitive del giudice del ricorso<sup>39</sup>.

Se si confronta la novità della disposizione in parola con le regole attualmente esistenti nell'ordinamento italiano, si può ben osservare come la previsione di cui all'art. 9, par. 1, della direttiva si spinga oltre il consolidato orientamento – formato dalla giurisprudenza interna proprio per facilitare il buon esito delle azioni private ed ovviare ai limiti dell'effettivo accertamento che un giudice ordinario può compiere – secondo il quale le decisioni delle autorità per la concorrenza assumono il valore di prova “privilegiata”<sup>40</sup>. L'art. 9 della direttiva pone infatti in capo al giudice del risarcimento

<sup>37</sup> A tale riguardo, si veda quanto precisato nella Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra la Commissione e le giurisdizioni degli Stati membri dell'UE, cit., par. 8.

<sup>38</sup> *Ivi*, par. 14.

<sup>39</sup> Più precisamente, tale disposizione stabilisce che “[g]li Stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione definitiva di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'articolo 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza”. In commento a tale disposizione, si vedano A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, p. 51 ss.; nonché M. MEROLA, L. ARMATI, *The Binding Effect of NCA Decisions under the Damages Directive: Rationale and Practical Implications*, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2016, p. 87 ss.

<sup>40</sup> Cfr. *ex plurimis* Cassazione civile, Sez. VI, ordinanza del 16/01/2013, n. 5327, secondo la quale “nel giudizio promosso dal consumatore, ed avente ad oggetto il risarcimento del danno da questi patito in conseguenza di un'illecita intesa restrittiva della concorrenza posta in essere dal professionista, gli atti del procedimento, in esito al quale l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato ha accertato la sussistenza di un'intesa orizzontale tra le compagnie assicuratrici ed irrogato al professionista una sanzione, costituiscono una prova privilegiata, nel senso che al professionista è consentito fornire la prova contraria dei fatti accertati, senza che sia possibile nel giudizio civile rimettere in discussione i fatti costitutivi dell'affermazione di

un vero e proprio obbligo di conformazione alle decisioni delle autorità nazionali di concorrenza divenute definitive, eliminando ogni margine di autonomo apprezzamento e libero convincimento del giudice in ordine all'accertamento del fatto illecito.

Ciò detto, la *ratio* di una tale previsione risiede, stando a quanto spiegato al trentaquattresimo 'considerando' della direttiva, nell'esigenza di aumentare la certezza del diritto, di evitare decisioni confliggenti nell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE, di innalzare il livello di efficacia delle azioni di danno *antitrust* e così, in definitiva, di garantire meglio il funzionamento del mercato interno a beneficio delle imprese concorrenti e dei consumatori finali<sup>41</sup>.

Lo stesso trentaquattresimo 'considerando' chiarisce anche l'ambito della vincolatività delle decisioni relative ad un'infrazione, assicurando che il "giudicato" copre unicamente la natura della violazione, nonché la sua portata materiale, personale, temporale e territoriale; peraltro, lo stesso testo dell'art. 9, par. 1, della direttiva riferisce la vincolatività della decisione interna alla sola constatazione della violazione del diritto della concorrenza. Ciò, comunque, non riduce l'impatto innovativo della disposizione in commento, visto che al giudice civile del risarcimento residua solo l'individuazione del nesso eziologico e l'accertamento del danno, con conseguente quantificazione. Ne risulta evidente l'incidenza sul parallelismo delle competenze e del doppio binario nei casi di c.d. *follow-on actions*.

Nel contempo, la disposizione comprime anche i diritti di difesa, poiché riduce ai minimi termini le possibilità concesse al convenuto di un'azione civile *antitrust* di tipo *follow-on* di fornire la prova contraria, potendosi anch'egli unicamente limitare alla contestazione del nesso eziologico tra fatto illecito (ormai provato *per tabulas*) ed il preteso danno, della sussistenza di quest'ultimo, ovvero alla eccezione di prescrizione<sup>42</sup>. Parimenti, la disposizione in questione potrebbe anche risultare limitativa dei diritti dell'attore a fornire prove circa l'eventuale maggiore portata e/o durata dell'illecito *antitrust* rispetto a quanto accertato dalle autorità nazionali di concorrenza, nelle ipotesi in cui l'avvio del procedimento *antitrust* abbia riguar-

---

sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede". Sulla giurisprudenza inerente la valenza probatoria delle decisioni *antitrust*, cfr. M. TAVASSI, *Il risarcimento del danno in materia antitrust nella esperienza dei giudici italiani*, in F. ROSSI DAL POZZO, B. NASCIBENE (a cura di), *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>41</sup> Peraltro – spiega ancora il trentaquattresimo 'considerando' – "[t]ali decisioni sono adottate solamente dopo che la Commissione è stata informata della decisione prevista oppure, in mancanza di essa, di qualsiasi altro documento che esponga la linea d'azione proposta a norma dell'articolo 11, paragrafo 4, del regolamento (CE) n. 1/2003 e nel caso in cui la Commissione non abbia privato l'autorità nazionale garante della concorrenza della sua competenza tramite l'avvio di un procedimento, conformemente all'articolo 11, paragrafo 6, di tale regolamento. La Commissione dovrebbe garantire l'applicazione coerente del diritto della concorrenza dell'Unione fornendo alle autorità nazionali garanti della concorrenza orientamenti a livello bilaterale e nell'ambito della rete europea della concorrenza".

<sup>42</sup> Peraltro, sulla natura lungolatente del danno *antitrust*, secondo la nostra giurisprudenza interna, si veda Cassazione, sentenze del 3 aprile 2014, n. 4587, e del 15 ottobre 2014, n. 12043, secondo le quali la decorrenza del termine per richiedere il risarcimento inizia a decorrere dal momento percettivo in cui, con un sufficiente grado di certezza, la parte che lamenta il danno può averne avuto coscienza. Su questo solco si pone peraltro oggi l'art. 10, par. 2, della direttiva, in base al quale il termine prescrizione "non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione".

dato condotte temporalmente e/o materialmente più estese di quanto risultante dal provvedimento sanzionatorio finale.

Nei suoi lavori preparatori la Commissione rintraccia il precedente logico-giuridico di tale previsione nell'art. 16 del regolamento 1/2003<sup>43</sup>, che a sua volta codifica i principi sanciti dalla giurisprudenza comunitaria circa il rapporto tra le decisioni della Commissione europea e le pronunce dei giudici nazionali<sup>44</sup>. Come accennato innanzi, infatti, l'art. 16 introduce in capo ai giudici nazionali l'obbligo di evitare pronunce "in contrasto" con le decisioni adottate o contemplate dalla Commissione, attribuendo preminenza all'accertamento compiuto dall'esecutivo europeo. Una tale similitudine giustificativa però non convince per diverse ragioni.

In primo luogo, la vincolatività delle decisioni della Commissione europea per le giurisdizioni nazionali appare essere un precipitato del generale principio del primato del diritto UE, in specie delle norme di concorrenza del Trattato, essendo l'esecutivo europeo l'istituzione cui compete in ultima istanza la realizzazione della politica europea di concorrenza, col solo limite del controllo giurisdizionale della Corte di giustizia e della funzione nomofilattica esercitata da quest'ultima. Conseguentemente, sotto il profilo interno, la limitazione che deriva all'indipendenza dei giudici dalle decisioni della Commissione europea può ascriversi alla limitazione di sovranità acconsentita dagli articoli 11 e 117, co. 1, Cost. ed all'obbligo di conformazione riconducibile al generale dovere di rispetto del diritto UE da parte dei giudici, pena la responsabilità risarcitoria dello Stato sulla scorta della ben nota giurisprudenza *Köbler*<sup>45</sup>.

Come spiegato dalla Corte di giustizia prima ancora dell'entrata in vigore del regolamento 1/2003, "l'obbligo, imposto agli Stati membri dall'art. 5 del Trattato, di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'*adempimento degli obblighi derivanti dal diritto comunitario* e di astenersi dall'adottare i provvedimenti che possono mettere in pericolo la realizzazione degli scopi del Trattato vale per *tutti gli organi* degli Stati membri, ivi *compresi*, nell'ambito di loro competenza, *quelli giurisdizionali*" (corsivo aggiunto); ne consegue pertanto, sempre secondo la Corte di Lussemburgo, che "i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado"<sup>46</sup>.

Al contrario, il carattere vincolante delle decisioni delle autorità garanti nazionali, sebbene applicative degli articoli 101 e 102 TFUE, non può in alcun modo essere ricondotto nell'alveo del primato del diritto dell'Unione, trattandosi pur sempre di provvedimenti amministrativi interni. La vincolatività di tali decisioni, imposta mediante la direttiva, appare anzi suscettibile di riserve alla luce del rispetto del principio delle com-

<sup>43</sup> Cfr. par. 2.3 del Libro Bianco, cit., laddove la Commissione spiega il suo punto di vista, precisando – forse un po' semplicisticamente – che "non vede alcuna ragione per cui una decisione definitiva adottata ai sensi dell'articolo [101] o [102] da un'autorità nazionale della rete europea della concorrenza (ECN) e una sentenza definitiva emessa da una corte d'appello, che conferma la decisione dell'autorità nazionale o che constata essa stessa un'infrazione, non debbano essere accettate in ogni Stato membro come prova inconfutabile dell'infrazione in successive cause civili per il risarcimento dei danni antitrust".

<sup>44</sup> Sul carattere sostanzialmente ricognitivo della pregressa giurisprudenza, si v. il precitato commento di A. ADINOLFI, *op. cit.*, all'art. 16 del regolamento 1/2003.

<sup>45</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 2003, causa C-224/01. Cfr. A. ADINOLFI, *op. cit.*, specialmente p. 203 ss.

<sup>46</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, causa C-344/98, *Masterfoods Ltd*, punti 49 e 52.

petenze di attribuzione e dell'autonomia statale, spettando agli ordinamenti nazionali la determinazione dei rapporti tra le loro autorità indipendenti ed i giudici nazionali, in quanto intimamente connessi all'assetto costituzionale di ciascun Paese membro.

In secondo luogo, l'effetto diretto degli articoli 101 e 102 TFUE comporta la loro completa "giustiziabilità"; poiché le "giurisdizioni nazionali svolgono una funzione essenziale nell'applicazione delle regole di concorrenza comunitarie (...) occorrerebbe quindi consentire loro di applicare *pienamente* gli articoli [101 e 102] del trattato" (corsivo aggiunto)<sup>47</sup>. Tuttavia, l'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE non può certo dirsi piena allorché, nelle azioni consequenziali di danno, si sottrae al giudice interno la possibilità di valutare proprio la sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito *antitrust* e, quindi, delle condizioni di applicazione dei predetti articoli.

In terzo luogo, l'obbligatorietà per il giudice del risarcimento delle decisioni delle autorità *antitrust* nazionali rischia di introdurre nel giudizio civile taluni profili d'incompatibilità coi principi contenuti nella CEDU, tutte le volte che le decisioni nazionali *antitrust* siano state assunte nell'ambito di un procedimento amministrativo che non garantisca il *due process*<sup>48</sup>; e questo può specialmente accadere quando le decisioni delle autorità di concorrenza interne siano divenute definitive per decorrenza dei termini di impugnazione e, quindi, non siano state successivamente vagliate da un giudice del ricorso dotato di giurisdizione piena.

In proposito, occorre infatti osservare che – come in parte si è accennato – le autorità di concorrenza nazionali, al pari della Commissione europea, non possono mai, per loro stessa natura, atteggiarsi ad istituzioni veramente terze ed imparziali, essendo per loro stessa genesi e per compiti istituzionali preordinate alla realizzazione della politica di concorrenza ed al perseguimento di determinati interessi pubblici; ed anche quando svolgono attività di tipo "para-giurisdizionale", cumulano su di loro tanto la funzione, per così dire, inquirente quanto quella giudicante.

Come noto, nella sentenza *Menarini* la Corte EDU – partendo dalla natura sostanzialmente penale delle ammende *antitrust* in ragione della loro particolare afflittività e del carattere primario del bene che esse tutelano – ha chiarito che "[I]a conformità con l'articolo 6 della Convenzione non esclude che in un procedimento di natura amministrativa, una "pena" sia inflitta da un'autorità amministrativa". Tuttavia, per la Corte di Strasburgo, "[s]i presuppone però che la decisione di un'autorità amministrativa che non soddisfi le condizioni di cui all'articolo 6 § 1 debba subire un controllo a posteriori da un organo giudiziario avente giurisdizione piena". In più – aggiunge la Corte EDU – "tra le caratteristiche di un organo giudiziario avente piena giurisdizione vi è il potere di riformare in ogni modo, in fatto come in diritto, la decisione, resa da un organo di grado inferiore. Detto giudice deve essere competente a *giudicare tutte le questioni* di fatto e di diritto rilevanti per la controversia per cui è adito" (corsivo aggiunto)<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Così il settimo 'considerando' del regolamento 1/2003 per giustificare l'introduzione del regime di eccezione legale.

<sup>48</sup> Sul tema, più in generale, si veda B. NASCIBENE, *Fair Trial and Rights of the Defense in Antitrust Proceedings before the Commission: a Need for Reform?*, in *European Law Review*, 2013, p. 573 ss. Osservazioni sugli aspetti critici rispetto alle garanzie CEDU e costituzionali si rinvengono anche in M. SIRAGUSA, *L'effetto delle decisioni delle autorità nazionali della concorrenza nei giudizi per il risarcimento del danno: la proposta della Commissione e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Concorrenza e mercato 2014*, p. 297 ss.

<sup>49</sup> Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics S.R.L. c. Italia*.

Non sembra dunque un caso che, all'art. 7, secondo cpv., del decreto di recepimento italiano, il legislatore interno abbia avuto cura di precisare che “[i]l sindacato del giudice del ricorso comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche ai profili tecnici che non presentano un oggettivo margine di opinabilità, il cui esame sia necessario per giudicare la legittimità della decisione medesima”.

Occorre quindi chiedersi – a parere di chi scrive – se sia conforme alla CEDU l’attribuzione del carattere vincolante per il giudice civile anche delle decisioni *antitrust* che siano divenute definitive senza un successivo vaglio giurisprudenziale; o se invece, rispetto ad esse, l’eventuale giudizio civile risarcitorio non possa piuttosto configurare la sede per recuperare il rispetto delle garanzie processuali CEDU, attraverso la (contro)verifica di tutti gli elementi di fatto e di diritto della decisione nazionale da parte del giudice interno, sebbene in un’ottica risarcitoria e non di tipo demolitorio, qual è tipica del giudice amministrativo.

In quarto luogo, l’assoggettamento del giudice civile alle decisioni di un’ autorità amministrativa – specie se non impugnate – può porre in effetti più di una questione di compatibilità costituzionale<sup>50</sup>. Tali rischi di conflitto appaiono peraltro implicitamente emergere dalla stessa “Relazione illustrativa del Governo”, dalla quale sembrerebbe trasparire l’esigenza di un’interpretazione della previsione in parola costituzionalmente orientata tanto al diritto di difesa, quanto al principio della sottoposizione del giudice unicamente alla legge ed al diritto ad un giudice indipendente<sup>51</sup>. A quest’ultimo riguardo, occorre poi considerare che l’indipendenza dei giudici è non solo un caposaldo costituzionale interno<sup>52</sup>, ma anche un principio generale tutelato tanto dall’ordinamento UE<sup>53</sup> quanto dalla CEDU<sup>54</sup>.

Il richiamo ai summenzionati principi potrebbe quindi rappresentare la giustificazione di alcune difformità che sembrerebbero emergere dal testo dell’art. 7 del

<sup>50</sup> Per un’ampia disamina dei profili interni riconnessi alla vincolatività in questione, si veda B. GILBERTI, *Accertamento amministrativo e risarcimento del danno nell’art. 9, co. 1 della Direttiva antitrust 104/2014*, in *AIDA*, 2015, p. 154 ss.

<sup>51</sup> Si legge infatti nella Relazione che “[l]’effetto dell’accertamento contenuto nel provvedimento dell’autorità nei confronti dell’autore della violazione [...] appare [...] compatibile con i principi costituzionali in materia di diritto di difesa, poiché la sostanziale limitazione dei poteri processuali della parte convenuta, che non può dare prova contraria dell’eventuale violazione che sia accertata in via definitiva, va coordinata con la piena garanzia giurisdizionale accordata all’autore della violazione nei confronti dei provvedimenti sanzionatori dell’autorità”. Peraltro – continua la Relazione – “il principio di soggezione del giudice (solo) alla legge non ammette che il giudice civile davanti al quale viene proposta un’azione di responsabilità, sulla base della constatazione della violazione delle regole di concorrenza contenuta in una decisione dell’autorità garante semplicemente inoppugnabile, sia ad essa comunque, vincolato, anche di fronte ad una evidente illegittimità” (cfr. pp. 10-11).

<sup>52</sup> Tra le prime pronunce in materia, C. Cost. n. 8 del 1962, la quale tuttavia – pur nel ribadire che il giudice è vincolato solo alla legge “in modo che egli sia chiamato ad applicarla senza interferenze od interventi al di fuori di essa” – ha nel contempo precisato che “la Costituzione non esclude affatto la possibilità che il legislatore emani norme le quali, senza incidere su quei principi, valgano a regolare l’attività degli organi giurisdizionali, dettando disposizioni che il giudice è tenuto ad applicare nell’esercizio delle sue funzioni”.

<sup>53</sup> Cfr. in via esemplificativa la sentenza della Corte di giustizia dell’11 gennaio 2000, cause riunite C-174/98 P e C-189/98 P, *Paesi Bassi e van der Wal*, punto 17, dove la Corte, proprio in un giudizio in materia di concorrenza, ricorda che “il principio generale di diritto comunitario secondo cui ogni persona ha diritto a un processo equo, che si ispira all’art. 6 della CEDU [...], comporta il diritto a un tribunale indipendente, in particolare indipendente dal potere esecutivo”.

<sup>54</sup> Sul tema si veda F. GAMBINI, *Commento all’art. 6*, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Padova, 2012, p. 176 ss.

d.lgs. 3/2017 (invero non proprio cristallino) rispetto al corrispondente art. 9 della direttiva. Difatti, il primo comma dell'art. 7 – se preso alla lettera – potrebbe condurre ad un'applicazione riduttiva dell'effetto vincolante delle decisioni *antitrust* nei confronti della sola parte convenuta nella consequenziale azione civile di danni. Ciò essenzialmente per l'enfasi che il predetto articolo pone sulle imprese che abbiano commesso l'infrazione (“[a]i fini dell'azione per il risarcimento del danno si ritiene definitivamente accertata, nei confronti dell'autore, la violazione del diritto della concorrenza (...)”, corsivo aggiunto); enfasi peraltro ribadita al secondo comma del medesimo articolo, riferito all'efficacia probante di una decisione dell'autorità di altro Paese UE, che, *verbatim*, “costituisce prova, nei confronti dell'autore, della natura della violazione e della sua portata materiale, personale, temporale e territoriale, valutabile insieme ad altre prove” (corsivo aggiunto).

Il secondo paragrafo dell'art. 7 sembrerebbe dunque ancora più chiaro nella sua portata limitativa, poiché l'inciso relativo all'autore della violazione viene direttamente riferito alla prova. Ne potrebbe così essere altresì confermata l'idea che la vincolatività delle decisioni *antitrust* sia riferita al solo autore della violazione, parte convenuta nel processo civile sui danni.

In quinto luogo, il complessivo sistema delineato dall'art. 9 della direttiva rischia di contrastare con il principio dell'autorità della cosa giudicata. Infatti, al pari dell'art. 16, par. 1, ultimo cpv., del regolamento 1/2003, anche l'art. 9, par. 3 – verosimilmente nell'ottica di lasciare comunque al giudice civile nazionale una via d'uscita – mantiene fermo il potere-dovere del giudice interno di sollevare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Ma nemmeno questa sorta di clausola di “salvaguardia” si comprende.

Infatti, la facoltà o l'obbligo di rinvio ben si spiegano nei casi in cui il giudice nazionale, chiamato ad applicare gli articoli 101 e/o 102 TFUE ad una determinata fattispecie anticompetitiva, nutra dubbi sulla validità o sull'interpretazione dell'atto UE (*id est* la decisione della Commissione che si è già pronunciata sulla medesima fattispecie)<sup>55</sup>. Nel caso in esame, invece, il giudice interno, chiamato a decidere su una richiesta di risarcimento di danni anticoncorrenziali, non potrebbe ovviamente sollevare alcuna richiesta pregiudiziale in ordine alla decisione nazionale divenuta per egli vincolante, trattandosi evidentemente di un atto interno; conseguentemente, il giudice potrebbe al più effettuare un rinvio pregiudiziale su questioni generali riguardanti l'esatta portata degli articoli 101 e 102 TFUE<sup>56</sup>, cercando per questa via di rintracciare indirettamente un qualche profilo di incompatibilità della decisione o

---

<sup>55</sup> In tema si rinvia ad A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 204 ss.; nondimeno, in dottrina si sono invocati i controlimiti anche rispetto all'efficacia vincolante delle decisioni della Commissione europea; cfr. N. ZANON, *Decisioni della Commissione europea, regolamenti comunitari e indipendenza funzionale del giudice italiano: se discutessimo un po' di controlimiti?*, in Forum costituzionale, 2005, reperibile online, nonché A. CELOTTO, *Una nuova ottica dei “controlimiti” nel Trattato costituzionale europeo?*, *ivi*. Più in generale, sulla possibile applicazione della teoria dei controlimiti in riferimento a taluni aspetti del diritto *antitrust* UE, si veda U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 14 ss.

<sup>56</sup> Come del resto chiarisce il Libro Bianco, *cit.*, al par. 2.3, ove si precisa che l'obbligo di rispettare le decisioni amministrative *antitrust* “dovrebbe applicarsi lasciando impregiudicato il diritto, ed eventualmente l'obbligo, dei giudici nazionali di richiedere chiarimenti sull'interpretazione degli articoli 81 o 82 ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE”.

della sentenza nazionale definitiva rispetto alla corretta interpretazione delle norme del Trattato fornita dalla Corte.

Senonché, appare piuttosto evidente che, qualora un giudice del risarcimento proceda al rinvio pregiudiziale e, supponiamo, ottenga effettivamente una sentenza della Corte di segno contrario all'interpretazione degli articoli 101 e 102 TFUE operata da una sentenza passata in giudicato del “giudice del ricorso” (ad usare la terminologia utilizzata dall'art. 9, par. 1, della direttiva), ci si troverebbe a quel punto in una chiara ipotesi di contrasto tra il giudicato interno (quello del giudice del ricorso) ed il diritto UE per come interpretato dalla Corte di giustizia. Pertanto, il giudice civile del risarcimento dovrà poi attenersi alla sentenza interpretativa della Corte di Lussemburgo.

Ne risulta evidente che la soluzione fisiologica, in questo caso, dovrebbe consistere nella disapplicazione, da parte del giudice del risarcimento, della sentenza passata in giudicato del giudice del ricorso per contrasto col diritto UE; soluzione, però, che mal si concilia con la regola granitica dell'intangibilità della *res iudicata*, che costituisce un principio generale anche dell'ordinamento UE<sup>57</sup> da contemperare col primato del diritto dell'Unione.

Procedendo oltre, si osserva poi che la regola dell'obbligatorietà delle decisioni *antitrust* dettata dalla direttiva riguarda unicamente i provvedimenti adottati da autorità interne e non si estende a quelli di autorità di altri Stati membri; in quest'ultimo caso – come si anticipava – la decisione definitiva deve soltanto essere valutata nell'ambito del successivo giudizio risarcitorio “almeno a titolo di prova *prima facie*” e può “*se del caso*, essere valutata insieme ad altre prove” (corsivo aggiunto). La direttiva contempla dunque un diverso regime giuridico tra i provvedimenti interni e quelli di altre autorità che, ancora una volta, appare difficilmente comprensibile in ragione dell'obiettivo – dichiarato nel preambolo della direttiva stessa – di garantire un'applicazione uniforme degli articoli 101 e 102 TFUE tra Commissione, autorità nazionali e giudici interni.

Infatti, una volta posta la regola della “subalternità” della sentenza risarcitoria del giudice interno agli accertamenti *antitrust* compiuti dalle autorità nazionali di concorrenza, i principi generali UE del mutuo riconoscimento e della leale cooperazione tra le varie istituzioni degli Stati membri avrebbero piuttosto dovuto condurre ad una equiparazione dell'efficacia probatoria delle decisioni di tutte le autorità di concorrenza facenti parte dell'*European Competition Network*. Ad avviso di chi scrive, infatti, il rispetto dei suindicati principi generali dell'ordinamento UE richiederebbe l'attribuzione di pari valore giuridico alle decisioni definitive di qualsivoglia autorità di concorrenza dei singoli Stati membri, indipendentemente dalla sede del foro in cui si sia successivamente incardinata l'azione risarcitoria. Peraltro, ad una tale conclusione si sarebbe vieppiù dovuti pervenire in considerazione della eguale responsabilità che incombe sulle diverse autorità nazionali di concorrenza, facenti parte dell'*European Competition Network*, nella salvaguardia dell'efficacia degli articoli 101 e 102 TFUE nel mercato interno e nella loro applicazione uniforme sotto la vigilanza della Commissione europea e lo scrutinio della Corte di giustizia.

<sup>57</sup> Di recente, si veda la sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2015, causa C-69/14, *Társia*, par. 28.

5. L'alterazione del parallelismo delle competenze, di cui l'art. 9 rappresenta l'esempio più evidente, si rintraccia anche in altre disposizioni della direttiva sul risarcimento dei danni; principalmente, in materia di divulgazione delle prove, rispetto alle quali non si intende in questa sede fornire una disamina completa del relativo novellato regime, ma, appunto, segnalare i profili di ennesima subordinazione del *private enforcement* alle esigenze del *public antitrust enforcement*.

L'art. 5, par. 1, della direttiva impone agli Stati di rendere possibile ai giudici nazionali l'ordine di divulgazione delle prove rilevanti nell'ambito di un giudizio di risarcimento dei danni anticompetitivi, qualora i) l'attore abbia presentato una richiesta motivata e ii) tale richiesta sia suffragata da fatti e prove che rendano sufficientemente plausibile la domanda risarcitoria. In più, stando al secondo paragrafo del medesimo articolo, l'ordine di divulgazione deve poter riguardare elementi probatori "definiti nel modo più preciso e circoscritto possibile". Inoltre, l'ordine di divulgazione deve essere limitato "a quanto è proporzionato". La disciplina UE ha poi trovato puntuale trasposizione all'art. 3 del d.lgs. 3/2017.

In proposito, appaiono del tutto condivisibili le perplessità di chi, in dottrina, ha evidenziato come una simile attività di ponderazione di interessi sia del tutto singolare per un giudice comune, trattandosi di una tipica attività amministrativa<sup>58</sup>. Per di più, nel *test* di proporzionalità dovrebbero verosimilmente essere incluse anche le esigenze di segretezza delle autorità pubbliche, considerato che – come chiarisce il quindicesimo 'considerando' della direttiva – "i giudici nazionali dovrebbero anche poter ordinare la divulgazione delle prove da parte di terzi, comprese le pubbliche autorità".

Ad ogni modo, è poi l'art. 6 della direttiva a dettare una disciplina specifica ed ancora più aggravata delle condizioni di *disclosure* allorquando la prova, di cui si intende procedere all'acquisizione, sia inclusa nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza. Spiega infatti il ventunesimo 'considerando' della direttiva che "è opportuno che la divulgazione delle prove non comprometta indebitamente l'efficace applicazione del diritto della concorrenza *da parte di un'autorità garante della concorrenza*" (corsivo aggiunto).

In questo caso, l'ordine di divulgazione, per divenire finalmente uno strumento di ausilio delle richieste di risarcimento, deve soddisfare condizioni aggravate secondo un triplice ordine di progressione:

– in via generale, nel *test* di proporzionalità occorrerà considerare aggiuntivamente (rispetto a quanto già dettato dall'art. 5, par. 3, della direttiva) il grado di specificità della richiesta, la connessione con una domanda risarcitoria e, in determinati casi, "se sia necessario *salvaguardare l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza*" (art. 6, par. 4; corsivo aggiunto);

– l'ordine di divulgazione può poi essere adottato solo dopo la chiusura del procedimento quando le prove sono i) state prodotte specificamente per un procedimento *antitrust* o ii) formate da un'autorità nel corso di un tale procedimento ovvero iii) riguardano proposte di transazione ritirate;

– infine, non può essere chiesta la *disclosure* di prove connesse a programmi di clemenza o proposte di transazione.

---

<sup>58</sup> Cfr. M. TRIMARCHI, *La divulgazione delle prove incluse nel fascicolo di un'autorità garante della concorrenza nella direttiva sull'antitrust private enforcement (direttiva 2014/104/UE)*, in AIDA, 2015, specialmente p. 211 ss.

A tutto ciò si aggiunge che, con clausola generale, l'art. 6, par. 11, della direttiva attribuisce alle autorità nazionali di concorrenza la facoltà di presentare pareri “*sulla proporzionalità delle richieste di divulgazione*”, ad ulteriore testimonianza, appunto, che le esigenze del *public antitrust enforcement* ricadono a pieno titolo nella ponderazione di interessi cui il giudice del risarcimento è ora chiamato in sede istruttoria.

Anche la specifica disciplina dell'accesso al fascicolo istruttorio delle autorità di concorrenza ha trovato puntuale recepimento negli articoli 4 e 5 del decreto legislativo di recepimento che, anzi, proprio nell'intento di salvaguardare quanto più possibile l'applicazione pubblicistica delle norme di concorrenza, ha introdotto al proprio art. 4, co. 4, alcune ipotesi di sospensione facoltativa del processo civile strumentali all'ordine di esibizione di determinate categorie di prove, senza che ciò fosse richiesto dalla direttiva<sup>59</sup>.

Alla luce di tutto quanto precede, può sorgere il dubbio, insomma, che anche il dichiarato intento di potenziamento degli strumenti istruttori a disposizione del giudice comune sottende piuttosto la preminente preoccupazione di salvaguardia delle prerogative dell'applicazione pubblicistica delle norme di concorrenza<sup>60</sup>.

6. In conclusione, l'interessamento del legislatore europeo alle azioni risarcitorie, intente dai privati dinanzi alle giurisdizioni nazionali per il ristoro dei danni subiti da condotte anticoncorrenziali, rappresenta un indubbio segnale positivo per l'effetto utile della politica UE di concorrenza, poiché – come la stessa direttiva precisa – gli articoli 101 e 102 “sono elementi di ordine pubblico”<sup>61</sup> e, nel perseguimento dell'obiettivo di una concorrenza non falsata nel mercato interno, le giurisdizioni nazionali hanno “un ruolo di pari importanza” rispetto alla rete europea di autorità pubbliche<sup>62</sup>. Purtuttavia, un simile innegabile contributo alla realizzazione delle politiche di concorrenza da parte dei giudici nazionali può (e deve) essere solo indiretto e mediato dalla funzione principale di tutela dei plurimi e diversi diritti soggettivi che l'ordinamento UE attribuisce ai singoli in forza degli articoli 101 e 102 TFUE<sup>63</sup>.

In altri termini, ciò che dell'impianto generale della direttiva non convince, potendo condurre nel corso della sua progressiva implementazione negli ordinamenti nazionali a non poche ipotesi di contrasto, è la confusione di ruoli tra *private* e *public enforcement*, le cui fondamentali differenze il legislatore comunitario del 2003 aveva bene in mente ed aveva tenuto ferme attraverso il rigoroso mantenimento del parallelismo delle competenze nell'applicazione decentrata degli articoli 101 e 102 TFUE.

Peraltro, la separazione di funzioni tra l'applicazione pubblicistica e quella privatistica delle norme UE di concorrenza appare non delegabile alle scelte contingenti contenute in un ordinario atto legislativo europeo, affondando piuttosto le sue

<sup>59</sup> Nella Relazione illustrativa allo schema di decreto si chiarisce che “[t]ale causa di sospensione, pur non essendo espressamente prevista dalla direttiva, ne coglie lo spirito e la finalità di conciliare il *private enforcement* con il *public enforcement*” (p. 8).

<sup>60</sup> In questo senso sembrano esprimersi anche M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 219, nonché A. MONTANARI, *op. cit.*, p. 127.

<sup>61</sup> Sul punto si v. anche la sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, punto 37.

<sup>62</sup> Cfr. primo e secondo ‘considerando’ della direttiva.

<sup>63</sup> In tema si veda A. TIZZANO, *Il ruolo dei consumatori nel diritto antitrust alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista italiana di Antitrust*, 2015, p. 17 ss.; per una trattazione delle diverse posizioni giuridiche soggettive derivanti dalle norme UE di concorrenza sia consentito rinviare anche a O. PALLOTTA, *Il diritto della concorrenza dell'Unione europea a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011.

radici in regole e principi immanenti tanto all'ordinamento UE quanto agli ordinamenti dei singoli Stati membri. Basti difatti considerare, avendo riguardo all'Italia, che un recente richiamo al sistema del "doppio binario" è stato operato dal Consiglio di Stato, secondo il quale "non vi è (...) alcun ostacolo, né di carattere normativo, né di carattere sistematico, che si frappone, pur in pendenza di un parallelo procedimento amministrativo avviato dall'AGCM, al riconoscimento in capo al giudice civile di un autonomo potere di accertamento dell'infrazione al fine di concedere i relativi rimedi di *private enforcement*" (corsivo aggiunto)<sup>64</sup>.

Oggi, invece, la direttiva richiede agli Stati membri di stravolgere parzialmente il sistema: i) confinando il giudice civile nazionale ad un impensabile ruolo subalterno alle autorità amministrative del proprio Paese mediante il meccanismo di vincolatività delle decisioni *antitrust* interne; ii) pretendendo di introdurre nel processo civile interessi che gli sono ontologicamente estranei, attraverso l'inclusione, tra gli elementi valutativi cui il giudice interno deve attenersi nell'adozione delle proprie decisioni istruttorie e/o finali, di preoccupazioni tipiche dell'apparato amministrativo, come "l'efficacia dell'applicazione a livello pubblicistico del diritto della concorrenza" (corsivo aggiunto)<sup>65</sup>.

Nemmeno sembra a chi scrive che tali dubbi di tipo "sistemico" possano poi essere in qualche misura attenuati da osservazioni circa la portata limitata del carattere obbligatorio delle decisioni amministrative alle sole azioni civili c.d. "*follow-on*"; la stessa analisi del Governo italiano conferma "che il numero delle stesse supererà quello delle cause risarcitorie *stand alone*, anche alla luce del rafforzamento del carattere vincolante assunto dall'accertamento definitivo delle violazioni da parte dell'Autorità Garante"<sup>66</sup>.

Naturalmente, ogni giudizio fondato sulle disposizioni in commento tanto della direttiva quanto delle norme interne di recepimento deve attendere la prova dei fatti; purtroppo, resta il dubbio che alcune disposizioni siano state animate da un eccesso di preoccupazione per la salvaguardia dei poteri pubblici e non contemplino a dovere la tenuta complessiva del sistema e dei principi che lo sovrintendono.

Eppure, nonostante appaiano ampiamente discutibili le scelte del legislatore UE di condizionare in parte i giudizi risarcitori alle esigenze di politica di concorrenza

---

<sup>64</sup> Cfr. cfr. Consiglio di Stato, sentenza del 22 settembre 2014, n. 4773. La pronuncia nasce infatti in sede di annullamento di una sentenza dei giudici amministrativi di prime cure che, nel dichiarare a sua volta l'illegittimità di una decisione di accettazione di impegni dell'Agcm, aveva invece funzionalizzato il procedimento amministrativo di vigilanza al buon esito della successiva azione risarcitoria. Il giudizio è stato però l'occasione per i giudici di Palazzo Spada per precisare correttamente che "*public enforcement* e *private enforcement* non vanno sovrapposti, essendone diverse sia la natura, sia la finalità perseguita. Gli strumenti di *public enforcement* svolgono una funzione tipicamente punitiva ed afflittiva e sono finalizzati primariamente a garantire l'interesse pubblico ad un assetto concorrenziale dei mercati [...] Si tratta di due strumenti di tutela che certamente conoscono momenti di interferenza, ma che operano, comunque, su piani autonomi e distinti". Hanno poi precisato i medesimi giudici di appello, che "[p]roprio in nome di tale autonomia, non è possibile stabilire [...] una sorta di preferenza a favore dei rimedi di *public enforcement* rispetto a quelli di *private enforcement*, anche solo nel senso di ritenere che la sede privilegiata per l'accertamento dell'infrazione sia, comunque, quella del procedimento amministrativo affidato all'AGCM". Sia la sentenze che le questioni sottese sono ben spiegate in F. MARINI BALESTRA, *Il rapporto tra private e public enforcement del diritto antitrust nella giurisprudenza amministrativa*, in *Il Foro amministrativo*, 2015, p. 7

<sup>65</sup> Art. 6, par. 4, lett. c), della direttiva.

<sup>66</sup> Cfr. l'analisi di impatto della regolamentazione che ha accompagnato lo schema di recepimento interno (p. 3).

delle autorità pubbliche, occorre anche rammentare che la volontà primigenia della Commissione era finanche nel senso di esentare parzialmente dai giudizi risarcitori, a determinate condizioni, le imprese colpevoli di condotte anticompetitive resesi in seguito collaborative, giungendo a sostenere che “un’ulteriore misura per garantire che i programmi di clemenza conservino la loro piena attrattiva potrebbe essere quella di *limitare la responsabilità civile* di coloro la cui richiesta di immunità sia stata accettata”<sup>67</sup>.

Se, dunque, il punto di partenza della Commissione europea consisteva addirittura nella (inammissibile) possibilità di disporre in sede amministrativa dei diritti soggettivi dei terzi, la vincolatività delle decisioni amministrative in sede giudiziaria rappresenta certo una scelta meno contestabile.

## Abstract

### Public and Private Antitrust Enforcement under Directive 2014/104/EU: An Altered Balance

Directive 2014/104/EU introduces a harmonized framework on antitrust damages. On the one hand, it contains provisions aimed at ensuring full compensation for damages; on the other hand, it provides rules for the coordination of civil actions with public antitrust proceedings.

This paper analyzes how the Directive has changed the relationship between public and private antitrust enforcement, by requiring national courts to take the public interest into consideration also in disputes between private individuals.

In the author’s opinion, a proof of this changed relationship is to be found in the binding effects, recognized to domestic antitrust authorities’ decisions, in actions for damages brought before national courts under Article 101 or 102 TFEU.

<sup>67</sup> Cfr. Libro Bianco, cit., par. 2.9, dove la Commissione europea propone di “valutare ulteriormente la possibilità di limitare la responsabilità civile del beneficiario dell’immunità rispetto alle richieste di risarcimento presentate dai suoi partner contrattuali diretti ed indiretti. Questo contribuirebbe a rendere più prevedibile e più limitata la portata dei danni che i beneficiari dell’immunità dovrebbero rimborsare, senza sottrarli indebitamente alla responsabilità civile per la loro partecipazione ad un’infrazione”. Invero, la stessa Commissione ammette però che “[a]ndrebbe tuttavia esaminata, in particolare, la necessità di un provvedimento di questo genere e l’effetto che esso avrebbe per la piena compensazione delle vittime dei cartelli e per la posizione dei coautori dell’infrazione, in particolare se anch’essi hanno presentato richiesta di trattamento favorevole”.

Claudia Morini\*

# Il processo di ammissione dell'Albania nell'Unione europea nel contesto della politica europea di allargamento: recenti evoluzioni

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. La politica europea di allargamento. – 3. Brevi cenni sull'*iter* per divenire membro dell'Unione europea. – 4. *Segue*: i criteri di Copenaghen e i negoziati di pre-adesione. – 5. Il processo di ammissione dell'Albania nell'Unione europea. – 6. *Segue*: recenti evoluzioni. – 7. Considerazioni conclusive.

1. Trascorsi pochi mesi dalle celebrazioni per i sessant'anni dei Trattati di Roma, e in un momento storico in cui il dibattito sulla *membership* dell'Unione europea è prevalentemente concentrato sulla dicotomia “hard Brexit/soft Brexit”, con il presente scritto ci si propone di contribuire a rafforzare l'idea che l'appartenenza all'Unione continui a rappresentare per la maggior parte degli Stati del continente europeo un plusvalore in termini di stabilità, pace, crescita e benessere socio-economico. A tal fine utilizzeremo come caso paradigmatico il processo di ammissione della Repubblica di Albania e ne analizzeremo i più recenti sviluppi.

Nel corso di questi sessant'anni, l'ampliamento dell'orizzonte dell'integrazione europea è stato reso possibile anche grazie al costante e, sino a poco tempo fa si pensava, irreversibile, processo di allargamento dell'Unione europea<sup>1</sup>.

2. La “politica di allargamento” dell'allora Comunità economica europea iniziò a concretizzarsi nel 1973, quando ai sei Paesi membri fondatori (Belgio, Francia,

\* Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università del Salento.

<sup>1</sup> Vedi, tra gli altri, E. TRIGGIANI, *Allargamento dell'Unione europea e revisione istituzionale*, in AA.VV., *L'Unione Europea di fronte alle sfide dell'allargamento*, Bari, 1994, p. 65 ss.; Id., *I riflessi istituzionali dell'ampliamento dell'Unione Europea*, in *La Comunità Internazionale*, 1994, p. 223 ss.; M. GANINO, G. VENTURINI (a cura di), *L'Europa di domani: verso l'allargamento dell'Unione. Europe Tomorrow: Towards the Enlargement of the Union*, Milano, 2002; C. HILLION (ed.), *EU Enlargement: A Legal Approach*, Oxford, 2004; A. RIZZO, *L'allargamento ad est dell'Unione europea: problematiche del Trattato di adesione*, Napoli, 2004; J. THOMASSEN, *The Legitimacy of the European Union After Enlargement*, Oxford, 2009; A. LANG, *La politica di allargamento dell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 477 ss.; G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012, VII ed., p. 4 ss.; G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2013, VI ed., p. 14 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 17 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, V ed., Bari, 2017, p. 14 ss.

Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi e Repubblica federale di Germania<sup>2</sup>) si aggiunsero alcuni Paesi del Nord Europa: Regno Unito, Irlanda e Danimarca<sup>3</sup>.

Da allora l'odierna Unione ha vissuto sei allargamenti, ognuno caratterizzato da modalità ed elementi distintivi differenti. Negli anni, le opportune misure di transizione hanno sempre avuto il compito di "gestire" al meglio l'impatto dell'ingresso di nuovi Stati membri, per creare un equilibrio tra la volontà di potenziare la "politica di allargamento" e i timori che l'ampliamento dei confini geografici potesse minare il processo di integrazione europea o depotenziarlo<sup>4</sup>.

Il primo allargamento non ebbe una gestazione semplice a causa del reiterato veto francese all'ingresso del Regno Unito nella Comunità: la posizione contrastante di De Gaulle, infatti, impedì per diversi anni che si raggiungesse l'unanimità dei consensi necessaria per l'ammissione di Londra. Fu solo nel 1969, con l'avvento di Pompidou, che le rinnovate istanze inglesi iniziarono a trovare la via della concretizzazione verso l'ingresso nella CEE<sup>5</sup>. Nel frattempo, alla candidatura del Regno Unito si erano aggiunte quella di Irlanda, Danimarca e Norvegia<sup>6</sup>.

Quasi un decennio dopo, ovvero nel 1981, un Paese del "Sud europeo" entrò a far parte della Comunità: la Grecia. Nel 1986 poi, altri due Paesi dell'area meridionale del continente divennero Stati membri: il Portogallo e la Spagna. Il "ritardo" dell'ingresso di questi tre Paesi fu dovuto essenzialmente alle condizioni politiche interne, in particolare ai regimi dittatoriali che li governavano. Per quanto riguarda la Grecia, con essa la Comunità aveva già concluso un Accordo di associazione nel 1961, ma l'avvento nel 1967 del regime dei colonnelli ritardò la procedura di ammissione. Essendo stato il primo tra i tre Paesi ad uscire dalla complessa situazione politica, forte del suggello che la Comunità voleva porre con l'ammissione del Paese ellenico sul ritorno della democrazia, i negoziati di adesione furono più celeri e meno complessi di quanto si sarebbe successivamente verificato con Spagna e Portogallo<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> Come è noto la riunificazione tedesca (3 ottobre 1990), effettuata sulla base dell'adesione (*Beitritt*) della Repubblica democratica tedesca (DDR) alla Repubblica federale di Germania ai sensi dell'art. 23 della Legge fondamentale nonché dell'apposito Trattato sull'unificazione del 31 agosto 1990, in quanto incorporazione della DDR da parte della Repubblica federale di Germania, non ha richiesto una procedura di ammissione: i Capi di Stato e di governo della Comunità, infatti, completata la riunificazione dal punto di vista giuridico interno, si limitarono a riconoscere l'ampliamento territoriale della CEE senza procedere neppure alla revisione dei Trattati.

<sup>3</sup> Nel 1985, a seguito di un *referendum* tenutosi nel 1979, la Groenlandia, territorio autonomo della Danimarca, si attivò perché fosse riconosciuto il suo recesso dall'allora CEE. Per formalizzare l'uscita si procedette tramite una modifica dei Trattati, con un Trattato stipulato in base alla procedura di revisione allora prevista dall'art. 236, il c.d. Trattato sulla Groenlandia. Da allora, i Trattati comunitari non si applicarono più alla Groenlandia cui fu riconosciuto lo *status* di territorio associato. In generale, sul processo di ammissione vedi W. KAISER, J. ELEVRT (eds.), *European Union Enlargement: A Comparative History*, London, 2004; U. VILLANI, *op. cit.*, p. 63 ss.

<sup>4</sup> Vedi in proposito, F. GRANELL, *Les périodes transitoires des différents élargissements de la Communauté Européenne*, in *Revue du marché commun*, 1986, p. 95 ss.

<sup>5</sup> La prima richiesta di ammissione del Regno Unito risale al 9 agosto 1961. La seconda candidatura fu invece presentata l'11 maggio 1967. La decisione di ammissione fu emessa dal Consiglio, per tutti e quattro i Paesi, il 22 gennaio 1972 e il Trattato di adesione entrò in vigore per Regno Unito, Irlanda e Danimarca il 1° gennaio 1973.

<sup>6</sup> Quest'ultima alla fine fu esclusa da questo primo allargamento in ragione dell'esito negativo di un *referendum* nazionale sul suo ingresso nella Comunità.

<sup>7</sup> La decisione del Consiglio fu assunta il 24 maggio 1979; il Trattato di adesione, firmato il 28 maggio 1979, entrò invece in vigore il 1° gennaio 1981.

La domanda di ammissione di Spagna e Portogallo fu presentata nel 1977. Questi due Paesi riponevano nella CEE la speranza che essa potesse costituire il *luogo* in cui “dimenticare” l’isolazionismo politico cui i rispettivi regimi dittatoriali li avevano relegati negli anni precedenti. Inoltre, il mercato comune veniva visto come lo strumento principale per poter ridare fiato alle loro economie depresse. La firma del Trattato di adesione, avvenuta a seguito di negoziati complessi e serrati, avvenne il 12 giugno 1985; esso entrò in vigore il 1° gennaio 1986<sup>8</sup>.

Con la caduta del muro di Berlino nel 1989 si palesò una nuova prospettiva di allargamento per l’allora Comunità europea. Due erano i “blocchi” interessati da questo mutamento epocale: da un lato Austria, Finlandia e Svezia, Stati non socialisti ma al contempo caratterizzati da una posizione di *neutralità*<sup>9</sup>; dall’altro

<sup>8</sup> L’ingresso di questi due Stati aveva avuto un impatto notevole sull’equilibrio politico interno della Comunità e su alcune delle sue politiche, in primo luogo sulla politica agricola comune (PAC). Da ciò l’idea, lungamente condivisa tra i Paesi membri, che l’Europa a dodici sarebbe stata la conformazione finale del processo di integrazione nel continente europeo.

<sup>9</sup> La neutralità si presenta in termini diversi per gli Stati membri cui essa è riferibile, ossia Irlanda, Austria, Malta, Finlandia e Svezia. L’Irlanda ha sancito nella propria Costituzione la non adesione ad alleanze militari e pertanto la sua neutralità, essendo anche indipendente da norme internazionali, si pone come neutralità costituzionale; la neutralità di Austria e Malta è sancita a livello costituzionale (per l’Austria è la legge costituzionale federale del 26 ottobre 1955; per Malta è l’art. 1, co. 3, della Costituzione) ma traendo la propria origine da norme internazionali si pone come *status* vero e proprio di neutralizzazione (per l’Austria la previsione della neutralità permanente, contenuta nel *Memorandum* di Mosca del 15 aprile 1955, a seguito della notificazione della predetta legge costituzionale federale ai vari Stati e dell’accettazione da parte di questi ultimi si ritiene abbia assunto un carattere internazionale; per Malta si tratta di una dichiarazione unilaterale adottata il 15 maggio 1981 in seguito a uno scambio di note diplomatiche con l’Italia del 15 settembre 1980, entrato in vigore l’8 maggio 1981); per Svezia e Finlandia, invece, si tratta solo di una neutralità “politica”, non fondata su alcuno strumento giuridico interno o internazionale. Per quanto riguarda in modo specifico i rapporti tra Stati membri neutrali e appartenenza all’Unione europea, l’Irlanda, ad esempio, in occasione dell’entrata in vigore dell’Atto unico europeo del 1986, emendò la propria Costituzione per inserirvi il principio della non adesione ad alleanze militari; fece poi allegare al Trattato di Nizza del 2001 la Dichiarazione di Siviglia del 21 giugno 2002 nella quale, dopo aver ribadito la sua neutralità militare, specificava che, prima dell’approvazione, qualsiasi decisione in merito alla creazione di un esercito comune europeo avrebbe dovuto essere oggetto di *referendum* a livello nazionale. Per l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, invece, è stato inserito il Protocollo concernente le preoccupazioni del popolo irlandese relative al Trattato di Lisbona, nel cui art. 3 si stabilisce che il Trattato non avrebbe pregiudicato la tradizionale politica di neutralità militare irlandese. Per quanto riguarda l’Austria, in occasione della richiesta di ammissione, il Governo austriaco sottolineò che l’Austria intendeva continuare a mantenere lo *status* di neutralità permanente riconosciuto a livello internazionale. Nel parere sulla richiesta di adesione dell’Austria del 31 luglio 1991 (*Le sfide dell’ampliamento: Parere della Commissione sulla richiesta di adesione dell’Austria*, in *Bollettino delle Comunità europee*, Supplemento 4/92), la Commissione rilevava che “la neutralità perpetua dell’Austria pone[va] alcuni problemi alla Comunità e all’Austria stessa” (p. 21). A livello nazionale, per l’ingresso nell’UE fu seguito il procedimento di revisione costituzionale più aggravato, quello definito di “revisione totale”, previsto nel caso in cui vengano modificati i principi fondamentali: la sottoscrizione del Trattato di adesione fu preceduta dal *referendum* popolare e seguita dall’approvazione parlamentare. Contemporaneamente si procedette ad una revisione costituzionale, su cui v. F. PALERMO, *Integrazione europea e riforma costituzionale in Austria*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1999, p. 1733 ss. Infine, va rilevato come negli anni l’Austria abbia “interpretato” la sua neutralità come *attiva*, non solo entrando anche a far parte dell’ONU nel dicembre 1955 ma partecipando a diverse missioni di *peacekeeping* sia sotto l’egida dell’ONU (ad es. in Congo, a Cipro e sulle alture del Golan), che della stessa UE (EUFOR). A prescindere da queste connotazioni ed evoluzioni, il disposto dell’art. 42, par. 7, TUE salvaguarda “il carattere specifico della politica di sicurezza e di difesa di taluni Stati membri” e legittima la possibilità per gli Stati connotati da una qualsiasi forma di neutralità di essere senza problemi membri dell’Unione

lato vi erano invece tutti i Paesi dell'Europa centrale e orientale che sin da subito cercarono in qualche modo di mettersi al passo con i Paesi membri, soprattutto per quanto riguardava l'allineamento delle loro economie all'economia di mercato di stampo occidentale.

All'indomani della nascita dello Spazio economico europeo (SEE), avvenuto nel 1992, e in concomitanza con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht che prevedeva come è noto la nascita dell'Unione economica e monetaria, Austria, Finlandia, Svezia e Norvegia presentarono domanda di adesione; i negoziati furono molto rapidi, anche in ragione dell'elevato grado di benessere socio-economico che caratterizzava i Paesi in questione, e si concluse il 28 febbraio 1994 con la firma dei Trattati di adesione, che entrarono in vigore il 1° gennaio 1995 solo per l'Austria, la Finlandia e la Svezia<sup>10</sup>. Ancora una volta il popolo norvegese aveva bloccato con un *referendum*, svoltosi il 28 novembre 1994, l'ingresso dello Stato nordeuropeo nell'Unione.

L'Europa a 15 rappresentava senz'altro un importante traguardo nell'ambito della politica di allargamento. Il nuovo equilibrio, tuttavia, aveva richiesto modifiche al funzionamento interno dell'Unione, in modo da poterne meglio gestire le implicazioni, sia di carattere economico che istituzionale. In particolare, nelle more dell'entrata in vigore dei Trattati di adesione con i Paesi del Nord Europa e in un'ottica di ampliamento anche ai Paesi dell'Europa centrale e orientale (i c.d. Paesi PECO), il 29 marzo del 1994 era stato raggiunto, nel corso di un vertice informale del Consiglio, il c.d. compromesso di Ioannina, accordo politico relativo alla nuova ponderazione dei voti per il raggiungimento della "minoranza di blocco" in seno al Consiglio<sup>11</sup>.

La fase espansiva dell'Unione europea raggiunse il suo apice nel 2004, quando vi aderirono simultaneamente dieci nuovi Stati: la Repubblica Ceca, l'Estonia, l'Ungheria, la Lettonia, la Lituania, la Polonia, la Slovacchia, la Slovenia, la Repubblica di Cipro e Malta<sup>12</sup>. Il Trattato di adesione è stato firmato ad Atene il 16 aprile 2003 ed è entrato in vigore il 1° maggio 2004<sup>13</sup>.

---

europea. In dottrina vedi, tra tutti, U. VILLANI, *L'adesione di Stati neutralizzati alle Comunità europee*, in *Studi in memoria di Giovanni Pau*, Napoli, 1993, p. 685 ss., e N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2016, V ed., p. 70 ss., ai quali si rinvia anche per la pertinente bibliografia. Sul caso austriaco vedi, in particolare, M. BERGETHON, *Counterpoint: Austria-Neutrality-European Economic Community-Austrian Neutrality and EC Membership: Are They Compatible?*, in *Georgia Journal of International and Comparative Law*, 1990, p. 233 ss., e B. MEYER, *Austria between Felt Permanent Neutrality and Practised European Engagement*, PRIF Research Paper No. I/10-2007, reperibile online.

<sup>10</sup> Vedi M. JORNA, *The Accession Negotiations with Austria, Sweden, Finland and Norway: A Guided Tour*, in *European Law Review*, 1995, p. 131 ss.

<sup>11</sup> Il compromesso è stato adottato con decisione 94/C105/01 del Consiglio, del 29 marzo 1994, relativa all'adozione da parte del Consiglio di decisioni a maggioranza qualificata, modificata poi con la decisione del 1° gennaio 1995 (95/C1/01) e confermata dalla Dichiarazione n. 50 relativa al protocollo sulle istituzioni nella prospettiva dell'allargamento dell'Unione europea, allegata al Trattato di Amsterdam. Il contenuto del compromesso è oggi definitivamente superato dal disposto dell'art. 16 TUE.

<sup>12</sup> Vedi R. BASSO, *La procedura per l'accesso di nuovi Stati membri: l'Unione europea alla ricerca della propria identità*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 370 ss. Sui problemi legati all'adesione di Cipro vedi, tra gli altri, G. CHRISTOU, *The European Union and Enlargement: The Case of Cyprus*, Basingstoke, 2004.

<sup>13</sup> Sull'allargamento ad Est vedi, tra gli altri, A. DI GREGORIO, *Riforme costituzionali e integrazione europea: il caso dei nuovi membri dell'Est*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 2067 ss.; O. POLLICINO, *Allargamento dell'Europa a est e rapporto tra corti costituzionali e corti europee. Verso una teoria generale dell'impatto interordinamentale del diritto sovranazionale?*, Milano, 2010.

Quanto all'adesione di questi Stati, nel corso del vertice di Strasburgo dell'8 e 9 dicembre 1989, tra le altre cose, si era individuato nei già sperimentati *accordi di associazione* con i Paesi terzi, lo strumento giuridico migliore per avviare e istituzionalizzare nel minor tempo possibile forme di collaborazione tra i Paesi PECO e la futura Unione europea. Ovviamente vi era la consapevolezza che il rapporto che si intendeva instaurare con quei Paesi aveva delle caratteristiche che lo distinguevano nettamente da quelli con altri Paesi terzi, e pertanto si "europeizzarono" tali accordi, dando così vita ai c.d. "accordi europei", una sorta di accordi di associazione potenziati, che prevedevano una compresenza di competenze nazionali ed europee e l'impostazione di una parte standard comune a tutti gli accordi, mirante a istituzionalizzare il dialogo tra i due interlocutori<sup>14</sup>.

L'ampliamento ad Est, che venne completato nel 2007 con l'ammissione nell'Unione anche di Bulgaria e Romania<sup>15</sup>, è stato poi il motivo per il quale, lo ricordiamo, nel corso del Vertice di Copenaghen del giugno 1993 vennero fissati i noti *criteri* sui quali ci soffermeremo in seguito, e il cui rispetto è stato fondamentale perché si giungesse a quell'allargamento.

Infine, nel 2013 la prospettiva europea iniziò ad ampliarsi verso i Balcani occidentali e la Croazia divenne ufficialmente il ventottesimo Stato membro dell'Unione<sup>16</sup>.

L'Unione, al fine di garantire un'integrazione ottimale dei nuovi membri, si è sempre riservata ampia discrezionalità in merito all'individuazione del momento più opportuno per favorire le nuove ammissioni. In proposito, al momento il programma di allargamento dell'UE riguarda i Balcani occidentali e la Turchia. Ad oggi l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia (FYROM), il Montenegro, la Serbia, la Turchia e l'Albania, sono tutti Stati candidati. I negoziati di adesione sono però in corso solo con il Montenegro, la Serbia e la Turchia.

Mentre per l'ex Repubblica jugoslava di Macedonia (FYROM) e, più di recente come vedremo, per l'Albania, la Commissione ha raccomandato l'apertura dei negoziati di adesione, la Bosnia-Erzegovina e il Kosovo, che hanno già firmato l'Accordo di stabilizzazione e associazione, continuano ad essere solo candidati potenziali<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Gli accordi di associazione furono firmati il 16 dicembre 1991 con Ungheria, Polonia e Cecoslovacchia (poi divisasi in Repubblica Ceca e Slovacchia: il Parlamento cecoslovacco aveva votato il 25 novembre 1992 a favore della divisione della nazione a partire dal 1° gennaio 1993); nel febbraio del 1993 con Bulgaria e Romania; il 15 giugno 1995 con Estonia, Lettonia e Lituania; infine, il 10 giugno 1996 con la Slovenia. L'obiettivo di tali accordi era la liberalizzazione degli scambi commerciali e la ristrutturazione dei sistemi economici dei PECO verso un'economia di mercato da un lato, e la creazione di un costante dialogo politico su tematiche di centrale importanza quali, ad esempio, la politica estera e la sicurezza europea. Quanto all'assetto istituzionale, in tali accordi era prevista la creazione di un Consiglio di associazione, di un Comitato di associazione e di un Comitato parlamentare permanente di associazione: essi avevano il compito di monitorare e agire perché venisse effettivamente data attuazione all'accordo di associazione.

<sup>15</sup> Il Trattato di adesione venne firmato a Lussemburgo il 25 aprile 2005 ed entrò in vigore il 1° gennaio 2007.

<sup>16</sup> La Croazia aveva presentato domanda di ammissione nell'Unione europea il 21 febbraio 2003; i negoziati di adesione furono avviati nell'ottobre del 2005 e si conclusero il 9 dicembre 2011 con la firma a Bruxelles del Trattato di adesione, entrato poi in vigore il 1° luglio 2013.

<sup>17</sup> Sulle prospettive di ammissione del Kosovo vedi, tra gli altri, I. INGRAVALLO, *Il Kosovo tra l'amministrazione delle Nazioni Unite e le prospettive di ammissione all'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 528 ss. Occorre qui rilevare che nel suo discorso alla Plenaria del Parlamento europeo del 15 luglio 2014, l'allora candidato Presidente della Commissione europea e oggi Presidente in carica, Jean-Claude Juncker, in merito alla politica di allargamento dell'UE, aveva in vero affermato

Quanto a queste prospettive future di allargamento, importanti considerazioni sono rinvenibili anche nel più recente documento in materia di politica di allargamento presentato dalla Commissione europea il 9 novembre 2016<sup>18</sup>.

Per quanto concerne il tema specifico del nostro studio, è in questo documento che la Commissione ha raccomandato l'apertura formale della procedura negoziale con l'Albania, procedura che si concluderà con la sua ammissione nell'Unione europea.

Prima di ripercorrere le tappe che hanno condotto lo Stato albanese alle soglie dei negoziati di adesione, è bene soffermarsi brevemente sull'*iter* specifico che è necessario seguire per essere ammessi in qualità di Paesi membri nell'Unione europea, anche alla luce delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona.

**3.** Da un punto di vista generale, potremmo dire che l'*iter* per divenire membri dell'Unione si componga di tre macro-fasi: una "unionale", una internazionale ed una nazionale.

Oggi, nell'ambito delle fonti primarie, la principale norma di riferimento è l'art. 49 TUE, in base al quale "[o]gni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione. Il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali sono informati di tale domanda. Lo Stato richiedente trasmette la sua domanda al Consiglio, che si pronuncia all'unanimità, previa consultazione della Commissione e previa approvazione del Parlamento europeo, che si pronuncia a maggioranza dei membri che lo compongono. Si tiene conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo. Le condizioni per l'ammissione e gli adattamenti dei trattati su cui è fondata l'Unione, da essa determinati, formano l'oggetto di un accordo tra gli Stati membri e lo Stato richiedente. Tale accordo è sottoposto a ratifica da tutti gli Stati contraenti conformemente alle loro rispettive norme costituzionali"<sup>19</sup>.

La prima delle tre fasi sopra richiamate è racchiusa nel primo paragrafo dell'art. 49 TUE, mentre la seconda e la terza fase sono congiuntamente enunciate nel secondo paragrafo della norma.

---

che "[l]'allargamento ha costituito indubbiamente una svolta epocale, che ha portato pace e stabilità nel nostro continente. Ora però l'Unione e i suoi cittadini devono 'digerire' le 13 nuove adesioni degli ultimi dieci anni. Il processo di allargamento deve fermarsi temporaneamente per permetterci di consolidare i risultati ottenuti dall'UE-28. Per questo, durante la mia presidenza della Commissione, i negoziati in corso proseguiranno e i Balcani occidentali, in particolare, dovranno mantenere una prospettiva europea, ma non vi saranno altri allargamenti nei prossimi cinque anni". Il testo del discorso è reperibile *online*.

<sup>18</sup> Si tratta della *2016 Communication on EU Enlargement Policy*. Vedi *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions*, COM(2016)715 fin., 9 novembre 2016, reperibile *online*. Su questa Comunicazione si è svolto un intenso dibattito nel Parlamento italiano: vedi la relativa discussione in sede di commissioni parlamentari, nello specifico la III<sup>a</sup> (Affari esteri e comunitari) e la XIV<sup>a</sup> (Politiche dell'Unione europea), che ha condotto all'adozione il 7 marzo 2017 del documento finale reperibile sul sito *web* della Camera dei deputati.

<sup>19</sup> Il Trattato di Lisbona del 12 dicembre 2007 si compone del TUE e del TFUE. Sulle principali novità introdotte da questo Trattato si vedano, tra gli altri, M. CASTELLANETA, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Notariato*, 2010, n. 2, p. 197 ss.; E. TRIGGIANI, *L'Unione europea dopo la riforma di Lisbona*, Bari, 2011; A. L. VALVO, *Lineamenti di diritto dell'Unione europea. L'integrazione europea oltre Lisbona*, Padova, 2011; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea*, Torino, 2014; L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2014, V ed.; U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 21 ss.

L'attuale formulazione dell'art. 49 TUE è certamente differente da quelle precedenti, modificando sensibilmente le condizioni e le modalità di ammissione di uno Stato nell'Unione europea. In precedenza, infatti, un Paese candidato doveva rispettare principi di libertà, democrazia, tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e adesione ai principi dello Stato di diritto, sanciti nell'art. 6 TUE, principi comuni agli Stati membri.

L'odierna formulazione, invece, esige il rispetto dei valori contenuti nell'art. 2 TUE, in base al quale “[l]’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”, nonché l’impegno a promuovere detti valori.

Da una prima lettura si evince immediatamente che non solo l’elencazione contenuta nell’art. 2 TUE è più ampia di quella dell’ex art. 6 TUE, ma che significativamente mentre in quest’ultimo si parlava di *principi*, oggi il riferimento è ai *valori* comuni degli Stati membri, in ossequio all’idea che l’Unione abbia ormai una chiara “anima valoriale” che la caratterizzi e ne indirizzi l’azione. Il testo, poi, non si limita a richiedere al Paese candidato di *rispettare* i valori dell’art. 2 TUE ma più incisivamente, come già riportato, di *attivarsi* concretamente per la loro promozione.

Un ulteriore rilievo preliminare riguarda poi l’elemento apparentemente solo geografico della “europeità” che deve caratterizzare lo Stato candidato all’ammissione: esso, in realtà, come rilevato da eminente dottrina, comporta “la considerazione anche di elementi storici e culturali che contribuiscono a forgiare l’identità europea”, e non solo la necessaria localizzazione del Paese all’interno dei confini geografici dell’Europa<sup>20</sup>.

Tornando alla procedura di ammissione, nella *fase iniziale* la domanda di ammissione è presentata sia al Consiglio che al Parlamento europeo e ai parlamenti nazionali. Tale circostanza va senz’altro in favore di una maggiore democraticità di questa procedura, potendo essa essere l’*occasione* per un necessario quanto auspicabile dibattito anche nelle diverse sedi parlamentari nazionali. Il ruolo del Parlamento europeo continua poi a rilevare anche nella *fase decisionale* vera e propria in quanto la decisione del Consiglio, da adottare all’unanimità anche in base alla formulazione contenuta nel Trattato di Lisbona, deve essere approvata dal Parlamento europeo, non più però a maggioranza assoluta ma semplice<sup>21</sup>.

Quanto al valore giuridico dell’intervento nella procedura delle due istituzioni chiamate in causa a supportare l’azione del Consiglio, il parere della Commissione è obbligatorio ma non vincolante nel suo contenuto; diversamente, l’approvazione

---

<sup>20</sup> Vedi U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 63.

<sup>21</sup> Nel suo regolamento interno (art. 81, par. 5) il Parlamento europeo ha stabilito che, prima della firma dell’accordo di adesione, il progetto di accordo sia sottoposto alla sua approvazione. In questo modo il Parlamento avrebbe voluto esercitare anche un controllo sul contenuto del testo. In proposito, in dottrina vi è chi ha rilevato che la norma che prevede questa prassi “è una delle tante ‘*ultra vires*’ contenute in tale regolamento interno: ha valore solo politico e non può evidentemente vincolare il Consiglio sul piano strettamente giuridico”: U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell’Unione europea*, Milano, 2009, pp. 32-33.

richiesta al Parlamento europeo implica che la decisione del Consiglio sia condizionata dal suo consenso.

Acquisito il parere della Commissione europea e la previa approvazione del Parlamento, il Consiglio decide dunque se riconoscere lo *status* di candidato. Sono poi gli Stati membri, anche alla luce delle raccomandazioni fatte dalla Commissione, a decidere quando e a quali condizioni avviare e concludere i singoli *rounds* negoziali.

Nel caso in cui i negoziati si concludano in modo esauriente, la fase successiva (quella che abbiamo definito “internazionale”) prevede la stipulazione di un Trattato di adesione da sottoporre alla firma degli Stati membri e del Paese candidato<sup>22</sup>. Le specifiche condizioni di ammissione e gli adattamenti dei Trattati sono invece contenuti in un allegato al Trattato<sup>23</sup>. L'intero *iter* si conclude poi con la fase c.d. nazionale, che prevede la ratifica del Trattato da parte di tutti gli Stati membri e di quello in via di ammissione, conformemente alle rispettive procedure costituzionali nazionali.

4. L'ultima parte del primo paragrafo dell'art. 49 TUE prevede, come già ricordato, che nella decisione sull'ammissione di un nuovo Stato si debba tenere conto dei criteri di ammissibilità convenuti dal Consiglio europeo. Tale esplicito riferimento, introdotto con il Trattato di Lisbona, ha senz'altro avuto il merito di aver chiarito meglio la portata dei requisiti necessari per essere ammessi nell'Unione europea<sup>24</sup>.

Quando nel corso del Consiglio europeo di Copenaghen del 1993, i Capi di Stato e di governo “aprono le porte” dell'Unione europea anche ai Paesi dell'Europa centrale e orientale, si decise contestualmente di enucleare degli specifici requisiti che da quel momento in poi dovevano necessariamente essere rispettati perché uno Stato candidato potesse completare l'*iter* di ammissione: essi sono tre ed hanno una natura politica, l'altro natura economica e, infine, il terzo è relativo alla capacità istituzionale dei Paesi candidati di assumersi gli obblighi derivanti all'*acquis* comunitario<sup>25</sup>. La loro funzione è prevalentemente quella di “guidare” la convergenza istituzionale ed economica dei Paesi candidati<sup>26</sup>.

Il criterio “politico” impone allo Stato che voglia aderire di attivarsi per dimostrare di avere una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani e il rispetto e la tutela delle minoranze presenti sul suo territorio. Il criterio “economico”, invece, prevede che nel Paese candidato il sistema dell'economia di mercato sia pienamente funzionante e che esso riesca a

<sup>22</sup> In genere, nella prassi accade che le prime due fasi sopra descritte, ovvero quella c.d. unionale e quella c.d. internazionale, tendano invero a confondersi e a sovrapporsi.

<sup>23</sup> Nell'allegato al trattato di adesione sono contenuti sia gli emendamenti ai Trattati istitutivi, come ad es. quelli resi necessari dalle modifiche relative alla composizione delle istituzioni, degli organi e alle procedure di votazione, sia eventuali deroghe in alcune materie. È inoltre possibile che nell'allegato sia prevista l'adozione di ulteriori atti giuridici integrativi necessari per il corretto funzionamento dell'Unione ampliata.

<sup>24</sup> In dottrina si è parlato di “codificazione” di una “tecnica sperimentata con risultati soddisfacenti riguardo alle più recenti adesioni”: v. U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 64.

<sup>25</sup> Vedi C. HILLION, *The Copenhagen Criteria and Their Progeny*, in C. HILLION (ed.), *op. cit.*, p. 4 ss.

<sup>26</sup> La necessità di individuare, per la prima volta nella storia della politica di allargamento, dei criteri specifici da rispettare per essere ammessi nell'Unione, derivava dalla circostanza per cui i precedenti allargamenti erano avvenuti in favore di Stati nei quali, al momento della presentazione della candidatura, la stabilità democratica e l'economia di mercato erano condizioni già acquisite.

interagire in modo sano con le pressioni concorrenziali e le forze di mercato attive in seno all'Unione<sup>27</sup>. Infine, lo Stato che si candida a fare il suo ingresso nell'Unione deve poter dimostrare di essere in grado di assumere su di sé tutti gli obblighi e le responsabilità derivanti dall'appartenenza all'UE, accettando dunque il c.d. *acquis* comunitario. Si tratta di un criterio essenzialmente “giuridico” ed è senz'altro il criterio più complesso e impegnativo poiché di natura “dinamica”. Esso, inoltre, implica l'adozione costante nell'ordinamento dello Stato interessato di una grande quantità di misure legislative di recepimento e adeguamento.

La volontà del Consiglio europeo di “arricchire” progressivamente i requisiti necessari per l'ammissione di nuovi Stati si è concretizzata nel corso del processo di allargamento dell'Unione ad Est: durante il Consiglio europeo di Madrid del 1995, infatti, apparve l'ulteriore requisito di trasformare le strutture giudiziarie ed amministrative; nel 1999, inoltre, con il Consiglio europeo di Helsinki venne sancita la necessità che i Paesi interessati garantissero rapporti di buon vicinato al fine di favorire la stabilità nella regione. Rispetto a questa evoluzione progressiva dei criteri di ammissibilità, come rilevato da autorevole dottrina, oggi “[l]'esplicito rinvio contenuto nell'art. 49, co. 1, obbliga a tenere conto non solo di tali criteri, ma di quelli che potranno essere definiti in futuro dal Consiglio europeo”<sup>28</sup>.

Sull'andamento della convergenza dell'ordinamento giuridico dello Stato candidato rispetto dei requisiti indicati nell'art. 49 TUE vigila la Commissione europea la quale è chiamata a redigere un *report* annuale, con il quale vengono informati sia il Parlamento che il Consiglio dei progressi in atto.

Solo quando lo Stato candidato abbia dimostrato di soddisfare in modo appropriato i criteri di Copenaghen e, a volte, anche altre specifiche condizioni, come quelle previste proprio per i Balcani occidentali<sup>29</sup> (trattasi in prevalenza di quelle connesse alla collaborazione regionale e alle buone relazioni con i Paesi vicini, le c.d. “condizioni associate al processo di stabilizzazione e associazione”)<sup>30</sup>, vengono finalmente aperti i negoziati di pre-adesione<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Vedi P. DE PASQUALE, *Libera concorrenza ed economia sociale nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, I, 2009, p. 81 ss.; ID., *L'economia sociale di mercato nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2014, p. 265 ss.

<sup>28</sup> Vedi U. VILLANI, *Istituzioni*, cit., p. 67.

<sup>29</sup> In dottrina vedi, tra gli altri, L. APPICIAFUOCO, *L'Unione europea e la condizionalità democratica nelle relazioni con i Paesi dei Balcani occidentali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 492 ss.

<sup>30</sup> Ad esempio, quanto all'Accordo di stabilizzazione e associazione con l'Albania di cui si dirà in seguito, la questione della cooperazione regionale è centrale. In particolare, l'art. 1.2 menziona tra gli obiettivi il sostegno alla cooperazione regionale in tutti i settori coperti dall'Accordo stesso. Quanto agli obblighi specifici a cui deve ottemperare l'Albania nell'attuazione della cooperazione regionale, essa, dopo la firma dell'accordo con l'UE, è tenuta a concludere delle convenzioni bilaterali sulla cooperazione regionale con i Paesi dell'area che hanno già firmato un accordo di stabilizzazione e associazione con l'UE. I principali elementi di tali convenzioni dovranno essere il dialogo politico, la creazione di un'area di libero scambio tra le due Parti, in linea tra l'altro con le relative disposizioni dell'OMC, le reciproche concessioni relative a circolazione dei lavoratori, stabilimento, fornitura di servizi, pagamenti correnti e movimenti di capitale e altre disposizioni sulla cooperazione, quali la giustizia e gli affari interni.

<sup>31</sup> Essi sono lo strumento che più di ogni altro permette di valutare la capacità effettiva del Paese candidato di impegnarsi a rispettare gli obblighi previsti per l'ammissione. Sono proprio i negoziati che permettono di individuare i tempi e le condizioni per adeguare gli ordinamenti interni dei Paesi candidati alla normativa europea. Data la complessità del processo, il ritmo con il quale i negoziati di

Affinché un Paese candidato possa seguire un percorso ottimale di adeguamento del proprio ordinamento giuridico, l'*acquis* comunitario viene “suddiviso” in settori strategici di intervento: attraverso un monitoraggio accorto e costante dello *status quo* si individuano con precisione i settori strategici per i quali si rende necessario intervenire sull'ordinamento nazionale per allinearli agli standard richiesti. Al centro di ogni negoziato vi è uno specifico settore strategico e, non appena i parametri individuati per ogni settore vengono rispettati, il negoziato su quella parte può dirsi chiuso in via provvisoria: però, solo quando tutti i negoziati vertenti sui diversi settori strategici saranno stati chiusi, questa fase potrà dirsi conclusa in modo definitivo. L'*iter*, come ricordato, si conclude con la stipulazione del Trattato di adesione.

5. L'aspirazione dell'Albania a divenire Paese candidato all'ammissione nell'Unione europea si è sempre più concretizzata nel corso degli ultimi otto anni: la richiesta ufficiale è stata presentata il 28 aprile 2009 ed ha ricevuto l'approvazione definitiva durante il Consiglio europeo del 27 giugno 2014<sup>32</sup>. Come sopra evidenziato poi, nella Comunicazione sull'allargamento del 9 novembre 2016, la Commissione ha definitivamente raccomandato l'apertura formale dei negoziati di adesione.

I progressi ad oggi compiuti dallo Stato albanese emergono dall'ultimo *Report* ufficiale della Commissione europea, che risale anch'esso al 9 novembre 2016<sup>33</sup>. Prima però di evidenziarne gli aspetti più salienti, è opportuno ripercorrere le tappe che hanno permesso alla Repubblica di Albania di guadagnarsi lo *status* di Paese candidato<sup>34</sup>.

La fine della feroce e soffocante dittatura di Enver Hoxha, morto nel 1985, ha rappresentato per l'Albania l'inizio di un percorso che, ostacolato sin dall'inizio da una profondissima crisi economica (causata prevalentemente dal crollo delle c.d. “piramidi finanziarie” nel 1997), avrebbe permesso al Paese di riprendere il proprio destino tra le mani ed uscire dalla cappa soffocante degli anni oscuri del totalitarismo. Nel 1991 si tennero in Albania le prime elezioni libere dal 1945. Proprio nel giugno del 1991 vennero avviate le relazioni tra l'allora Comunità europea e la Repubblica parlamentare d'Albania.

L'11 maggio 1992 venne firmato un Accordo commerciale e di cooperazione con la Comunità europea, che entrò in vigore nel dicembre 1992: l'Albania venne così inclusa nel *sistema generale di preferenze* della Comunità economica europea, un regime generale di preferenze commerciali offerte a diversi Paesi con i quali essa intratteneva rapporti fondati su un accordo internazionale<sup>35</sup>.

---

adesione vengono condotti non è indicato *a priori* ma risulta essere variabile in ragione della capacità e della velocità del singolo Stato di conformarsi ai requisiti prescritti.

<sup>32</sup> Vedi il sito *web* del Consiglio europeo.

<sup>33</sup> Vedi il sito *web* della Commissione europea.

<sup>34</sup> Per alcuni aspetti interessanti della Repubblica di Albania v., tra gli altri, V. ARDIAN, R. DEVOLE, *La scoperta dell'Albania: gli albanesi secondo i mass media*, Roma, 1996; M. VICKERS, J. PETTIFER, *Albania: From Anarchy to a Balkan Identity*, London, 1997; A. BIAGINI, *Storia dell'Albania*, Milano, 1998; A. L. VALVO, *Alcune riflessioni sui diritti e libertà fondamentali nella nuova Costituzione albanese*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 1999, p. 3 ss.; R. FERRATO, *Albania, sguardi di una reporter*, Roma, 2011.

<sup>35</sup> Le esportazioni dello Stato albanese iniziarono a beneficiare dell'esenzione dal pagamento dei dazi doganali per l'accesso al mercato dell'Unione. L'Accordo, inoltre, permise all'Albania di beneficiare dei fondi del programma *Phare* (il termine “PHARE” – Poland and Hungary Assistance for Restructuring of the Economy – che inizialmente designava l'impegno internazionale a fornire aiuti economici a favore

Nel 1996, qualche anno dopo la firma dell'Accordo commerciale e di cooperazione, Albania e Unione europea stavano per firmare un accordo di associazione, quando intervenne la profonda crisi finanziaria dell'inizio del 1997 di cui si è detto sopra, che causò il fallimento dei negoziati<sup>36</sup>. In quel medesimo periodo storico, le relazioni tra UE e Albania iniziarono comunque a inserirsi nel più ampio contesto "regionale" dei Balcani occidentali, contesto che includeva anche Bosnia Erzegovina, Croazia, ex Repubblica jugoslava di Macedonia (FYROM) e Repubblica federale di Jugoslavia<sup>37</sup>. Questo "approccio regionale" si perfezionò negli anni successivi, subendo peraltro l'influenza delle vicissitudini relative alla questione del Kosovo, vicissitudini che ancora una volta avevano evidenziato la precarietà della sicurezza in quella regione dell'Europa<sup>38</sup>. In proposito, era del 10 giugno 1999 il *Patto di stabilità per l'Europa sudorientale*, un'iniziativa internazionale che mirava a realizzare, congiuntamente a tutti gli attori internazionali interessati alla stabilizzazione dei Balcani, un progetto di pacificazione e sviluppo per quell'area<sup>39</sup>.

Come è noto, la questione kosovara interessava ed interessa particolarmente l'Albania in quanto il territorio del Kosovo che, lo ricordiamo, era una provincia autonoma serba prima del conflitto del 1999, è stato per anni al centro di uno scontro

delle democrazie emergenti di Polonia e Ungheria, ha rappresentato il principale strumento finanziario comunitario per l'adesione dei paesi dell'Europa centrale e orientale (PECO). Esso è stato lanciato come programma comunitario specifico in base al regolamento (CE) n. 3906/89 del Consiglio. I finanziamenti sono finalizzati a trasferire assistenza e sostegno tecnico, economico e infrastrutturale ai Paesi beneficiari. Anche se all'origine il programma *Phare* era riservato ai Paesi PECO, esso sta estendendosi ai Paesi candidati dei Balcani occidentali. Nell'ambito di questo programma, nel periodo 1992-2000, ad esempio, l'assistenza comunitaria fornita all'Albania aveva raggiunto la cifra di 700 milioni di euro).

<sup>36</sup> In argomento vedi P. GARGIULO (a cura di), *Dossier di documentazione sulla crisi albanese. L'istituzione della Forza Multinazionale di Protezione*, in *La Comunità Internazionale*, 1997, p. 4 ss.; A. DE GUTTRY, F. PAGANI (a cura di), *La crisi albanese del 1997*, Milano, 1999.

<sup>37</sup> Dopo la stipula degli Accordi di Dayton del 21 novembre 1995 (firmati poi a Parigi il successivo 14 dicembre 1995), il territorio della Repubblica Federale di Jugoslavia, proclamata il 27 aprile 1992, era ufficialmente formato solo dalle due Repubbliche federate di Serbia e Montenegro. A partire dal 4 febbraio 2003 la Repubblica federale assunse la denominazione ufficiale "Repubblica di Serbia e Montenegro". A seguito del referendum del 21 maggio 2006 la federazione venne sciolta e la Repubblica del Montenegro e la Repubblica di Serbia divennero due Stati indipendenti che, come ricordato, sono oggi entrambi candidati all'ammissione nell'Unione europea.

<sup>38</sup> In relazione allo *status* del Kosovo, la risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite n. 1244 del 1999, richiamando nel Preambolo l'importanza dell'integrità territoriale della Repubblica federale di Jugoslavia, prevedeva l'istituzione di un'amministrazione interinale, che avrebbe dovuto, tra le altre cose, supportare la realizzazione di una *self-administration* per quel territorio, nelle more della soluzione politica ("political settlement") relativa allo *status* territoriale definitivo. In dottrina cfr., tra gli altri, U. VILLANI, *La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?*, in *Volontari e terzo mondo*, 1999, n. 1-2, p. 26 ss.; C. STAHN, *Constitution Without a State? Kosovo Under the United Nations Constitutional Framework for Self-Government*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 531 ss.; A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 483 ss.; I. INGRAVALLO, *Il Consiglio di sicurezza e l'amministrazione diretta di territori*, Napoli, 2008, p. 58 ss.; P. PALCHETTI, "A Strictly Status-Neutral Posture": la risoluzione 1244, la dichiarazione d'indipendenza del Kosovo e la funzione interpretativa del Segretario generale delle Nazioni Unite, in L. PINESCHI, A. DUCE (a cura di), *La questione del Kosovo nella sua dimensione internazionale*, Parma, 2010, p. 191 ss.

<sup>39</sup> Con questo Patto, adottato durante il Consiglio europeo di Colonia, l'Unione europea cercò di fornire all'opinione pubblica e alle componenti politiche nazionali una strategia alternativa all'uso della forza in atto da parte della Nato contro la Serbia. Il Patto annoverava, oltre all'Unione europea, tutti gli altri membri del G-8, ovvero Stati Uniti, Giappone, Canada e Russia, tutti i Paesi del Sud-Est europeo e vari altri Paesi sostenitori e osservatori. Dal 2008 è stato sostituito dal Consiglio di cooperazione regionale.

politico a distanza tra Belgrado e Tirana: la popolazione kosovara è infatti sia di etnia albanese che serba. Proprio negli ultimi decenni prima del conflitto, la popolazione era tuttavia per la maggior parte di etnia albanese<sup>40</sup>. Con la morte di Tito, avvenuta nel 1980, e con il rinascere e crescere dei vari nazionalismi, l'insofferenza etnica della popolazione albanese in Kosovo nei confronti della Federazione jugoslava aveva cominciato a concretizzarsi in istanze che andavano dalla rivendicazione autonomista a quella più propriamente indipendentista. Alla fine degli anni Ottanta la situazione iniziò a precipitare quando Slobodan Milošević revocò l'autonomia del Kosovo e lo *status* di lingua co-ufficiale della lingua albanese-kosovara<sup>41</sup>. Nel marzo del 1998 il regime iniziò una vera e propria azione di repressione contro la popolazione albanese del Kosovo, che dal 1989 al 1995 aveva condotto una campagna di resistenza in prevalenza non violenta, guidata da Ibrahim Rugova, leader del partito Lega democratica del Kosovo (LDK). A seguito delle gravissime violazioni dei diritti umani fondamentali perpetrate in Kosovo dalle autorità serbe, nel 1999 l'intervento della NATO mise fine, non senza i ben noti "danni collaterali", alla sanguinosa repressione di Milošević. Al termine della guerra quasi tutti i rifugiati albanesi rientrarono nel territorio kosovaro e iniziarono però le rappresaglie contro la minoranza serba, che spesso lasciò a sua volta i territori d'origine. In questo difficile contesto post-bellico, Belgrado non sembrava comunque voler rinunciare al suo potere sul Kosovo, neppure dopo la Dichiarazione unilaterale di indipendenza del 17 febbraio 2008<sup>42</sup>. Ciò ha spesso costituito motivo di tensione tra Serbia ed Albania. Fortunatamente, il 19 aprile 2013 venne siglato, sotto l'egida dell'Unione europea, un Accordo per la normalizzazione delle relazioni tra Belgrado e Pristina. In esso la Serbia, in cambio di un'ampia autonomia

<sup>40</sup> In base a un censimento della popolazione, nel 2011 il 92% era di etnia albanese.

<sup>41</sup> Vennero inoltre chiuse le scuole autonome, sostituiti i funzionari amministrativi e gli insegnanti appartenenti all'etnia albanese con serbi o con individui fedeli alla Serbia.

<sup>42</sup> Sulla Dichiarazione unilaterale di indipendenza vedi, tra gli altri, E. GREPPI, *La proclamazione di indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale*, in *ISPI Policy Brief*, n. 80, aprile 2008, reperibile online; I. INGRAVALLO, *Kosovo e Timor Est nove anni dopo: osservazioni sulle Amministrazioni territoriali dell'ONU*, in *La Comunità Internazionale*, 2008, p. 225 ss.; ID., *La tutela dei diritti umani nel Kosovo sotto amministrazione diretta dell'ONU*, in *Studi in onore di Vincenzo Starace*, I, Napoli, 2008, p. 447 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. L'Assemblea generale dell'ONU ha richiesto un parere alla Corte internazionale di giustizia circa la conformità di tale dichiarazione al diritto internazionale ("accordance with international law"); il parere reso dalla Corte il 22 luglio 2010, con una maggioranza di dieci voti contro quattro, statuisce che la predetta dichiarazione non è in contrasto con il diritto internazionale ("did not violate international law") (punto 3). Le conclusioni cui è giunta la Corte hanno sollevato numerosi commenti critici su cui cfr., tra gli altri, A. CARCANO, *Sul rapporto fra diritto all'autodeterminazione dei popoli e secessione: in margine al parere della Corte internazionale di giustizia riguardante il Kosovo*, *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 1135 s.; B. CONFORTI, *La risoluzione 1244 del Consiglio di sicurezza e il parere della Corte internazionale di giustizia sul Kosovo*, *ivi*, p. 1128 ss.; P. FOIS, *Il parere della Corte internazionale di giustizia sull'indipendenza del Kosovo e il diritto internazionale "à la carte"*, *ivi*, p. 1131 ss.; A. TANCREDI, *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione d'indipendenza del Kosovo*, *ivi*, p. 994 ss.; L. GRADONI, E. MILANO (a cura di), *Il parere della Corte internazionale di giustizia sulla dichiarazione di indipendenza del Kosovo. Un'analisi critica*, Padova, 2011; P. PALCHETTI, *L'interprétation des résolutions du Conseil de sécurité à la lumière de l'avis de la CIJ sur le Kosovo*, in M. ARCARI, L. BALMOND (dirs.), *Questions de droit international autour de l'avis consultatif de la Cour international de Justice sur le Kosovo*, Milano, 2011, p. 155 ss.; ID., *Les autorités provisoires de gouvernement (PISG) du Kosovo, EULEX et ONU: les principes d'attribution à l'épreuve*, in *Revue belge de droit international*, 2013, p. 45 ss.

amministrativa (sviluppo economico, educazione, salute, pianificazione urbanistica e rurale) per i comuni a maggioranza serba (*Association/Community of Serb majority municipalities*), ha riconosciuto l'estensione dell'autorità di polizia e giudiziaria del Governo di Pristina anche nel territorio del Kosovo del Nord, *enclave* serba, ma con l'inserimento tra il personale di appartenenti alla minoranza serba, smantellando al contempo le corrispondenti istituzioni parallele che ancora vi operavano<sup>43</sup>.

Tornando alle relazioni Albania-UE, sempre nel 1999 venne avviato il *Processo di stabilizzazione ed associazione* (PSA): lo scopo era la creazione nei Balcani di un nuovo contesto politico coeso, motivato dalla comune prospettiva dei Paesi di quell'area di integrazione nell'Unione europea e dalla promozione della stabilizzazione, della transizione verso l'economia di mercato e della cooperazione regionale<sup>44</sup>.

La prospettiva di integrazione europea di tutti i Paesi balcanici venne ribadita in occasione del Consiglio europeo di Santa Maria da Feira del giugno 2000: “[i]l Consiglio europeo conferma che il suo obiettivo resta quello della massima integrazione possibile dei paesi della regione nel contesto politico ed economico dell'Europa, mediante il Processo di stabilizzazione e di associazione, il dialogo politico, la liberalizzazione degli scambi e la cooperazione nel settore della giustizia e degli affari interni. Tutti i paesi interessati sono candidati potenziali all'adesione all'Ue. L'Unione sosterrà il processo di stabilizzazione e associazione mediante assistenza tecnica ed economica”.

La formalizzazione del processo di stabilizzazione avvenne invece nel corso del vertice di Zagabria nel novembre 2000, durante il quale venne anche lanciato un nuovo programma europeo specificamente designato per i Paesi dei Balcani occidentali. Il *Programma di assistenza comunitaria per la ricostruzione, la democratizzazione e la stabilizzazione* (CARDS)<sup>45</sup> che garantiva un'assegnazione di 4,65 miliardi di euro per il periodo 2000-2006: con questo programma, l'assistenza europea da essere meramente funzionale alla ricostruzione e alla riabilitazione dei Paesi destinatari iniziava a puntare sul sostegno al c.d. *institution-building* e sull'avvio

---

<sup>43</sup> Con tale Accordo la Serbia non ha in ogni caso inteso procedere al riconoscimento del Kosovo come Stato indipendente ai sensi del diritto internazionale. Anche nell'*EU Opening Statement for Accession Negotiations* della Serbia del 9 gennaio 2014, d'altronde, si specifica che l'accordo “is without prejudice to positions on status, and is in line with UNSCR 1244/1999 and the ICJ Opinion on the Kosovo declaration of independence” (p. 2). L'Accordo è stato ratificato dal Kosovo il 27 giugno 2013 con legge n. 04-L/199, mentre l'Assemblea parlamentare serba non ha seguito la procedura interna di ratifica prevista per gli accordi internazionali, non considerandolo tale, ma ha semplicemente accettato il *Report* governativo relativo al “process of political and technical dialogue with the temporary institutions in Pristina with the mediation of EU, including the process of implementation of the achieved agreements”. L'*Implementation Plan* dell'Accordo è reperibile *online*. In dottrina vedi F. MARTINO, *Kosovo: Beyond the “Brussels Agreement”*, ISPI, maggio 2014, reperibile *online*.

<sup>44</sup> La logica sottesa al processo di stabilizzazione e associazione si basava prevalentemente su questi tre aspetti: il riconoscimento di una plausibile prospettiva di ammissione nell'Unione, accompagnata a tal fine dall'indicazione di precise condizioni da rispettare; la necessità di promuovere e stimolare le relazioni bilaterali; il ricorso ad un approccio più flessibile in considerazione della situazione specifica dei Balcani occidentali. I tre strumenti sui quali si basa il processo di stabilizzazione e di associazione sono poi le concessioni commerciali, l'assistenza economica e finanziaria e l'instaurazione di relazioni bilaterali convenzionali con ciascuno dei Paesi coinvolti. In merito vedi la Comunicazione della Commissione, *Processo di Stabilizzazione e Associazione per i Paesi dell'Europa sud-orientale – Bosnia e Erzegovina, Croazia, Repubblica Federale di Jugoslavia, Ex Repubblica jugoslava di Macedonia (FYROM) e Albania*, COM(99)235 def., del 26 maggio 1999, p. 3.

<sup>45</sup> Reperibile *online*.

di concrete ed effettive riforme economiche. Sempre in occasione del vertice di Zagabria, l'Unione decise di rinsaldare i rapporti con l'Albania con la creazione di uno *steering group* il cui compito era quello di supportare l'attività di valutazione della capacità albanese di assumersi gli obblighi derivanti da un futuro accordo di stabilizzazione e associazione con l'Unione.

Nel giugno 2001, il Consiglio avallò il giudizio positivo della Commissione europea, intervenuto nel frattempo, e decise di richiedere alla stessa la stesura di una bozza di mandato a negoziare l'accordo di stabilizzazione e associazione con l'Albania. Il 21 ottobre 2002, infine, il Consiglio decise l'apertura dei negoziati per concludere l'accordo, che, di fatto, vennero ufficialmente aperti il 31 gennaio 2003. L'Accordo venne poi firmato il 12 giugno 2006 ed entrò in vigore il 1° aprile 2009<sup>46</sup>. Contestualmente alla firma dell'Accordo di cui sopra, e in attesa delle ratifiche necessarie per la sua entrata in vigore, era però immediatamente entrata in vigore la parte dell'Accordo relativa alla dimensione commerciale dello stesso, cioè il c.d. Accordo commerciale interinale<sup>47</sup>. Esso prevedeva la creazione di una zona di libero scambio e, a tal fine, le due parti avrebbero provveduto ad eliminare tutti i dazi e le tasse di effetto equivalente gravanti sui prodotti industriali<sup>48</sup>. Intanto, nel Consiglio europeo di Salonicco del 19 e 20 giugno 2003, si era ribadito che il PSA era la sola strada da perseguire ufficialmente con i Paesi dei Balcani occidentali, i quali sarebbero potuti divenire membri dell'Unione europea una volta soddisfatti tutti i requisiti individuati. Oggi si parla in proposito della c.d. "Agenda di Salonicco".

6. Come testé ricordato, il 1° aprile del 2009 è entrato in vigore l'Accordo di stabilizzazione e di associazione tra l'Unione europea e l'Albania.

In seguito alla presentazione della candidatura ufficiale dell'Albania, avvenuta, come già detto, il 28 aprile 2009, dal 2010 la Commissione europea nei suoi rapporti annuali sull'allargamento aveva iniziato a presentare le sue considerazioni sui progressi compiuti dallo Stato balcanico.

In uno dei primi rapporti, quello del 10 ottobre 2012, la Commissione aveva individuato i maggiori punti di criticità dell'ordinamento albanese che dovevano essere superati al fine di conseguire lo *status* di candidato, ovvero lotta alla criminalità, corruzione, cattiva amministrazione della cosa pubblica, necessità di riformare il sistema della giustizia; inoltre, aveva indicato le priorità cui prestare attenzione, ovvero il

<sup>46</sup> L'Accordo di stabilizzazione e associazione con l'Albania – al pari di quello con gli altri Paesi dei Balcani occidentali – viene accomunato agli accordi europei conclusi tra l'Unione europea e i paesi PECO nel corso degli anni Novanta. A differenza di questi ultimi però, che come ricordato erano denominati semplicemente "accordi europei di associazione", quelli con l'Albania e gli altri Paesi della regione balcanica sono denominati "accordi di stabilizzazione e associazione", sottolineando di tal guisa il fatto che il loro obiettivo primario è quello di stabilizzare e di creare condizioni di sicurezza nei Balcani e, solo in secondo luogo, quello di favorire l'associazione di questi Paesi con l'Unione europea.

<sup>47</sup> Vedi Accordo interinale sugli scambi e sulle questioni commerciali tra la Comunità europea, da una parte, e la Repubblica di Albania, dall'altra, del 1° settembre 2006, p. 2 ss. L'Accordo interinale del 2006 prevede la creazione di una zona di libero scambio.

<sup>48</sup> Inoltre, in base all'Accordo, l'Albania, al fine di abbattere le barriere non tariffarie e di prepararsi alla futura partecipazione al mercato interno europeo, era tenuta a realizzare un'armonizzazione progressiva delle proprie norme con quelle rilevanti dell'*acquis* comunitario. In realtà, l'Unione aveva già provveduto a liberalizzare unilateralmente la gran parte del commercio dei prodotti industriali con l'Albania (e con altri Paesi dei Balcani occidentali) nel 2000, nell'ambito del menzionato regime di preferenze commerciali autonome.

buon funzionamento del Parlamento sulla base di un dialogo costante e costruttivo fra tutti i partiti politici, la garanzia dello svolgimento delle elezioni in modo conforme agli standard europei e internazionali, la riforma della pubblica amministrazione, il potenziamento dello Stato di diritto anche attraverso la riforma della giustizia e la messa in atto di efficaci strategie di lotta alla corruzione dilagante nel Paese.

Dopo lo svolgimento delle elezioni politiche in Albania del giugno 2013, il 16 ottobre di quello stesso anno la Commissione europea aveva proposto che alla Repubblica di Albania venisse ufficialmente concesso lo *status* di “Paese candidato all’adesione all’Unione europea”. Il Consiglio dell’Unione europea del 27 giugno 2014 avallava tale richiesta e contestualmente rilevava che da quel momento in poi l’Albania avrebbe dovuto agire in modo efficace per adempiere a tutte le raccomandazioni contenute nel *Report* della Commissione e porre in essere tutti gli sforzi necessari per attuare le priorità indicategli<sup>49</sup>.

Come già evidenziato, l’ultimo documento sui progressi compiuti dall’Albania nel suo cammino verso l’ammissione è il *Report* del 9 novembre 2016. Come da prassi, in esso la Commissione ha analizzato la situazione relativa al rispetto del criterio politico, di quello economico e di quello della capacità dello Stato di assumere tutti gli obblighi futuri derivanti dall’appartenenza all’Unione. In sintesi, relativamente al criterio politico, la Commissione ha evidenziato che, dopo aver approvato emendamenti alla Costituzione necessari per una riforma radicale del sistema giudiziario, in vista delle elezioni politiche del 18 giugno 2017, il Paese avrebbe dovuto attivarsi anche per una riforma del sistema elettorale. In merito alla riforma della pubblica amministrazione, invece, la Commissione ha rilevato come indispensabile l’attuazione di procedure di assunzione dei dipendenti pubblici più trasparenti e la necessità di continuare nell’opera di riforma del settore pubblico, unitamente a quello specifico della gestione finanziaria della pubblica amministrazione.

Quanto all’importantissimo aspetto della lotta alla corruzione, la Commissione ha ribadito che la corruzione continua a imperversare in molti settori e continua a costituire un problema cruciale; ha però anche evidenziato i progressi compiuti in questo ambito, soprattutto relativamente alla preparazione dei soggetti direttamente coinvolti nel contrasto di tale nefasta pratica, ma ha al contempo richiamato il Paese a intensificare le azioni di contrasto al fenomeno e di persecuzione degli autori dei reati<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Allo stesso tempo, però, il Consiglio accoglieva favorevolmente il nuovo e costante impegno della Repubblica di Albania nella cooperazione regionale e nelle relazioni di buon vicinato, pratica in grado di allineare il Paese balcanico a quelle che già sono le direttrici della politica estera e di sicurezza comune dell’Unione europea. Per quanto concerne poi i rapporti di potere e gli equilibri istituzionali interni, il Consiglio incoraggiava il governo albanese a mantenere e rafforzare il dialogo politico con le opposizioni, anche sulle riforme connesse all’ammissione nell’UE. Di recente, sul tema della futura ammissione dell’Albania vedi E. BUSHI, *Albania, A Halt in EU Enlargement: Has Democratization Too, Hit the Break?*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2015, p. 121 ss.

<sup>50</sup> In proposito, nel marzo 2015 sono stati adottati la *Strategia nazionale anti-corruzione (2015-2020)* e il *Piano d’azione (2015-2017)*. Sempre dal 2015 è operativo un sistema di monitoraggio e informazione in materia di lotta alla corruzione. Anche la lotta al crimine organizzato è migliorata, in particolare relativamente al contrasto alla produzione di sostanze stupefacenti e alla capacità delle forze di polizia locale di creare *network* di cooperazione, anche con Europol. Problemi permangono senz’altro rispetto alla persecuzione dei criminali e all’utilizzo anche di alcuni strumenti finanziari quali importanti mezzi di contrasto, tra cui, ad esempio, la confisca e il congelamento dei beni e dei proventi del crimine organizzato. Sono state poi adottate sia la *Strategia per l’ordine pubblico (2015-2020)* che il relativo *Piano d’azione (2015-2017)*.

Grande enfasi è poi stata posta dalla Commissione sull'aspetto legato al rispetto dello Stato di diritto: essa, infatti, ha affermato che la sua attività di monitoraggio negli anni seguenti si sarebbe concentrata proprio in modo specifico sullo stato della *rule of Law*. Relativamente all'avanzamento delle riforme in materia, il 22 luglio 2016 il Parlamento albanese, all'unanimità (140 voti su 140), ha approvato la legge costituzionale n. 76, meglio nota come legge di riforma della giustizia nella Repubblica d'Albania<sup>51</sup>. Questo importantissimo risultato è stato ottenuto anche grazie all'intensa attività di cooperazione e affiancamento svolta dalla Commissione di Venezia del Consiglio d'Europa, organizzazione di cui l'Albania è Stato parte dal 13 luglio 1995<sup>52</sup>.

Una nota di merito riguarda la protezione dei diritti umani fondamentali in Albania, che è ormai ritenuta in linea con gli standard europei<sup>53</sup>. La fase dell'*enforcement* dei meccanismi di protezione è senz'altro quella che merita di essere ulteriormente perfezionata, unitamente alla tutela della libertà di espressione. Infatti, alcuni problemi "strutturali" vengono evidenziati per quanto riguarda la libertà dei *media*, in particolare in merito a presunte interferenze politiche nei canali pubblici, pratiche di finanziamento poco trasparenti e azioni intimidatorie nei riguardi di alcuni giornalisti. Inoltre, la Commissione ha rilevato la persistenza di discriminazioni a carico dei Rom.

Quanto al gravoso problema dei flussi migratori, i Balcani occidentali, come è noto, sono una "rotta calda" delle migrazioni verso l'Unione<sup>54</sup>. In proposito, nell'Accordo di stabilizzazione e associazione di cui si è detto, per quanto concerne il tema dell'immigrazione, l'Unione aveva adottato lo stesso approccio sperimentato con alcuni Paesi vicini, chiedendo e ottenendo dall'Albania la conclusione di un accordo di riammissione, ovvero un accordo che stabilisce delle obbligazioni reciproche delle parti contraenti, nonché delle dettagliate procedure amministrative e operative per facilitare il rimpatrio e il transito di persone che non soddisfano più le condizioni di ingresso, di presenza e di residenza dello Stato richiedente<sup>55</sup>. Quello con l'Albania è entrato in vigore nel maggio del 2006, in cambio di un Accordo di facilitazione dei visti, firmato nel settembre del 2007 ed entrato in vigore il 1° gennaio 2008. In proposito, in materia di visti, dal 15 dicembre 2010, tutti i cittadini albanesi in possesso del passaporto biometrico hanno acquisito il diritto di circolare liberamente nell'area Schengen; la richiesta del visto rimane invece ancora neces-

<sup>51</sup> Vedi E. BOZHEKU, *La riforma costituzionale ("strutturale") del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania*, in *Penale contemporaneo*, 19 ottobre 2016, reperibile online.

<sup>52</sup> Vedi *Final Opinion on the Revised Draft Constitutional Amendments on the Judiciary of Albania*, del 15 gennaio 2016, adottata dalla Commissione di Venezia nella sua 106<sup>a</sup> Assemblea Plenaria l'11 e 12 marzo 2016 (CDL-AD(2016)009). La Commissione di Venezia è stata istituita nel maggio 1990, con un accordo tra gli allora 18 Stati membri del Consiglio d'Europa; dal febbraio 2002 essa accoglie come membri anche Paesi non europei. In base all'art. 2 del suo Statuto, essa è composta da "esperti indipendenti di fama internazionale per la loro esperienza nelle istituzioni democratiche o per il loro contributo allo sviluppo del diritto e della scienza politica". Per una panoramica su tutte le attività della Commissione di Venezia si rimanda al relativo sito istituzionale.

<sup>53</sup> L'Albania ha ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo il 2 ottobre 1996.

<sup>54</sup> Vedi, in argomento, G. CAGGIANO, *Ascesa e caduta della rotta balcanica. Esternalizzazione contro solidarietà per i richiedenti-asilo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 221 ss.

<sup>55</sup> Per una ricostruzione dei rapporti tra Italia e Albania in materia di contrasto all'immigrazione clandestina vedi, tra gli altri, P. AGNETTI, *Operazione Alba: la missione della forza multinazionale di protezione in Albania*, Novara, 1997; G. DA MOLIN (a cura di), *Immigrazione albanese in Puglia*, Bari, 1999; O. MEHILLAJ, *L'immigrazione albanese in Italia. Profili sociologici e politiche di controllo*, 2010, reperibile online.

saria qualora ci si sposti per motivi di lavoro, per usufruire di cure mediche e per il ricongiungimento familiare.

Quanto all'ambito della cooperazione regionale e al rispetto degli obblighi internazionali, all'Albania è riconosciuto il merito di avere un ruolo attivo e costruttivo nel contesto regionale balcanico, conformemente a quanto richiesto dall'Accordo di stabilizzazione e associazione. Le si rimprovera invece di continuare ad avere un Accordo bilaterale del 2003 con gli Stati Uniti d'America in materia di immunità dalla giurisdizione dei cittadini statunitensi relativamente all'applicazione dello Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale<sup>56</sup>. Tale accordo, infatti, si pone in netto contrasto con la politica dell'Unione rispetto alla necessità di applicare integralmente lo Statuto di Roma e pertanto l'Albania dovrebbe adeguarsi il prima possibile a questa posizione dell'UE.

Relativamente al criterio economico, invece, si è rilevata la “moderata” preparazione del sistema albanese rispetto al corretto funzionamento dell'economia di mercato<sup>57</sup>. Progressi sono stati compiuti sia in materia di gestione del bilancio pubblico che, ad esempio, nella riforma del settore energetico. Sebbene la crescita economica abbia accelerato e la situazione nel mercato del lavoro albanese sia migliorata, permangono tuttavia grandi sacche di disoccupazione e il debito pubblico è ancora molto alto e non accenna a decrescere. Il settore finanziario dell'Albania è abbastanza stabile, anche se il settore bancario è ancora gravato da prestiti non onorati e il sistema del credito sta crescendo lentamente. Le norme interne in materia di investimenti sono ancora troppo gravose e spesso la mancanza di certezza del diritto in questo settore funge da deterrente a un incremento degli investimenti<sup>58</sup>.

Infine, relativamente alla capacità di assunzione degli obblighi derivanti dall'appartenenza all'Unione, l'Albania sta continuando ad allineare il proprio ordinamento giuridico alla legislazione dell'Unione in molte aree. Ciò nonostante, sono ancora molti gli sforzi che il Paese balcanico deve compiere per attuare l'*acquis* dell'Unione.

7. A chiusura della Comunicazione del 2016 sulla politica di allargamento, la Commissione europea ha ricordato come la politica europea di allargamento continui ad essere “a strategic investment in peace, security, prosperity, and stability in Europe” (p. 9). A nostro avviso, è proprio da questa conclusione che bisogna ripartire in un momento storico di forte crisi del modello di integrazione europeo e di messa in discussione dei risultati ad oggi raggiunti grazie, anche, all'allargamento dei confini dell'Unione europea.

Se è vero infatti che la *Brexit* ha segnato un duro colpo all'idea di “irreversibilità” del processo di integrazione europea<sup>59</sup>, a nostro avviso ciò che resta e resterà

---

<sup>56</sup> L'Accordo bilaterale Albania-USA, che trova il suo fondamento giuridico nell'art. 98 dello Statuto della Corte, è stato firmato il 2 maggio 2003.

<sup>57</sup> Più in generale, nella Comunicazione del 9 novembre 2016 sopra richiamata, in ambito economico, si era rilevato come la situazione economica nei Balcani occidentali sia comunque in genere gradualmente migliorata, essendoci stata una maggiore crescita e un incremento degli investimenti e della creazione di posti di lavoro, soprattutto nel settore privato (p. 6).

<sup>58</sup> Di recente sono stati poi messi in atto ingenti sforzi per migliorare il sistema delle infrastrutture in Albania, ma le persistenti falle in materia di trasporti, energia e digitalizzazione continuano a costituire un ostacolo per lo sviluppo economico del Paese.

<sup>59</sup> In proposito rilevano i recenti *Orientamenti del Consiglio Europeo (Articolo 40) per i negoziati sulla Brexit*, adottati durante il Vertice straordinario del 29 aprile 2017.

irreversibile sia con i Paesi che ancora non hanno fatto ingresso nell'Unione sia con quello (o quelli in un ipotetico futuro) che hanno deciso di fare un passo indietro, è l'idea che la via della cooperazione, non solo economica, sia la sola perseguibile, a prescindere dalle forme più o meno intense che tale cooperazione potrà assumere. Nel contesto della *membership* dell'UE, l'odierna complessità della fase di preadesione, soprattutto a partire dall'allargamento ad Est, ha dimostrato, da un lato, la serietà dell'approccio dell'Unione volto a garantire un certo equilibrio e stabilità interna al proprio assetto istituzionale, politico ed economico e, dall'altro, l'imprescindibile apporto che il perseguimento della convergenza rispetto ai requisiti per l'ammissione ha comunque dato al miglioramento delle condizioni politiche, economiche e sociali dei Paesi coinvolti. Il progressivo affermarsi sullo scenario europeo di un'Albania sempre più attenta alla riforma in senso democratico delle proprie istituzioni, al rispetto dei diritti umani fondamentali, anche delle minoranze, alla necessità di investire in infrastrutture e riforme politico-economiche capaci di sbloccare le forze attive del Paese e di attirare investitori stranieri, testimonia senz'altro il *favor* con cui deve essere valutata la politica di allargamento dell'Unione europea.

Ogni esperienza di allargamento, e quella che vede coinvolti i Balcani occidentali non è da meno, ha dunque messo in luce che non solo il processo di ammissione è uno straordinario incentivo per riformare un Paese candidato, ma è anche uno stimolo per la stessa Unione europea per ripensarsi e rimettersi in gioco. Se è vero, come affermato nella Dichiarazione di Roma dello scorso 25 marzo, che “[l]’unità europea è iniziata come il sogno di pochi ed è diventata la speranza di molti”, e che i leader europei continuano a volere “un’Unione che resti aperta a quei paesi europei che rispettano i nostri valori e si impegnano a promuoverli”, allora le speranze che presto anche per l’Albania possa finalmente iniziare la fase finale del suo processo di ammissione nell’Unione europea sono realistiche e di imminente concretizzazione.

## Abstract

### The EU Accession Process of Albania in the Context of the Enlargement Policy of the European Union: Recent Developments

This essay aims to contribute to the current debate on EU membership. Starting from the analysis of the EU Enlargement Policy, it gives account of the different enlargements of the EU. Then, it focuses on the strict conditions for membership established in Article 49 of the Treaty of the European Union, and on the role of each Institution in the accession process. Special attention is given to the accession process of the Republic of Albania, to which the status of ‘candidate country’ was officially recognized on June 27, 2014. The essay tries to shed light on the inherent value of the enlargement policy, despite the deep economic and social crisis that Europe, and the whole world, is experiencing in our time.

Alice Pisapia\*

# La base giuridica per l'adozione degli atti dell'Unione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La base giuridica degli atti dell'Unione. – 3. L'errata indicazione della base giuridica come violazione di forme sostanziali. – 4. Il cumulo di basi giuridiche. – 5. L'uso della clausola di flessibilità come base giuridica. – 6. Il vaglio della Corte di giustizia in materia di base giuridica utilizzata per l'adozione di misure restrittive. – 7. Le conseguenze della patologia dell'atto viziato. – 8. Riflessioni conclusive.

1. Il presente contributo si propone di analizzare, dopo aver distinto tra base giuridica e motivazione degli atti, i principi che il giudice europeo ha formulato nelle proprie pronunce, in sede di ricorso per annullamento, in materia di vizi dell'atto comunitario con particolare riferimento a quanto attiene l'errata individuazione della base giuridica. Ovviamente la giurisprudenza non ha mai approfondito questioni teoriche, valutando volta per volta le problematiche del singolo caso sottoposto alla sua attenzione<sup>1</sup>. La difficoltà consiste quindi nel fornire un inquadramento teorico generale alle pronunce che, eventualmente riscontrando l'erronea individuazione (o la mancanza) della base giuridica individuata per la loro adozione, siano riconducibili all'elenco esaustivo di vizi individuati dal par. 2 dell'art. 263 TFUE. I vizi enumerati nel Trattato, sostanzialmente modellati su quelli del contenzioso amministrativo francese<sup>2</sup>, sono: l'incompetenza (che può essere assoluta o funzionale), la violazione di forme sostanziali, la violazione dei Trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione<sup>3</sup> e lo sviamento

\* Docente a contratto di Diritto dell'Unione europea per l'impresa e Diritto della concorrenza nell'Università degli studi dell'Insubria.

<sup>1</sup> Per la trattazione dottrinale, autorevole per una sistematizzazione complessiva si v. S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 1991, p. 773 ss.; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti giuridici*, in *Rivista italiana diritto pubblico comunitario*, 1994, p. 557 ss.; C. CURTI GIALDINO, *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2008, p. 15 ss. Inoltre, per una declinazione nell'ordinamento giuridico interno, v. R. MONACO, *L'organizzazione amministrativa delle Comunità europee e la pubblica amministrazione italiana*, in *Rivista diritto europeo*, 1961, p. 247 ss.

<sup>2</sup> La dottrina ha più volte sottolineato l'influenza dell'ordinamento amministrativo francese sul contenzioso comunitario: cfr. M. FROMONT, *L'influence du droit français et du droit allemand sur les conditions de recevabilité du recours en annulation devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1966, p. 47 ss.; M. J. GUEDON, *La classification des moyens d'annulation des actes administratifs. Réflexion sur un état des travaux*, in *Actualité juridique droit administratif*, 1978, p. 82 ss.; J. B. AUBY, J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dirs.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, p. 539 ss.

<sup>3</sup> Si segnala che parte della dottrina identifica cinque vizi distinguendo tra il vizio di violazione dei Trattati e quello ascrivibile alla violazione di qualsiasi regola di diritto relativa all'applicazione dei Trattati. Cfr. fra tutti R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, 1981, p. 95 ss.

di potere<sup>4</sup>. Essendo l'elenco dei motivi di ricorso tassativo, le quattro figure di vizi di legittimità sono tipizzate e comprendono tutti i difetti suscettibili di inficiare la legittimità di un atto comunitario<sup>5</sup>. Come sancito dalla Corte, tutti i mezzi di ricorso devono trovare il loro fondamento normativo nel numero chiuso di vizi previsti dal Trattato, infatti “per poter essere esaminati dalla Corte, i motivi d'impugnazione devono essere sufficientemente precisati nel ricorso, affinché si possa stabilire se rientrano tra quelli elencati all'art. 173 del Trattato”<sup>6</sup>. Nel ricorso per l'annullamento di un atto europeo è possibile dedurre uno o più motivi di ricorso enunciati dal Trattato<sup>7</sup>. Si rileva che nella prassi vi è la tendenza a dedurre più motivi di ricorso poiché le categorie di vizi non sono rigidamente separate, ma al contrario subiscono una costante sovrapposizione. Facilmente infatti, l'incompetenza si accavalla con la violazione del Trattato e lo svia-

<sup>4</sup> E. LAPENNA, *I motivi di impugnazione degli atti comunitari secondo l'art. 173, I comma, del trattato istitutivo della CEE*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1964, p. 61 ss.; A. PELLICER VALERO, *Motivos de impugnación jurisdiccional de los actos de los órganos institucionales de las Comunidades europeas*, in *Revista de derecho administrativo y fiscal*, 1964, p. 3 ss.; A. POLICE, *Il sindacato sull'eccesso di potere della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1995, p. 610 ss.; A. SINAGRA, *La Corte europea di giustizia comunitaria come giudice di legittimità amministrativa*, in *Comunicazioni e studi*, 2007, p. 789 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo. Dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Torino, 2012, p. 127 ss.; P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, V ed.

<sup>5</sup> S. M. CARBONE, *Le procedure innanzi alla Corte di giustizia a tutela delle situazioni giuridiche individuali dopo il Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 239; A. ADINOLFI, *Ricorso di annullamento e diritto alla tutela giurisdizionale effettiva*, in L. F. PACE (a cura di), *Nuove tendenze del diritto dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2012, p. 251 ss.

<sup>6</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'11 luglio 1985, causa 42/84, *Remia Bv e a. c. Commissione*, punto 16.

<sup>7</sup> Si v. tra i più recenti B. NASCIBENE, L. DANIELE (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Milano, 1998, p. 53 ss.; G. SCHERMERS, D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, Leiden, 2001, II ed., p. 193 ss.; K. LENAERTS, T. COURTHAUT, *Judicial Review as a Contribution to the Development of European Constitutionalism*, in *Yearbook of European Law*, 2003, p. 1 ss.; A. ARNULL, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 2006, II ed., p. 289 ss.; K. LENAERTS, *The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1625 ss.; N. FORWOOD, *The Court of First Instance, its Development, and the Future Role in the Legal Architecture of the European Union*, in A. ARNULL, P. EECKHOUT, T. TRIDIMAS (eds.), *Continuity and Change in EU Law*, Oxford, 2008, p. 34; M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *Il contenzioso dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 89 ss.; O. PORCHIA, *I ricorsi davanti alla Corte di giustizia dell'Unione europea: le modifiche previste dal Trattato di Lisbona*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 223; A. H. TURK, *Judicial Review in EU Law*, Northampton, 2009, p. 12 ss.; R. BARENTS, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 709 ss.; A. ADINOLFI, *La Corte di giustizia dell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2010, p. 45 ss.; G. DONÀ, *Il ricorso di annullamento e le novità introdotte dal Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2010, p. 567 ss.; M. WATHELET, *Contentieux européen*, Bruxelles, 2010; P. CRAIG, G. DE BURCA, *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, II ed.; J. MALENOWSKY, *Les éléments constitutifs du mandat des juges de la Cour de justice à l'épreuve du temps: l'iceberg commence à fonder*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 801 ss.; F. MARIATTE, D. RITLÉNG (dirs.), *Contentieux de l'Union Européenne/I, Annulation, Exception d'illégalité*, Paris, 2011; E. VON BERDELEBE, F. DONNAT, D. SIRITZKY, *La Cour de Justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen*, Paris, 2012, p. 136 ss.; F. JACOBS, *The Lisbon Treaty and the Court of Justice*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Treaty after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 197; P. IANUCELLI, *La réforme des règles de procédure de la Cour de justice*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 107 ss.; E. CANNIZZARO, *Il diritto dell'integrazione Europea, L'ordinamento dell'Unione*, Torino, 2015, p. 183 ss.

mento di potere spesso si confonde con la violazione di forme sostanziali<sup>8</sup>. Delimitare dei confini precisi delle diverse categorie di vizi non risulta possibile a causa delle interferenze tra i motivi di ricorsi dedotti in giudizio. Si consideri, per esempio, il vizio dell'obbligo di motivazione imposto dall'art. 296 TFUE<sup>9</sup>. Tale obbligo è ritenuto essenziale al fine di garantire al soggetto destinatario dell'atto di conoscere le ragioni che hanno condotto all'adozione dell'atto in oggetto. Inoltre, l'obbligo di motivazione consente al giudice dell'UE, nell'operare *ex post* il vaglio giurisdizionale, di valutare il corretto esercizio delle funzioni e delle competenze da parte delle istituzioni europee, garantendo così l'equilibrio istituzionale<sup>10</sup>. Con riferimento al profilo dell'incompetenza potrebbe essere fatto valere il vizio di violazione di forme sostanziali, mentre con riferimento allo sviamento di potere si potrebbe validamente scegliere di addurre il vizio d'incompetenza<sup>11</sup>. Ecco quindi che i margini di separazione tra le categorie dottrinali sfumano<sup>12</sup>. E ancora il vizio d'incompetenza risulta particolarmente prossimo alla violazione del Trattato nella misura in cui vi sia una incompetenza "esterna" o

---

<sup>8</sup> D. WYATT, A. DASHWOOD, *European Union Law*, VI ed., London, 2011, p. 65 ss.; T. C. HARTLEY, *The Foundations of the European Union Law*, Oxford, 2014, VIII ed., p. 510.

<sup>9</sup> A. PIETROBON, Art. 296 TFUE, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, II ed, p. 1427 ss.

<sup>10</sup> M. CONDINANZI, R. MASTROIANNI, *op. cit.*, p. 124; G. TESAURO, *Il diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, VII ed., p. 35 ss.; R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 307 ss.; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2015, IV ed., p. 267 ss.; J. PERTEK, *Droit des institutions de l'Union européenne*, Paris, 2016, p. 310 ss.

<sup>11</sup> Con riferimento al vizio di incompetenza per quanto attiene ai profili rilevanti per la violazione del principio dell'equilibrio istituzionale in dottrina v. G. GUILLERMIN, *Le principe de l'équilibre institutionnel dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Journal du droit International*, 1992, p. 319 ss.; C. SCHMITTER, *Principe de l'équilibre institutionnel*, in A. BARAV, C. PHILIP (dirs.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, 1993, p. 473 ss.; B. DE WITTE, *The Role of Institutional Principles in the Judicial Development of the European Union legal order*, in F. G. SNYDER (ed.), *The Europeanisation of Law: The Legal Effects of European Integration*, Oxford, 2000, p. 83 ss.; ID., *Institutional Principles: A Special Category of General Principles of EC Law*, in U. BERNITZ, J. NERGELIUS (eds.), *General Principles of European Community Law*, The Hague, 2000, p. 143; K. LENAERTS, A. VERHOEVEN, *Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance*, in C. JORGES, R. DEHOUSSE (eds.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford, 2002, p. 35; J. P. JACQUÉ, *The principle of the institutional balance*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 383 ss.; K. LENAERTS, *In the Union We Trust – Enhancing Principles of Community Law*, in *European Law Journal*, 2004, p. 317 ss.; P. PONZANO, *Institutions of the European Union*, in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (eds.), *Genesis and Density of the European Constitution*, Brussels, 2007, p. 439 ss.; B. DRIESSEN, *Interinstitutional Conventions and Institutional balance*, in *European Law Review*, 2008, p. 550 ss.

<sup>12</sup> L'Avvocato generale Jacobs nelle conclusioni presentate il 16 gennaio 2003, nella causa C-76/01 P, *Eurocoton e a. c. Consiglio dell'Unione*, punto 105 ss., ha affrontato la questione precisando che "[I]ncompetenza potrebbe essere eccepita unicamente qualora il Consiglio fosse tenuto ad adottare la proposta, poiché in tal caso quest'organo sarebbe incompetente rispetto alla non adozione del detto atto. (...) Allo stesso modo, la non adozione potrebbe difficilmente costituire una violazione del trattato (...). Non è invece escluso che un ricorrente possa far valere che la decisione di non adottare una proposta risulti adottata allo scopo esclusivo, o quanto meno determinante, di raggiungere fini diversi da quelli dichiarati, risultando quindi viziata da sviamento di potere. Appare in ogni caso possibile individuare alcune circostanze in cui la decisione di non adottare una proposta debba essere annullata per violazione delle forme sostanziali. Se (...) si fosse verificato che non erano state fatte circolare dichiarazioni favorevoli alla proposta, ovvero che non era stata adempiuta una formalità prescritta dal regolamento di procedura del Consiglio, tali omissioni potrebbero costituire validi motivi sui quali fondare un ricorso di annullamento. Tra le violazioni di questo tipo si possono includere la violazione dei diritti procedurali, la negazione dei diritti di difesa, ovvero il difetto di motivazione".

“assoluta”<sup>13</sup> ovvero una violazione del principio di attribuzione delle competenze tra Stati membri e Unione<sup>14</sup>. Considerando che solo il vizio di incompetenza “esterna” e quello di violazione di forme sostanziali, essendo d’ordine pubblico, possono essere rilevati d’ufficio dal giudice e non esistendo una gerarchia tra i vizi, a causa delle frequenti interferenze brevemente accennate i ricorrenti sovente optano per proporre più motivi di ricorso insieme così da prospettare al giudice una ampia gamma di patologie e consentire un’argomentazione intrecciata<sup>15</sup>.

2. La scelta del fondamento normativo di un atto dell’Unione costituisce la base giuridica per l’adozione dell’atto stesso<sup>16</sup>. Tale fondamento definisce l’ambito d’applicazione delle relative norme<sup>17</sup>. Per esempio, in materia di produzione e vendita dei prodotti agricoli, la Corte aveva avuto modo d’identificare quale fondamento giuridico corretto per il perseguimento di uno o più obiettivi della politica agricola comune la norma specifica per l’adozione di qualsiasi atto di diritto derivato appartenente alla categoria. La Corte ha quindi sancito che le norme specifiche del settore agricolo prevalgono rispetto alle norme generali e agli obiettivi di armonizzazione delle norme nazionali per favorire l’instaurazione del mercato comune<sup>18</sup>. Per determinare l’adeguatezza del fondamento normativo occorre valutare le competenze attribuite all’Unione, poi quelle attribuite all’istituzione che adotta l’atto e, infine, se l’atto si collega in modo preponderante al settore di azione nel cui ambito rientra la base giuridica prescelta<sup>19</sup>. Il sistema di mezzi di ricorso instaurato dal Trattato è

<sup>13</sup> A. CALOGEROPOULOS, *Le contrôle de la légalité externe des actes administratifs unilatéraux*, Parigi, 1983, p. 96 ss.; R. BARATTA, *La ripartizione tra Comunità e Stati membri delle competenze esterne in materia di servizi di trasporto marittimo*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2002, p. 17 ss.

<sup>14</sup> B. GUASTAFERRO, *The European Union as a “Staatenverbund”?: the Endorsement of the Principle of Conferral in the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS, L. RUBINI (eds.), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham, 2012, p. 117; L. AZOULAI (ed.), *The Question of Competence in the European Union*, Oxford, 2014, p. 19 ss.

<sup>15</sup> CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>16</sup> P. A. PILLITU, *Sulla “base giuridica” degli atti comunitari in materia ambientale*, in *Il Foro italiano*, 1991, IV, c. 369 ss.; ST. C. K. BRADLEY, *L’arrêt dioxyde de titane. Un jugement de Salomon?*, in *Cahiers de droit européen*, 1992, p. 609 ss.; ID., *Powers and Procedures in the EU Constitution: Legal Bases and the Court*, in P. CRAIG, G. DE BURCA (eds.), *The evolution of EU Law*, 2011, p. 85 ss.; E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nel sistema delle fonti dell’Unione europea*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2005, p. 651 ss.; M. KLAMERT, *Conflicts of Legal Basis: No Legality and no Basis But a Bright Future under the Lisbon Treaty?*, in *European Law Review*, 2010, p. 497 ss.; S. BRACQ, *Quelles bases juridiques pour la régulation des services d’intérêt économique général*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2011, p. 517 ss.; G. DE BAERE, *From “Don’t Mention the Titanium Dioxide Judgment” to “I mentioned it Once, But I think I Got Away with it All Right”: Reflections on the Choice of Legal Basis in EU External Relations after the Legal Basis for Restrictive Measures Judgement*, in *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2013, p. 537 ss.

<sup>17</sup> R. MILAS, *La concurrence entre les bases légales des actes communautaires*, in *Revue du marché commun*, 1985, p. 445 ss.; C. BARNARD, *Where Politicians Fear to Tread?*, in *European Law Review*, 1992, p. 127 ss.; G. SCOGNAMIGLIO, *Le basi giuridiche dell’azione ambientale: relazione tra l’art. 100 A e l’art. 130 S del Trattato (delimitazione del rispettivo campo di applicazione)*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1992, p. 683 ss.; R. BARENTS, *The Internal Market Unlimited: Some Observations on the Legal Basis of Community Legislation*, in *Common Market Law Review*, 1993, p. 85 ss.

<sup>18</sup> V. sentenze della Corte del 23 febbraio 1988, cause 68/86 e 131/86, *Regno Unito c. Consiglio*; e del 16 novembre 1989, causa C-11/88, *Commissione c. Consiglio*.

<sup>19</sup> P. MENGOZZI, C. MORVIDUCCI, *Istituzioni di diritto dell’Unione europea*, Padova, 2014, p. 114 ss.

volto ad affidare alla Corte di giustizia il controllo della legalità degli atti comunitari<sup>20</sup>. La base giuridica costituisce il parametro attraverso cui la Corte può svolgere la propria funzione di verifica della legalità in senso stretto cioè confrontando la conformità degli atti delle istituzioni con le norme su cui si basano<sup>21</sup>.

Benché la base giuridica sia concetto intrinsecamente connesso con la motivazione dell'atto, tuttavia le violazioni devono essere valutate distintamente. L'esigenza di motivazione varia a seconda dell'atto e in funzione del contesto nel quale l'atto s'inserisce. "La motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti"<sup>22</sup>. Per costante giurisprudenza, l'accertamento se la motivazione di una decisione soddisfi le condizioni sancite dall'art. 296 TFUE va effettuato alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto nonché del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia<sup>23</sup>. La motivazione deve esplicitare in maniera chiara, non contraddittoria e non equivoca l'*iter* logico seguito dall'istituzione per l'adozione dell'atto in oggetto in modo da consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato e permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo. Tale requisito deve essere valutato in funzione delle circostanze del caso concreto, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto, o altre persone da questo riguardate direttamente e individualmente, possano avere a ricevere spiegazioni<sup>24</sup>. La carenza o insufficienza di motivazione determina una violazione di forme sostanziali e costituisce un motivo di ordine pubblico rilevabile d'ufficio dal giudice. Infine, a completamento del quadro illustrato, è necessario distinguere tra la violazione dell'obbligo di motivazione quale vizio di forme sostanziali come sopra illustrato, e l'errore manifesto di valutazione quale vizio attinente la legittimità dell'adozione dell'atto in oggetto. Quest'ultimo profilo attiene alla sostanza dell'atto e alla valutazione di un'eventuale violazione della fondatezza della motivazione, non quindi inerente le finalità perseguite dall'atto stesso, ma piuttosto la legittimità nel merito dell'atto controverso<sup>25</sup>. Essendo quindi tale vizio ascrivibile alla violazione di una norma di diritto relativa all'applicazione del Trattato potrà essere esaminata dal giudice solo se dedotta dal ricorrente<sup>26</sup>.

**3.** L'errata indicazione della base giuridica di un atto europeo è ascrivibile, come accennato, al vizio di violazione di forme sostanziali. Tale vizio è direttamente collegato al principio di attribuzione, sancito dall'art. 5, par. 1, TUE, che definisce l'ambito

---

<sup>20</sup> S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*, Torino, 2012, p. 148 ss.

<sup>21</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer presentate il 16 dicembre 2004, causa C-110/03, *Belgio c. Commissione*, punto 24.

<sup>22</sup> Sentenza della Corte del 14 febbraio 1990, causa C-350/88, *Société française des Biscuits Delacre e a. c. Commissione*, punto 16.

<sup>23</sup> Sentenze della Corte del 25 ottobre 1984, causa 185/83, *Rijksuniversiteit te Groningen*, punto 38; del 23 febbraio 1978, causa 92/77, *An Bord Bainne*, punti 36-37; del 25 ottobre 1978, causa 125/77, *Scholten-Honig*, punti 18-22; del 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, *Commissione c. Sytraval e Brink's France*, punto 63; e del 22 marzo 2001, causa C-17/99, *Francia c. Commissione*, punto 36.

<sup>24</sup> Sentenze della Corte del 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Italia c. Commissione*, punto 48; e del 15 dicembre 2015, causa C-66/02, *Italia c. Commissione*, punto 26.

<sup>25</sup> A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 7 ss.

<sup>26</sup> Sentenze della Corte del 20 febbraio 1997, causa C-166/95 P, *Commissione c. Daffix*, punto 24; *Sytraval e Brink's France*, punto 67; e del 15 gennaio 2005, causa C-66/02, *Italia c. Commissione*, punto 26.

di azione dell'Unione<sup>27</sup>. Il principio cardine del funzionamento istituzionale opera quindi come criterio di ripartizione delle competenze<sup>28</sup>. In virtù di tale principio sono delimitate le competenze dell'Unione, mentre i principi di proporzionalità e sussidiarietà, contenuti nei paragrafi successivi del medesimo articolo, ne regolano l'esercizio<sup>29</sup>. Codificato solo con il Trattato di Maastricht, il principio di attribuzione è in realtà da sempre insito nel diritto europeo, tanto che autorevole dottrina ha sottolineato come in virtù della centralità da esso rivestita all'interno dell'ordinamento comunitario sia necessario attribuirgli una rilevanza di natura costituzionale<sup>30</sup>. "In tale ordinamento giuridico, le istituzioni dispongono soltanto di competenze di attribuzione. Per questo motivo, nel preambolo degli atti comunitari viene indicata la base giuridica che abilita l'istituzione di cui trattasi ad agire nel settore considerato. La scelta della base giuridica appropriata riveste, infatti, un'importanza di natura costituzionale"<sup>31</sup>. La giurisprudenza europea ha inoltre affermato che "la scelta del fondamento giuridico appropriato, ai fini di un'azione sia interna che internazionale dell'Unione, riveste un'importanza di natura costituzionale. Infatti l'Unione, disponendo soltanto di competenze di attribuzione, deve necessariamente ricondurre l'atto che vuole adottare ad una disposizione del Trattato che la legittimi ad approvare un simile atto"<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> L'attuale formulazione dell'art. 5, chiarendo e semplificando la ripartizione di competenze tra UE e Stati membri nel rispetto del principio di sussidiarietà, risponde alla dichiarazione n. 23 sul futuro dell'Unione allegata al Trattato di Nizza e ribadita nel 2001 al Consiglio di Laeken. Cfr. V. MICHEL, *Le défi de la répartition des compétences*, in *Cahier de droit européen*, 2003, p. 21 ss.; R. MASTROIANNI, *Le competenze dell'Unione*, in G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di), *Una Costituzione per l'Unione europea*, Torino, 2006, p. 131 ss.

<sup>28</sup> F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 154 ss.; M. C. CICIRIELLO, *Il rapporto di competenza tra Unione e Stati membri dopo l'entrata in vigore della riforma di Lisbona alla luce delle riflessioni di Francesco Caruso*, in *Il Trattato di Lisbona: due anni di applicazione*, Atti della giornata di studio in ricordo di Francesco Caruso, Roma 7 ottobre 2011, Napoli, 2012, p. 23 ss.; P. CRAIG, *Competence and Member States Autonomy: Causality, Consequences and Legitimacy*, in H. W. MICKLITZ, B. DE WITTE (eds.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge, 2012, p. 11 ss.; L. S. ROSSI, *Does the Lisbon Treaty Provide a Clearer Separation of Competences between EU and Member States?*, in A. BIONDI, P. ECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law after Lisbon*, Oxford, 2012, p. 85 ss.; T. TRIDIMAS, *Competence after Lisbon: The Elusive Search for Bright Lines*, in D. ASHIAGBOR, N. COUNTOURIS, I. LIANOS (eds.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge, 2012, p. 47.

<sup>29</sup> M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; ID., *L'Unione europea e i suoi principi giuridici*, Napoli, 2004; P. DE PASQUALE, *Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2000; D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto spill over negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 541 ss.; G. DAVIES, *Subsidiarity: The Wrong Idea, in the Wrong Place, at the Wrong Time*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 63 ss.; G. TESAURO, *op. cit.*; U. VILLANI, *I principi di sussidiarietà e di proporzionalità nel diritto dell'Unione europea*, in L. F. PACE (a cura di), *op. cit.*, p. 79 ss.; E. CANNIZZARO, *Sistemi concorrenti di tutela dei diritti fondamentali e controlimiti costituzionali*, in A. BERNARDI (a cura di), *I controlimiti – Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Napoli, 2016, p. 45 ss.

<sup>30</sup> G. M. ROBERTI, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sulla base giuridica degli atti comunitari*, in *Il Foro italiano*, 1991, IV, c. 99 ss.; P. L. LOURENCO, *Fundamentacao dos actos comunitarios*, Coimbra, 2002, p. 310 ss.; P. BILANCIA, *La ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri*, in P. BILANCIA, M. D'AMICO (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, p. 99.

<sup>31</sup> Sentenze del Tribunale del 1° luglio 2009, T-24/07, *ThyssenKrupp Stainless c. Commissione*, punto 64; del 9 dicembre 2014, cause T-472/09 e T-55/10, *SP c. Commissione*, punti 117; e del 9 dicembre 2014, T-91/10, *Lucchini c. Commissione*, punto 125.

<sup>32</sup> Sentenze del Tribunale del 4 maggio 2012, causa T-529/09, *In 't Veld c. Consiglio*, punto 47; del 7 marzo 2013, causa T-370/11, *Polonia c. Commissione*, punto 14; e del 10 maggio 2016, causa T-529/13,

La Corte ha stabilito che “nell’ambito del sistema delle competenze comunitarie, la scelta del fondamento giuridico di un atto deve basarsi su elementi oggettivi che possono essere oggetto di sindacato giurisdizionale”<sup>33</sup>. La controversia sul corretto fondamento giuridico dell’atto europeo non deve avere una portata meramente formale ma, al contrario, la scelta del fondamento giuridico deve poter incidere, almeno teoricamente, sulla determinazione del contenuto dell’atto impugnato<sup>34</sup>. Il giudice europeo è pertanto chiamato ad analizzare quali erano gli obiettivi e gli scopi che hanno condotto le istituzioni europee all’adozione dell’atto impugnato<sup>35</sup>. La Corte di vertice del sistema europeo dovrà interrogarsi sul “*centro di gravità*” dell’atto impugnato verificando se le medesime finalità avrebbero potuto essere perseguite con l’utilizzo di una base giuridica distinta<sup>36</sup>. Il sindacato giurisdizionale dovrà inoltre verificare che non vi siano state esclusioni di obiettivi che avrebbero potuto prevedere l’applicazione di una base giuridica differente, eventualmente più rispettosa dell’equilibrio istituzionale<sup>37</sup>. Infatti, l’indicazione del fondamento giuridico riveste anche un’importanza particolare al fine di preservare le prerogative delle istituzioni comunitarie interessate dalla procedura di adozione di un atto<sup>38</sup>. Tuttavia, “nell’ambito del sistema della ripartizione delle competenze comunitarie, la scelta del fondamento giuridico di un atto non può dipendere solo dal convincimento di un’istituzione circa lo scopo perseguito, ma deve basarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale”<sup>39</sup>. Tra detti elementi figurano, in particolare, lo scopo e il contenuto dell’atto impugnato<sup>40</sup>. Inoltre, l’errata indicazione della base giuridica produce come

*Izsak et Dabis c. Commissione*, punto 66.

<sup>33</sup> Sentenze del 16 novembre 1989, causa C-131/87, *Commissione c. Consiglio*, punto 7; del 16 novembre 1989, causa C-11/88, *Commissione c. Consiglio*, punti 6, 9-10; del 23 febbraio 1999, causa C-42/97, *Parlamento c. Consiglio*, punto 36; e del 14 aprile 2005, causa C-110/03, *Belgio c. Commissione*, punti 27-44.

<sup>34</sup> Sentenza dell’11 settembre 2003, causa C-211/01, *Commissione c. Consiglio*, punti 52-53.

<sup>35</sup> Sentenze del 4 aprile 2000, causa C-269/97, *Commissione c. Consiglio*, punti 43-45; del 5 maggio 1998, causa C-180/96, *Regno Unito c. Commissione*, punto 133; del 30 gennaio 2001, causa C-36/98, *Spagna c. Consiglio*, punti 58-59; del 6 dicembre 2005, cause riunite C-453/03, 11, 12 e 194/04, *ABNA e a.*, punti 54-60; e del 12 settembre 2006, causa C-479/04, *Laserdisken*, punti 30-32; e sentenza del Tribunale 11 settembre 2002, causa T-70/99, *Alpharma c. Consiglio*, punti 106-107.

<sup>36</sup> Sentenze dell’11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, punti 7-8; e del 26 novembre 2014, cause riunite C-103 e 165/12, *Parlamento e Commissione c. Consiglio*, punti 51, 58, 75-85.

<sup>37</sup> R. BIEBER, *The Settlement of Institutional Conflicts on the Basis of Article 4 of the EEC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 1984, p. 521 ss.; F. BASSAN, *Regolazione ed equilibrio istituzionale nell’Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2003, p. 973 ss.; S. VAN RAEPENBUSCH, *La réforme institutionnelle du Traité de Lisbonne: l’émergence juridique de l’Union européenne*, in *Cahiers de droit européen*, 2007, p. 573 ss.; T. CHRISTIANSEN, *The European Union after the Lisbon Treaty: An Elusive ‘Institutional Balance’?*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (dirs.), *op. cit.*, p. 228 ss.

<sup>38</sup> Sentenza del 1° ottobre 2009, causa C-370/07, *Commissione c. Consiglio*, punto 48. Nella presente causa si poteva rilevare un’eventuale incidenza sulle competenze del Parlamento, dato che gli articoli utilizzati come base giuridica non attribuivano al PE lo stesso grado di partecipazione al momento dell’adozione dell’atto. Inoltre, l’indicazione del fondamento giuridico è necessaria al fine di determinare le modalità di voto in seno al Consiglio: a maggioranza o unanimità.

<sup>39</sup> Sentenza del 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, punto 11.

<sup>40</sup> Sentenze del 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento c. Consiglio*, punto 34; dell’8 settembre 2009, causa 411/06, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, punto 45; del 26 settembre 2013, causa C-431/11, *Regno Unito c. Consiglio*, punti 44, 47, 55, 58-64, 67; del 12 febbraio 2015, causa C-48/14, *Parlamento c. Consiglio*, punti 29-30; del 28 giugno 2016, causa C-330/15 P, *Tomana e a. c. Consiglio e Commissione*, punto 37; del 7 settembre 2016, causa C-113/14, *Germania c. Parlamento e Consiglio*,

grave conseguenza la violazione del principio della certezza del diritto. “Come la Corte ha più volte dichiarato, la legislazione comunitaria deve essere chiara e la sua applicazione deve essere prevedibile per tutti gli interessati. Tale esigenza di certezza del diritto fa sì che qualsiasi atto che miri a produrre degli effetti giuridici debba trarre la propria forza vincolante da una disposizione del diritto comunitario che dev’essere espressamente indicata come base giuridica e che prescrive la forma giuridica di cui l’atto dev’essere rivestito”<sup>41</sup>. Pertanto, qualora l’atto controverso rientri nella sfera di applicazione di un articolo del Trattato diverso rispetto a quello indicato come base giuridica, l’atto impugnato dovrà essere annullato.

Tuttavia, proprio come accennato, il vizio di errata indicazione della base giuridica è motivo di ricorso non solo per violazione di forme sostanziali, ma in esso si confondono anche il vizio d’incompetenza, e quello di violazione delle disposizioni dei Trattati. La presente illustrazione mira a sottolineare come la sovrapposizione tra i motivi di ricorsi sia opportuna poiché svela la funzione nomofilattica esercitata dalla Corte di vertice del sistema europeo<sup>42</sup>. Infatti, l’atto comunitario di diritto derivato deve trovare il proprio fondamento giuridico nei Trattati affinché vi sia evidenza che all’istituzione in questione sia attribuita la competenza specifica ad adottare l’atto e, più in generale, all’Unione sia attribuita la competenza *ratione materiae* rispetto agli Stati membri<sup>43</sup>. Ai sensi dell’art. 13, par. 2, TUE “ciascuna istituzione agisce nei limiti delle attribuzioni che le sono conferite dai trattati, secondo le procedure, condizioni e finalità da essi previste”<sup>44</sup>. Con riferimento alla ripartizione di competenze tra Consiglio e Commissione in materia di asilo e, in particolare, al conferimento dello *status* di rifugiato, la Corte ha opportunamente sottolineato che il Consiglio è tenuto a giustificare debitamente, in funzione della natura e del contenuto dell’atto, la scelta di una misura di esecuzione di un atto di base che, nel sistema comunitario, spetterebbe normalmente alla Commissione<sup>45</sup>. La Corte reputa quindi che l’eccezione alla regola

---

punti 61 e 65. Sentenze del Tribunale del 19 giugno 2015, causa T-358/11, *Italia c. Commissione*, punti 123-124; del 19 aprile 2016, causa T-44/14, *Costantini e a. c. Commissione*, punti 51-53; e del 20 ottobre 2016, causa T-141/15, *Repubblica Ceca c. Commissione*, punto 92.

<sup>41</sup> Sentenza del 16 giugno 1993, causa C-325/91, *Francia c. Commissione*, punto 26.

<sup>42</sup> B. DE WITTE, *The Role of Institutional Principles*, cit., p. 85; H. DE WAELE, *The Role of the European Court of Justice in the Integration Process: A Contemporary Assessment*, in *Hanse Law Review*, 2010, p. 3 ss.; F. MUNARI, *Il ruolo della Corte di giustizia e il suo rapporto con gli altri organi dell’Unione*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, 2012, p. 37 ss.; M. DAWSON, B. DE WITTE, E. MUIR (eds.), *Judicial Activism at the European Court of Justice*, Cheltenham, 2013, p. 142; P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2014, p. 23 ss.; A. PAJNO, *La funzione di tutela costituzionale della Judicial Review*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 73 ss.

<sup>43</sup> R. ADAM, A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 41; CURTI GIALDINO, *op. cit.*, p. 123.

<sup>44</sup> Sentenza del 23 ottobre 2007, causa C-403/05, *Parlamento c. Commissione*, punto 49. In dottrina cfr. V. RANDAZZO, *Il rapporto tra cooperazione allo sviluppo e questioni relative alla sicurezza ad un primo esame della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 29 ss.

<sup>45</sup> Sentenza del 6 maggio 2008, causa C-133/06, *Parlamento europeo e Commissione c. Consiglio*, punto 47. In dottrina v. R. BARATTA, *Le ‘basi giuridiche derivate’ nell’ordinamento comunitario*, in *Giustizia civile*, 2008, p. 2076 ss.; A. MASSON, *Les conditions de validité des bases juridiques dérivées à la suite de l’arrêt du 6 mai 2006*, in *Cahiers de droit européen*, 2008, p. 157 ss.; A. C. VIMBORSATI, *Prassi normative e fondamenti normativi di diritto derivato: la Corte vieta le deleghe legislative ‘intra-sistemiche’ che cristallizzano il Trattato*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1244 ss.; D. MINCHELLA, *Nonostante una sentenza a favore del Parlamento europeo, quale sarà il locus standi dei singoli in relazione agli elenchi dei Paesi terzi sicuri?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 711 ss.

prevista dai Trattati debba essere motivata più approfonditamente dall'istituzione che opera un utilizzo estensivo dei propri poteri e competenze. Il Consiglio deve quindi dimostrare che la natura e il contenuto del potere esecutivo presentano un carattere specifico tale da potersene riservare l'esercizio in deroga alla competenza generale della Commissione. Come rilevato dall'Avvocato generale Poiares Maduro la motivazione presentata dal Consiglio non spiega in maniera sufficiente una riserva di esecuzione essendo carente il carattere della specificità<sup>46</sup>. In conclusione, quindi, spetta alla Corte, nel controllare la corretta indicazione del fondamento giuridico scelto, verificare se l'atto, la cui validità è controversa, persegue effettivamente gli obiettivi fatti valere dal legislatore comunitario<sup>47</sup>. Nell'operare tale controllo inerente la corretta indicazione della base giuridica di un atto europeo, reputo sia essenziale sottolineare il ruolo assolto dalla Corte di giustizia: non solo garante della corretta applicazione delle forme sostanziali, ma soprattutto garante dell'equilibrio istituzionale previsto dai Trattati<sup>48</sup>. Ecco quindi che l'utilizzo di un ricorso, apparentemente estremamente tecnico quale il ricorso per l'annullamento di un atto per errata indicazione della base giuridica, diviene invece strumento di controllo politico sull'operato istituzionale europeo<sup>49</sup>.

4. Questione particolarmente interessante riguarda la scelta della base giuridica di un atto europeo qualora la competenza ad agire dell'istituzione – competenza “interna” – possa essere fondata su più di una disposizione dei Trattati<sup>50</sup>. La competenza in oggetto potrebbe quindi trovare contemporaneamente il proprio fondamento normativo in più di uno degli articoli dei Trattati determinando così un cumulo di basi giuridi-

<sup>46</sup> Sentenza 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento europeo e Consiglio*, punto 85.

<sup>47</sup> J. M. AREILZA CARVAJAL, *Variaciones sobre la limitación de competencias: la anulación de la directiva de publicidad del tabaco*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, p. 643 ss.; P. LAGHEZZA, *Commento alla sentenza C-376/98*, in *Il Foro italiano*, 2000, IV, c. 505 ss.; R. GOSALBO BONO, *L'arrêt 'Tabac' ou l'apport de la Cour de justice au débat sur la délimitation des compétences*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, p. 790 ss.; T. K. HERVEY, *Up in Smoke? Community (anti)-Tobacco Law and Policy*, in *European Law Review*, 2001, p. 101 ss.; C. HILLION, *Tobacco Advertising: If You Must, You May*, in *The Cambridge Law Journal*, 2001, p. 486 ss.; E. I. OBERGFELL, *Sulla ripartizione delle competenze nell'UE – La direttiva sul divieto di pubblicità del tabacco al banco di prova*, in *The European Legal Forum*, 2001, p. 153 ss.; A. ODDENINO, *La tutela della salute è e resta ancillare rispetto alle altre politiche della Comunità*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, p. 379 ss.; O. SEGNANA, *Le contentieux de la base juridique. A propos de l'annulation par la Cour de justice des C.E. de la directive relative à la publicité pour le tabac*, in *Journal des tribunaux / droit européen*, 2001, n. 75, p. 9 ss.; P. VAN NUFFEL, *Minimum of Harmonisation and Consumer Law – Choice of Legal Basis, Landmark Cases of EU Consumer Law: In Honour of Jules Stuyck*, Cambridge, 2013, p. 187 ss.; G. E. VIGEVANI, *La Corte di giustizia e la pubblicità del fumo*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 234 ss.

<sup>48</sup> H. BRIBOSIA, *Institutional innovations in the Lisbon Treaty*, in S. GRILLER, J. ZILLER (eds.), *The Lisbon Treaty, EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?*, Wien, 2008, p. 57 ss.; A. FRITZSCHE, *Discretion, Scope of Judicial Review and Institutional Balance in European Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 361 ss.; G. CONWAY, *Recovering a Separation of Powers in the European Union*, in *European Law Journal*, 2011, p. 304 ss.

<sup>49</sup> N. EMILIOU, *Opening Pandora's Box: The Legal Basis of Community Measures Before the Court of Justice*, in *European Law Review*, 1994, p. 488 ss.

<sup>50</sup> E. CANNIZZARO, *Sovranità degli Stati ed esercizio di competenze dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2000, p. 241 ss.; U. DRAETTA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 245 ss.; V. SBRESCIA, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, Napoli, 2008, p. 343 ss.; R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2010, p. 517 ss.

che<sup>51</sup>. Qualora l'atto comunitario persegua più di una finalità è necessario individuare quella principale e preponderante e utilizzarla come fondamento normativo<sup>52</sup>. “Se l'esame di un atto comunitario dimostra che esso persegue una doppia finalità o che esso possiede una duplice componente e se una di queste è identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra è solo accessoria, l'atto dev'essere fondato su una sola base giuridica, vale a dire quella richiesta dalla finalità o componente principale o preponderante”<sup>53</sup>. Si sottolinea l'importanza di tale giurisprudenza fino al Trattato di Lisbona poiché ha contribuito a garantire che non vi fosse lesione delle prerogative del Parlamento europeo attraverso l'applicazione di una base giuridica diversa e omissiva del ruolo dell'organismo rappresentativo dei cittadini<sup>54</sup>. Infatti, proprio il rispetto puntuale del ruolo del Parlamento europeo nella formazione degli atti europei, prima che lo stesso fosse cristallizzato nella procedura legislativa ordinaria, ha contribuito al mantenimento dell'equilibrio istituzionale<sup>55</sup>. La Corte ha infatti affermato che “il ricorso ad un duplice fondamento normativo è escluso quando le procedure previste relativamente all'uno e all'altro fondamento normativo siano incompatibili e/o quando il cumulo di fondamenti normativi sia tale da pregiudicare i diritti del Parlamento”<sup>56</sup>.

La giurisprudenza europea ha ammesso il ricorso ad una duplice base giuridica in via eccezionale solo quando l'atto abbia come contenuto, scopo e finalità perseguita più obiettivi che risultino essere inscindibilmente connessi tra loro. “In via eccezionale, ove sia provato che l'atto persegue contemporaneamente più obiettivi tra loro inseparabili senza che uno di essi assuma importanza secondaria e indiretta rispetto

<sup>51</sup> In dottrina v. M. KLAMERT, *Conflict of legal basis: no legality and no basis but a bright future under the Lisbon Treaty?*, in *European Law Review*, 2010, p. 497 ss.

<sup>52</sup> Sentenze dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, punti 17-18; del 17 marzo 1993, causa C-155/91, *Commissione c. Consiglio*, punti 19-21; del 28 giugno 1994, causa C-187/93, *Parlamento c. Consiglio*, punti 17-29; del 23 febbraio 1999, causa C-42/97, *Parlamento c. Consiglio*, punti 39 e 40; e del 30 gennaio 2001, causa C-36/98, *Spagna c. Consiglio*, punto 59.

<sup>53</sup> Parere della Corte del 6 dicembre 2001, 2/00, in materia di applicazione dell'art. 300 TCE per la base giuridica del Protocollo di Cartagena, punto 22. Nel caso specifico, la scelta della base giuridica incideva sulla natura giuridica della competenza della Comunità e, perciò, sulla ripartizione delle competenze tra quest'ultima e gli Stati membri: infatti, quando la Comunità agiva nel quadro della politica commerciale comune, la sua competenza era esclusiva, mentre, in materia di protezione dell'ambiente, godeva solo di una competenza concorrente con gli Stati membri. Si v. inoltre sentenze della Corte del 19 settembre 2002, causa C-336/00, *Huber*, punto 31; del 10 dicembre 2002, causa C-491/01, *British American Tobacco (Investment) e Imperial Tobacco*, punti 93-98; del 6 maggio 2014, causa C-43/12, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, punto 30.

<sup>54</sup> Sentenze della Corte del 10 gennaio 2006, C-94/03, *Commissione c. Consiglio*; e, in pari data, C-178/03, *Commissione c. Parlamento europeo e Consiglio*. In dottrina si v. J. JUPILLE, *The Legal Basis Game and European Governance*, in *Swedish Institute for European Policy Studies*, n. 12/2006, reperibile online.

<sup>55</sup> J. WEILER, *Pride and Prejudice – Parliament v. Council*, in *European Law Review*, 1987, p. 334 ss.; S. ROLAND, *Le triangle décisionnel communautaire à la une de la théorie de la séparation des pouvoirs*, Brussels, 2008, p. 544 ss.; J. MONAR, *The European Union's Institutional Balance of Power after the Treaty of Lisbon*, in *The European Union after the Treaty of Lisbon: visions of leading policy-makers, academics and journalists*, Luxembourg, 2010, p. 60 ss.; E. TRIGGIANI, *Gli equilibri politici interistituzionali dopo la riforma di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 9 ss.; B. SMULDERS, K. EISELE, *Reflections on the Institutional Balance, the Community Method and the Interplay between Jurisdictions after Lisbon*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 112 ss.

<sup>56</sup> Sentenza dalla Corte del 10 gennaio 2006, causa C-94/03, *Commissione c. Consiglio*, punto 52. In tal senso v. anche sentenze del 25 febbraio 1999, cause riunite C-164 e 165/97, *Parlamento c. Consiglio*, punto 14; del 29 aprile 2004, causa C-338/01, *Commissione c. Consiglio*, punto 57; del 6 novembre 2008, causa C-155/07, *Parlamento c. Consiglio*, punti 75-77.

all'altro, tale atto dovrà basarsi sui diversi fondamenti normativi corrispondenti<sup>57</sup>. Per esempio, in materia di politica commerciale comune la Corte ha reputato che il previgente art. 133 TCE, oggi divenuto art. 207 TFUE, fosse la base giuridica adeguata per la stipulazione da parte dell'allora Comunità degli accordi relativi al commercio internazionale di prodotti, indipendentemente dal fatto che le misure di esecuzione di tali impegni avessero una base giuridica distinta (art. 43 TCE, ora art. 49 TFUE)<sup>58</sup>. Sempre in materia di cumulo di basi giuridiche, la Corte ha avuto la possibilità di pronunciarsi su atti che avevano ad oggetto questioni attinenti in parte il completamento del mercato ed in parte la politica commerciale, confermando l'interpretazione restrittiva del riconoscimento di più basi giuridiche e preferendo tendenzialmente riconoscere la rilevanza della sola politica preponderante anche attraverso l'analisi dei 'considerando' e dei lavori preparatori<sup>59</sup>.

Con riferimento alle analisi svolte dalla Corte in materia di basi giuridiche utilizzate per il conferimento di poteri di stipulazione di accordi internazionali, anche in considerazione del contributo significativo alla definizione delle competenze dell'Unione, si reputa opportuno svolgere delle considerazioni al riguardo<sup>60</sup>. Infatti, nel settore delle competenze esterne dell'Unione – stipula di accordi internazionali – appare quanto mai ovvio che i vizi sulla base dei quali potrebbe essere proposto ricorso sono quelli d'incompetenza. Tuttavia, si rileva che tali incompetenze "esterne" vengono invece spesso fatte valere avanti al giudice come vizi di violazione dei Trattati per errata indicazione di base giuridica. Nel caso del Protocollo di Cartagena la Commissione reputava che, essendo le misure in causa dirette specificamente a regolare il commercio internazionale e dunque a disciplinare gli scambi esterni della Comunità, pur perseguendo più obiettivi, esse tuttavia rientravano nel settore della politica commerciale comune e l'Unione sarebbe stata pertanto la sola competente per adottarli, senza che fosse necessario determinare l'obiettivo prevalente per tale adozione o il "centro di gravità" delle misure in questione<sup>61</sup>. Secondo la Commissione il Protocollo rientrava, sostanzialmente, nell'ambito di applicazione dell'art. 207 TFUE pur non escludendo che talune materie afferissero più specificamente all'ambito della protezione dell'ambiente. Conseguentemente, la Commissione sosteneva il cumulo di basi giuridiche – articoli 207 e 191 TFUE – per un'adeguata stipulazione del Protocollo. L'interpretazione veniva contestata dal Consiglio e dagli Stati membri costituiti. Essi reputavano che proprio a causa della finalità e del contenuto del

---

<sup>57</sup> Sentenza della Corte 12 dicembre 2002, causa C-281/01, *Commissione c. Consiglio*, punto 35. Cfr. le citate sentenze dell'11 giugno 1991, *Commissione c. Consiglio*, punti 13 e 17, *Parlamento c. Consiglio*, punti 38 e 43, e *Huber*, punto 31; e sentenza dell'11 settembre 2003, causa C-211/01, *Commissione c. Consiglio*, punti 38-40.

<sup>58</sup> Sentenza della Corte del 1° ottobre 2009, causa C-370/07, *Commissione c. Consiglio*, punto 48. Cfr. sentenza del 22 ottobre 2013, causa C-137/12, *Commissione c. Consiglio*, punto 76.

<sup>59</sup> Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, causa 165/87, *Commissione c. Consiglio*, punto 7; sentenza del Tribunale del 25 aprile 2013, causa T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione*, punto 27.

<sup>60</sup> La Corte, competente in base all'art. 218, par. 11, TFUE, si è pronunciata con diversi pareri circa la compatibilità di un accordo con le disposizioni dei Trattati. Benché il parere non sia obbligatorio qualora venga richiesto da uno Stato membro, dal PE, dal Consiglio o dalla Commissione, esso è vincolante per l'entrata in vigore dell'accordo.

<sup>61</sup> Parere della Corte del 6 dicembre 2001, 2/00, cit. Si v. inoltre sentenze del 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, punti 16-20; del 29 marzo 1990, causa C-62/88, *Grecia c. Consiglio*, punti 17-20 (sentenza *Chernobyl*); del 17 ottobre 1995, causa C-70/94, *Werner*, punti 8-11; e del 14 gennaio 1997, causa C-124/95, *Centro-Com*, punti 26-29.

Protocollo, la sua stipulazione potesse essere fondata soltanto sull'art. 191 TFUE. Nel valutare preponderanti gli obiettivi perseguiti nell'ambito della politica ambientale e considerare quindi quale unica base giuridica per la stipula del Protocollo l'art. 191 TFUE, la Corte ricorda che “in forza dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, un trattato deve essere interpretato in buona fede, seguendo il senso ordinario da attribuire ai suoi termini nel loro contesto, ed alla luce del suo oggetto e del suo fine”<sup>62</sup>. Dopo aver ricondotto il Protocollo alla materia della bio-sicurezza, la Corte chiarisce che tale materia è interessata da una competenza concorrente tra Unione e Stati membri. In conclusione, la competenza ripartita si riflette sulla stipula del Protocollo. La Corte aveva avuto modo già nel 1979 di pronunciarsi in materia di accordi internazionali stipulati in seno alla politica commerciale comune sancendo che l'Accordo internazionale per la gomma naturale all'epoca in corso di negoziazione nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo rientrasse nella politica commerciale comune e, conseguentemente, la sua negoziazione e stipula appartenesse alla competenza esclusiva della Commissione<sup>63</sup>.

5. Il rigido sistema di attribuzione delle competenze è reso “elastico” grazie all'operare della clausola di flessibilità (art. 352 TFUE), il cui ambito di applicazione viene esteso con il Trattato di Lisbona rispetto al meccanismo disciplinato dal precedente art. 308 TCE<sup>64</sup>. La nuova formulazione della clausola accresce le competenze dell'Unione applicandosi a tutte le politiche europee – e quindi anche alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – con esclusione della politica estera e di sicurezza comune per espressa previsione normativa del par. 4. Ai sensi del par. 3 gli atti adottati sulla base della clausola di flessibilità non possono comportare un'armonizzazione delle disposizioni legislative nei casi in cui i Trattati espressamente la escludano. I poteri dell'Unione derivanti dalla clausola di flessibilità possono essere esercitati solo nel quadro delle politiche definite dai Trattati. Tale riferimento limita quindi l'applicazione della clausola ai soli casi in cui sussista un nesso funzionale tra le misure da introdurre e l'attuazione delle politiche europee<sup>65</sup>. Il ricorso alla norma è possibile solo in via residuale cioè quando non sia possibile ascrivere i poteri d'azione delle istituzioni europee ad uno specifico fondamento giuridico dei Trattati: solo quando nessun'altra disposizione dei Trattati attribuisca la competenza necessa-

<sup>62</sup> Parere 2/00, cit., punto 24.

<sup>63</sup> Parere della Corte del 4 ottobre 1979, 1/78, punti 41-46.

<sup>64</sup> O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino delle competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010, p. 631 ss. Sulla clausola di flessibilità nel sistema antecedente cfr. A. GIARDINA, *The Rule of law and Implied Powers in the European Communities*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1975, p. 99 ss.; G. OLM, *La place de l'Article 235 dans les système des attributions de compétences à la Communauté*, in *Mélanges Fernand Dehousse*, II, Parigi-Bruxelles, 1979, p. 279 ss.; A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1981, p. 139 ss.; J. H. H. WELER, *Il sistema comunitario europeo*, Bologna, 1985, p. 139 ss.; M. POLLACK, *Creeping Competence: The Expanding Agenda of the European Community*, in *Journal of Public Policy*, 1994, p. 95 ss.; S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 1 ss.; V. CONSTANTINESCO, *Les compétences et le principe de subsidiarité*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 305 ss.

<sup>65</sup> L. FERRARI BRAVO, A. GIARDINA, *Commento all'art. 235 (poteri impliciti)*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario al Trattato CEE*, Milano, p. 1072 ss.; A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, cit., p. 150 ss.; M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2002, p. 329 ss.

ria all'adozione dell'atto. È importante sottolineare come l'utilizzo della clausola di flessibilità debba avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà<sup>66</sup>. “La sussidiarietà costituisce un limite all'esercizio delle competenze individuate – o meglio rese ‘elastiche’ – in virtù della clausola di flessibilità”<sup>67</sup>.

Benché il presente articolo costituisca lo strumento, predisposto dagli stessi Trattati, per l'ampliamento dell'esercizio delle competenze, tuttavia si sottolinea come la Corte di giustizia abbia interpretato restrittivamente, e con grande attenzione all'equilibrio istituzionale, la sua utilizzazione come base giuridica per l'adozione degli atti comunitari<sup>68</sup>. L'art. 352 TFUE, essendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio delle competenze di attribuzione, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera di esercizio dei poteri dell'Unione al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni dei Trattati, ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni dell'Unione<sup>69</sup>. La Corte ha avuto modo di pronunciarsi sull'utilizzo del previgente art. 308 TCE come fondamento normativo in rapporto di sussidiarietà rispetto all'art. 95 TCE per l'adozione di un regolamento concernente la creazione della Società cooperativa europea. In tale occasione ha precisato che “l'avvalersi dell'art. 308 CE come fondamento normativo di un atto è ammesso solo quando nessun'altra disposizione del Trattato attribuisca alle istituzioni comunitarie la competenza necessaria per l'emanazione dell'atto stesso”<sup>70</sup>. La Comunità poteva basarsi sull'art. 308 TCE per creare nuovi titoli di proprietà intellettuale che si sovrapponevano a quelli nazionali già esistenti<sup>71</sup>. Il ricorso all'art. 308 TCE come fondamento normativo è escluso, invece, qualora l'atto comunitario in questione non preveda l'attuazione di un nuovo titolo di tutela, di livello comunitario, ma si limiti ad armonizzare le norme previste negli ordinamenti giuridici degli Stati membri per rilasciare e tutelare il detto titolo<sup>72</sup>. Il ricorso all'art. 95 TCE come fondamento normativo sarebbe stato consentito al fine di prevenire l'insorgere di futuri ostacoli agli scambi commerciali dovuti ad uno sviluppo non omogeneo delle legislazioni nazionali, ma l'insorgere di tali ostacoli sarebbe dovuto apparire quantomeno probabile, così che la misura in oggetto si potesse qualificare come preventiva rispetto agli ostacoli e classificarla come misura di armonizzazione. “Per quanto riguarda l'art. 95 TCE, esso abilita il legislatore comunitario ad adottare misure destinate a migliorare le condizioni d'instaurazione e di funzionamento del mercato interno, misure che devono effettivamente avere tale obiettivo, contribuendo

---

<sup>66</sup> F. SANDER, *Subsidiarity Infringements before the European Court of Justice: Futile Interference with Politics or a Substantial Step Towards EU Federalism?*, in *Columbia Journal of European Law*, 2006, p. 517 ss.

<sup>67</sup> O. PORCHIA, *La sussidiarietà*, cit., p. 634.

<sup>68</sup> Sentenze della Corte del 26 marzo 1987, causa 45/86, *Commissione c. Consiglio*, punto 13; del 13 luglio 1995, causa C-350/92, *Spagna c. Consiglio*, punto 26; del 12 novembre 1996, causa C-84/94, *Regno Unito c. Consiglio*, punto 48; e del 28 maggio 1998, causa C-22/96, *Parlamento c. Consiglio*, punto 22.

<sup>69</sup> Parere del 28 marzo 1996, 2/94, punto 29; e sentenza del Tribunale del 19 aprile 2016, causa T-44/14, *Costantini e a. c. Commissione*, punti 51-53.

<sup>70</sup> Sentenza della Corte del 2 maggio 2006, causa C-436/03, *Parlamento c. Consiglio*, punto 36.

<sup>71</sup> V. parere della Corte del 15 novembre 1994, 1/94, punto 59, nonché la citata sentenza *Spagna c. Consiglio* (causa C-350/92), punti 23 e 27.

<sup>72</sup> Sentenza della Corte del 9 ottobre 2001, causa C-377/98, *Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio*, punto 25.

all'eliminazione di ostacoli alle libertà economiche garantite dal Trattato<sup>73</sup>. Nel caso di specie, invece, dal contenuto e dall'obiettivo del regolamento impugnato risultava che quest'ultimo fosse diretto ad istituire una forma giuridica nuova che si sovrapponeva alle forme nazionali di società cooperative. Non reputando l'art. 95 TCE fondamento normativo appropriato per l'adozione del regolamento impugnato, in assenza di un'altra disposizione che potesse essere presa in considerazione, la sola base giuridica idonea ad essere fondamento normativo era l'art. 308 TCE.

In conclusione, l'utilizzo della clausola di flessibilità come base giuridica è subordinato a talune condizioni al fine di rispettare la delimitazione delle competenze determinata nei Trattati e di evitare di rimetterla in discussione con un atto di diritto derivato. Tale uso ha lo scopo specifico di supplire all'assenza di poteri di azione attribuiti espressamente o implicitamente alle istituzioni comunitarie da puntuali disposizioni dei Trattati quando poteri di tale genere dovessero apparire assolutamente necessari affinché l'Unione possa svolgere i propri compiti ai fini della realizzazione degli obiettivi fissati dai Trattati stessi<sup>74</sup>.

6. Il vaglio di legittimità operato dal giudice di vertice del sistema europeo trova il proprio fulcro nei motivi d'impugnazione indicati nei paragrafi precedenti, i quali non subiscono modifiche con l'adozione del Trattato di Lisbona<sup>75</sup>. Tuttavia, la normalizzazione della materia penale ha parzialmente modificato le competenze dell'Unione e, proprio per questo, si reputa interessante analizzare l'operato della Corte di giustizia per quanto attiene la base giuridica utilizzata per l'adozione di misure restrittive in materia di sicurezza comune<sup>76</sup>. La Corte di giustizia ha avuto la possibilità di pronunciarsi in varie occasioni in materia di base giuridica utilizzata per l'adozione di misure restrittive nell'ambito della politica estera e sicurezza comune, ed in particolare per l'applicazione delle c.d. misure antiterrorismo<sup>77</sup>. L'art. 75 TFUE costituisce la base giuridica per l'adozione di un quadro comune nei Paesi dell'Unione per le misure amministrative concernenti gli spostamenti di capitali e i finanziamenti al terrorismo, in particolare per la creazione di liste europee di sospetti finanziatori. Si rileva un'importante differenza procedurale per l'adozione delle misure indicate: mentre la regolamentazione quadro viene adottata dal Parlamento europeo e dal Consiglio secondo

<sup>73</sup> Sentenze della Corte del 5 ottobre 2000, causa C-376/98, *Germania c. Parlamento e Consiglio*, punti 83, 84 e 95; e *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, punto 60.

<sup>74</sup> Sentenze della Corte del 3 settembre 2008, cause riunite C-402 e 415/05 P, *Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, punto 211; e del 3 settembre 2009, causa C-166/07, *Parlamento c. Consiglio*, punto 41.

<sup>75</sup> La modifica più rilevante all'art. 230 TCE era stata apportata dal Trattato di Nizza nel 2001 attraverso la parificazione del Parlamento europeo agli altri ricorrenti c.d. privilegiati. In ogni caso la modifica della legittimazione attiva e dell'interesse ad agire non inficia in alcun modo il profilo attinente i motivi di ricorso dedotti avanti al giudice nonché i vizi ai quali tali motivi sono ascrivibili.

<sup>76</sup> S. ROSSI, *Ius ac limes: le basi normative delle misure anti-terrorismo nel diritto europeo*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2012, p. 1613 ss.; M. E. BARTOLONI, *Tutela dei diritti fondamentali e basi giuridiche di sanzioni UE nei confronti di persone, o enti non statali, collegati con attività terroristiche*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 222 ss.; L. PICOTTI, *Le basi giuridiche per l'introduzione di norme penali comuni relative ai reati oggetto della competenza della Procura europea*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 novembre 2013, reperibile online.

<sup>77</sup> C. ECKES, *EU Counter-Terrorist Sanctions against Individuals: Problems and Perils*, in *European Foreign Affairs Review*, 2012, p. 113 ss.; M. MESSINA, *Il controllo giurisdizionale delle misure restrittive antiterrorismo ed il risarcimento del danno da listing nel diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2016, p. 606 ss.

la procedura legislativa ordinaria, le misure di attuazione invece sono adottate dal Consiglio su proposta della Commissione senza quindi alcun coinvolgimento del Parlamento europeo<sup>78</sup>. Con la sentenza del 19 luglio 2012 la Corte di giustizia dell'Unione ha avuto modo di chiarire l'ambito di applicazione dell'art. 75 rispetto all'art. 215 TFUE che, collocato nel titolo IV, parte 5, disciplina in particolare le misure restrittive. L'Avvocato generale Bot nell'interpretare in maniera complementare i due articoli ha sottolineato che l'art. 75 TFUE “costituisce il fondamento giuridico appropriato affinché l'Unione adotti, in modo autonomo e indipendentemente da ogni azione rientrante nel settore della PESC, misure di congelamento dei capitali e delle risorse economiche nei confronti di persone ed entità non statali che svolgono attività di terrorismo o connesse, senza che si cerchi di qualificare i destinatari di tali misure come terroristi ‘interni’, ‘esterni’ o ‘internazionali’”<sup>79</sup>. Infatti, la distinzione interpretativa proposta dal Consiglio fra i terroristi “interni”, “esterni” e “internazionali”, oltre ad essere foriera d'incertezza giuridica, viene inoltre ritenuta contraria alla natura stessa del terrorismo che, attaccando i valori comuni e i fondamenti stessi dello Stato di diritto, colpisce l'intera comunità internazionale, indipendentemente dalla portata geografica della minaccia<sup>80</sup>. L'importanza della lotta contro il terrorismo impone l'impiego di tutti gli strumenti giuridici che i Trattati mettono a disposizione dell'Unione. La Corte chiarisce la portata dell'art. 215 a partire proprio dalla sua collocazione nel Trattato sul funzionamento dell'Unione, nella parte 5 dedicata all'azione esterna. Il par. 2 di tale articolo prevede che esso possa essere utilizzato come base giuridica solo quando vi sia una pertinente decisione PESC a fondamento dell'adozione di misure restrittive nei confronti di persone fisiche o giuridiche, di gruppi o di entità non statali. L'art. 75 invece prevede la sua utilizzazione per la realizzazione degli obiettivi *ex art.* 67 TFUE ossia la realizzazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia. Si ricorda che il collegamento tra le azioni della Comunità che comportavano sanzioni economiche ai sensi degli articoli 60 e 301 TCE (nella versione anteriore al Trattato di Lisbona) e gli obiettivi del Trattato UE era già stato creato dalla Corte<sup>81</sup>. L'art. 75 TFUE non stabilisce alcun legame con le decisioni che ricadono nella PESC, mentre l'art. 215 TFUE prevede espressamente il collegamento. Coerentemente con quanto

<sup>78</sup> S. DE VIDO, *Il finanziamento al terrorismo internazionale nella decisione quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, p. 357 ss.; A. ALÌ, *Art. 75 TFUE*, in F. POCAR, M. C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 471 ss.

<sup>79</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot, presentate il 31 gennaio 2012, causa C-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, punto 79.

<sup>80</sup> Si precisa che la distinzione proposta dal Consiglio non trova riscontro in un atto di diritto derivato, ma si basa unicamente sulla distinzione tra le misure nazionali contro il terrorismo e quelle internazionali. Il Consiglio argomenta a partire dal fatto che i Trattati, nella loro versione precedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non prevedevano alcun fondamento giuridico specifico che consentisse l'adozione di misure di congelamento dei capitali di terroristi che costituiscono una minaccia per la sicurezza pubblica negli Stati membri, vale a dire i terroristi “interni”. I soli fondamenti normativi per l'adozione di tali misure restrittive sarebbero stati gli articoli 60, 301 e 308 TCE che si applicavano solo ai terroristi “esterni” nell'ambito dell'azione esterna dell'Unione.

<sup>81</sup> Sentenze della Corte Kadi e *Al Barakaat International Foundation*, punto 197; del 16 novembre 2011, causa C-548/09 P, *Bank Mellî Iran c. Consiglio*, punti 68-72; dell'11 giugno 2014, causa 377/12, *Commissione c. Consiglio*, punto 34. Sentenze del Tribunale del 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, punti 96-100; del 21 settembre 2005, causa T-306/01, *Yusuf e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, punti 132-136; del 25 aprile 2012, causa T-509/10, *Manufacturing Support & Procurment Kala Naft c. Consiglio*, punti 50 e 54; e del 19 maggio 2012, causa T-181/08, *Tay Za c. Consiglio*, punti 54-61.

già illustrato nei paragrafi precedenti, la Corte individua come criterio principale per l'individuazione della base giuridica lo scopo perseguito dalla norma: “[s]e è pur vero che la lotta contro il terrorismo e il suo finanziamento è suscettibile di rientrare tra gli obiettivi perseguiti dallo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, quali risultano, segnatamente, dall’art. 3, par. 2, TUE, l’obiettivo della lotta contro il terrorismo internazionale e il suo finanziamento per salvaguardare la pace e la sicurezza a livello internazionale corrisponde tuttavia agli obiettivi delle disposizioni dei Trattati relative all’azione esterna dell’Unione”<sup>82</sup>. L’art. 215 TFUE è così individuato dalla Corte come base giuridica corretta per le azioni volte a contrastare il terrorismo in quanto norma speciale mentre l’art. 75 TFUE costituisce il fondamento giuridico, in qualità di norma generale, adeguato al contrasto di fenomeni di terrorismo che risultino intrecciati con la necessità di un rafforzamento della sicurezza interna dell’Unione.

7. Dopo aver ricondotto alle categorie generali le eventuali patologie di vizi attinenti la base giuridica, è ora necessario analizzare le conseguenze che la patologia dell’atto viziato produce sull’ordinamento europeo<sup>83</sup>. Autorevole dottrina ha precisato che la mancanza di uno dei requisiti essenziali di un atto amministrativo costituisce un vizio tale da comportare la nullità di pieno diritto dell’atto stesso<sup>84</sup>. L’inesistenza è certamente la forma più grave di vizio che, provocando una grave incertezza nell’ordinamento giuridico, può essere rilevata dal giudice senza che sia necessario per le parti eccepirlo. Tuttavia, le disposizioni dei Trattati non prevedono un ricorso fondato sull’inesistenza dell’atto, ma solo la possibilità di presentare ricorso per l’annullamento dell’atto viziato<sup>85</sup>. La giurisprudenza europea ha quindi qualificato l’inesistenza come la conseguenza dell’atto che è stato dichiarato affetto da vizio a seguito del vaglio del giudice europeo<sup>86</sup>. Vigge la presunzione di legittimità sugli atti prodotti dalle istituzioni europee che, a seguito della loro pubblicazione, entrano in vigore producendo effetti giuridici fino all’eventuale sentenza di annullamento della Corte<sup>87</sup>. Il vizio, rilevabile d’ufficio dal giudice, può inficiare la base giuridica

<sup>82</sup> Sentenza del 19 luglio 2012, causa C-130/10, *Parlamento c. Consiglio*, punto 61.

<sup>83</sup> D. WAELBROECK, *L'exécution des arrêts d'annulations de la Cour de justice des Communautés européennes*, in M. DONY, A. DE WALSHÉ (dirs.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, 1999, p. 695 ss.; C. WADHOFF, *Recent Developments Relating to the Retroactive Effect of Decision of the ECJ*, in *Common Market Law Review*, 2009, p. 173 ss.; P. POLELIER, S. VERSTRAELEN, D. VANHEULE, B. VANLERBERGHE (eds.), *The Effects of Judicial Decisions in Time*, Cambridge, 2014, p. 235 ss.

<sup>84</sup> R. CARANTA, *L'inesistenza dell'atto amministrativo*, Milano, 1951, p. 5 ss.; Id., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, p. 174 ss.; T. ASCARELLI, *Inesistenza e nullità*, in *Problemi Giuridici*, I, Milano, 1959, p. 227 ss.; A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, p. 111 ss.; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 5 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, p. 20 ss.; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2013, p. 380 ss.

<sup>85</sup> A. TIZZANO, *Commento articoli 173 e 174*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *op. cit.*, p. 1241 ss.; B. NASCIBENE, L. DANIELE (a cura di), *op. cit.*; M. CONDINANZI, *Commento artt. 230 e 231*, in F. POCAR (a cura di), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 775 ss.; F. DONNAT, *Contentieux communautaire de l'annulation*, Paris, 2008, p. 243 ss.; C. IANNONE, *Commento artt. 230 e 231*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 1074 ss.

<sup>86</sup> M. VAN EMPPEL, *L'acte public inexistant et le droit communautaire*, in *Cahier de droit européen*, 1971, p. 251 ss.

<sup>87</sup> C. FIGLIOLA, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il principio di autonomia processuale degli Stati: il giudicato a formazione progressiva come soluzione di compromesso tra principio di*

dell'atto europeo qualora lo stesso sia ascrivibile al difetto di forme sostanziali<sup>88</sup>. Anche nel considerare le conseguenze della patologia dell'atto viziato la giurisprudenza si è dimostrata piuttosto sensibile ai profili attinenti la scelta del fondamento giuridico con riguardo alla procedura individuata per la sua adozione chiarendo che "l'errata individuazione del fondamento giuridico, così come l'esistenza di un'altra base giuridica, comporta l'annullamento dell'atto oggetto del ricorso qualora esso sia idoneo a produrre conseguenze sul suo contenuto, in particolare viziando d'irregolarità il procedimento di adozione di tale atto"<sup>89</sup>. Sono quindi rilevabili vizi che hanno inciso sull'adozione del provvedimento e che hanno avuto conseguenze dannose per il ricorrente tali da incidere sulla sua situazione giuridica<sup>90</sup>. Ancora una volta si rileva come l'approccio scelto dal giudice europeo tuteli l'equilibrio istituzionale nel processo decisionale europeo. L'atto europeo non sarà affetto da vizio di forme sostanziali qualora l'errore nella scelta della base giuridica non abbia inciso sulla modalità di formazione della volontà istituzionale, come per esempio nel caso in cui il Consiglio avesse consultato il Parlamento europeo pur senza esserne obbligato<sup>91</sup>. Qualora fosse dimostrato che in assenza del vizio dedotto l'istituzione avrebbe ugualmente adottato l'atto in oggetto, pervenendo al medesimo risultato, l'irregolarità non potrebbe causare un vizio idoneo a condurre all'annullamento dell'atto stesso.

Come prescritto dall'art. 266 TFUE, l'istituzione da cui emana l'atto annullato è tenuta a prendere i provvedimenti per l'esecuzione della sentenza conformemente alle disposizioni della Corte di giustizia dell'Unione europea. "A tale riguardo, la Corte ha statuito che per conformarsi alla sentenza e dare ad essa piena esecuzione, l'istituzione è tenuta a rispettare non solo il dispositivo della sentenza, ma anche la motivazione da cui quest'ultima discende e che ne costituisce il sostegno necessario, nel senso che è indispensabile per determinare il senso esatto di quanto è stato dichiarato nel dispositivo"<sup>92</sup>. L'obbligo che grava sulle istituzioni europee non è semplicemente quello di eseguire la sentenza, ma più che altro quello di conformarsi ad essa come dovere di ottemperanza<sup>93</sup>. Tuttavia, per l'adozione di un nuovo atto che corregga l'illegittimità rilevata per quanto attiene le situazioni pregresse e, al tempo stesso, elimini tale illegittimità per il futuro, è necessario che sussista una base giuridica legittimante per l'azione. Quindi la Corte ha reputato che nel caso in cui una base giuridica si sia estinta a causa di abrogazione della norma e non vi sia alcuna disposizione successiva o transitoria che possa essere

---

*certezza del diritto e l'effettività del diritto europeo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, p. 925 ss.

<sup>88</sup> V. CERULLI IRELLI, *Note critiche in materia di vizi formali degli atti amministrativi*, in *Diritto pubblico*, 2004, p. 190 ss.

<sup>89</sup> Sentenza del Tribunale del 18 ottobre 2011, causa T-53/10, *Reisensthal c. UAMI – Dynamic Promotion*, punto 41. V. in tal senso anche sentenze della Corte *British American Tobacco (Investments) e Imperial Tobacco*, punto 98; e dell'11 settembre 2003, causa C-211/01, *Commissione c. Consiglio*, punto 52.

<sup>90</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Mischo, presentate l'11 dicembre 1986, causa 15/85, *Consortio cooperative d'Abruzzo c. Commissione*.

<sup>91</sup> Sentenza della Corte del 27 settembre 1988, causa 165/87, *Commissione c. Consiglio*; sentenza del Tribunale del 24 giugno 1993, causa T-92/91, *Heinrichs c. Commissione*. In dottrina si v. M. AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990, p. 162 ss.; E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 659 ss.; F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, *ivi*, p. 725 ss.

<sup>92</sup> Sentenza della Corte del 26 aprile 1988, cause 97, 99, 193 e 215/86, *Asteris e a. c. Commissione*, punto 27.

<sup>93</sup> A. TIZZANO, *Commento art. 176*, *cit.*, p. 1304 ss.

utilmente applicata alla fattispecie vi è carenza alla legittimazione all'adozione dell'atto da parte dell'istituzione. In conclusione, l'atto viziato nella sua base giuridica verrà annullato con pronuncia della Corte senza essere sostituito per mancanza di base giuridica idonea e qualora vi fossero degli individui danneggiati dall'azione dell'Unione potranno richiedere eventuali danni promuovendo un ricorso per risarcimento danni nei confronti dell'Unione invocando l'illegittimità della decisione iniziale<sup>94</sup>.

8. Il presente studio ambiva, attraverso l'analisi della giurisprudenza, a ricondurre ad uno schema i vizi deducibili avanti al giudice europeo per tutto ciò che attiene la base giuridica degli atti europei. Dopo aver distinto tra base giuridica e motivazione degli atti dell'Unione, entrambi elementi essenziali per l'adozione, ma ascrivibili tuttavia a vizi distinti, sono stati quindi analizzati i casi di errata indicazione della base giuridica per carenza di competenza dell'Unione e quelli derivanti da carenza di competenza dell'istituzione, determinando i primi un vizio sulla competenza "esterna" ed i secondi invece un vizio di competenza "interna"<sup>95</sup>. Il principio di attribuzione, operando come criterio di ripartizione delle competenze tra Stati membri e Unione nonché tra le diverse istituzioni europee, diventa elemento cardine per il funzionamento istituzionale e anche per la definizione della corretta scelta del fondamento normativo dell'Unione. Infine, si sono rilevati i tentativi di utilizzo della clausola di flessibilità come base giuridica per l'ampliamento del novero delle menzionate competenze attribuite all'Unione e alle diverse istituzioni. A stabilire i limiti dei poteri delle istituzioni è stato chiamato il giudice europeo che, attenendosi rigorosamente ai Trattati, nel condurre il vaglio di legittimità in materia di vizi degli atti, ha interpretato il proprio ruolo di garante degli equilibri istituzionali e della ripartizione di competenze senza avvalersi di attivismo giudiziario<sup>96</sup>.

## Abstract

### The Legal Basis for the Adoption of the EU Acts

Arising from the theoretical analysis of the defect's classification which could possibly affects the validity of an EU act which may be the ground for legal review in front of the EU judge, the article examines the essential element of the choice of the legal basis under which the act is adopted in accordance with the procedure prescribed by the Treaty. The paper analyses the ground of decision of the Court of Justice of the EU in case of wrong selection of legal basis or in the case of overlapping of several legal bases. The analysis therefore seeks to classify defects of EU acts, limited to the profiles regarding the legal basis, for systematizing, without being exhaustive, the case law from theoretical perspectives.

<sup>94</sup> Sentenza della Corte del 14 giugno 2016, causa C-361/14 P, *Commissione c. McBride e a.*, punti 35-52.

<sup>95</sup> K. BRADLEY, *The European Court and the Legal Basis of Community Legislation*, in *European Law Review*, 1988, p. 379 ss.; K. ST. C. BRADLEY, *op. cit.*, p. 85.

<sup>96</sup> A. DASHWOOD, *The Limits of the European Community Powers*, in *European Law Review*, 1996, p. 113 ss.

Fulvia Staiano\*

# Il principio del recupero dei costi e l'accesso all'acqua nel diritto dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le diverse declinazioni del bene “acqua” nel diritto internazionale e dell'Unione europea. – 3. Recupero dei costi e accessibilità economica delle risorse idriche. – 4. Accessibilità economica delle risorse idriche e recupero dei costi nell'ordinamento italiano. – 5. Diritto all'acqua e divieto di sospensione dell'erogazione idrica per morosità nell'ordinamento francese. – 6. Politiche dei prezzi, recupero dei costi e diritto di accesso ad acqua potabile pulita e salubre: il caso italiano. – 7. Conclusioni.

1. Nel diritto dell'Unione europea, lo strumento principale di tutela del patrimonio idrico è rappresentato dalla c.d. “direttiva quadro” per l'azione comunitaria in materia di acque<sup>1</sup>. Il Preambolo della direttiva sancisce che “l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale”. In virtù di tale esigenza, l'art. 9 della direttiva quadro richiede agli Stati membri di tenere conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici a carico dei vari settori di impiego dell'acqua. Secondo tale principio, gli Stati devono richiedere il pagamento di un corrispettivo per tutte le attività di utilizzo delle risorse idriche (industriale, agricolo e privato) che sia in grado di coprire i costi operativi e di mantenimento delle infrastrutture, nonché i costi ambientali e quelli relativi alle risorse<sup>2</sup>.

Nella direttiva quadro, il principio del recupero dei costi persegue l'obiettivo di limitare gli sprechi delle risorse idriche in un'ottica di tutela dell'ambiente, ed è pertanto strettamente correlato al principio “chi inquina paga”. Nel diritto internazionale, questo principio sancisce essenzialmente che i responsabili di attività inquinanti (incluse le autorità pubbliche) devono sostenere i costi della prevenzione e riduzione dei danni ambientali causati<sup>3</sup>. Nella direttiva quadro, il principio “chi inquina paga” assume un significato peculiare, considerando gli stessi utenti del servizio idrico come inquinatori piuttosto che come possibili vittime di fenomeni

\* Assegnista di ricerca dell'IRISS-CNR.

<sup>1</sup> Direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2000, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria in materia di acque.

<sup>2</sup> *Water Notes on the Implementation of the Water Framework Directive – Economics in Water Policy: The Value of Europe's Waters*, marzo 2008, ec.europa.eu.

<sup>3</sup> F. M. PALOMBINO, *Il significato del principio “chi inquina paga” nel diritto internazionale*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2003, p. 871 ss.; S. M. CHRISTIANSEN, *Climate conflicts – a Case of International Environmental and Humanitarian Law*, Cham, 2016, pp. 93-85.

di contaminazione delle acque. In altre parole, l'utilizzo stesso di una risorsa come l'acqua viene caratterizzato dalla direttiva come attività inquinante, in stretta correlazione con il principio del recupero dei costi<sup>4</sup>.

L'art. 9 della direttiva quadro fissa due obiettivi a cui gli Stati membri avrebbero dovuto provvedere entro il 2010, consistenti nell'adozione di politiche dei prezzi dell'acqua che "incentivino adeguatamente gli utenti a usare le risorse idriche in modo efficiente e contribuiscano in tal modo agli obiettivi ambientali" della direttiva stessa, e nella realizzazione di "un adeguato contributo al recupero dei costi dei servizi idrici a carico dei vari settori di impiego dell'acqua, suddivisi almeno in industria, famiglie e agricoltura" (sempre tenendo conto del principio "chi inquina paga"). Nel perseguire questi obiettivi, gli Stati membri possono in ogni caso tener conto delle ripercussioni sociali, ambientali ed economiche del recupero dei costi nonché delle condizioni geografiche e climatiche delle regioni interessate. L'art. 9, par. 4, infine, prevede la possibilità per gli Stati membri di derogare agli obblighi descritti senza incorrere in violazioni della direttiva qualora ciò avvenga "secondo prassi consolidate" e non comprometta il raggiungimento degli obiettivi della direttiva.

In materia di politiche dei prezzi per il consumo di acqua da parte di famiglie ed utenti privati, il principio del recupero dei costi è finalizzato ad incentivare un utilizzo efficiente delle risorse idriche e a limitare gli sprechi. Il principio del recupero dei costi è stato uno dei punti più controversi nel corso del procedimento legislativo che ha portato all'adozione della direttiva quadro, ed è ad oggi una delle previsioni che presentano maggiori difficoltà agli Stati membri in sede di attuazione. L'ultima comunicazione della Commissione europea sullo stato di attuazione della direttiva (9 marzo 2015)<sup>5</sup> ha infatti specificamente evidenziato un'assenza di uniformità nelle misure nazionali di recepimento rispetto alla misurazione dei consumi idrici e di una tariffazione incentivante basata sull'uso reale di acqua<sup>6</sup>. La diversità delle misure adottate a livello nazionale è riconducibile sia ad una generale tendenza degli Stati membri a preservare il più possibile la propria sovranità nella gestione delle proprie risorse idriche, sia al carattere politicamente sensibile della materia dell'accesso all'acqua. In Europa, esperienze nazionali di gestione pubblica, privata o mista dei servizi idrici hanno rivelato difficoltà di bilanciamento tra l'esigenza di garantire l'accesso universale all'acqua e la necessità di rispettare il principio del recupero dei costi attraverso l'imposizione di una tariffazione per il consumo idrico privato.

Alla luce di queste osservazioni, il presente articolo si propone di analizzare i principali problemi di attuazione posti dal principio del recupero dei costi come previsto da fonti di diritto dell'Unione europea ed interpretato dalla Corte di giustizia, e di individuare soluzioni efficaci per garantire un corretto bilanciamento tra esigenze almeno in apparenza contrapposte di accessibilità ed economicità della gestione delle risorse idriche. A tal fine, una prima parte dell'articolo affronterà il problema

<sup>4</sup> P. E. LINDHOUT, B. VAN DEN BROEK, *The Polluter Pays Principle: Guidelines for Cost Recovery and Burden Sharing In The Case Law of the European Court of Justice*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 46 ss.

<sup>5</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio, del 9 marzo 2015, Direttiva quadro acque e direttiva alluvioni: azioni a favore del "buono stato" delle acque unionali e della riduzione dei rischi di alluvioni, COM(2015)120 def.

<sup>6</sup> *Ivi*, par. 5.

della definizione del bene “acqua” nel diritto internazionale e dell'Unione europea. Questa analisi è strettamente funzionale alla trattazione del tema dell'attuazione del principio del recupero dei costi negli Stati membri. Nel diritto interno di questi Stati, il dibattito normativo e giurisprudenziale in relazione al problema di come assicurare il rispetto degli obblighi UE in materia di gestione delle risorse idriche ha visto spesso contrapporsi diverse nozioni di queste risorse.

Una seconda parte di questo articolo, dunque, analizzerà due significativi esempi di conciliazione da parte di corti nazionali di diverse visioni del bene “acqua” sancita a diversi livelli normativi (internazionale, europeo e nazionale). In particolare, sarà esaminata l'attuazione nazionale delle norme UE in materia di acqua negli ordinamenti italiano e francese. In Italia, il tema della tariffazione delle risorse idriche ha acquisito particolare rilevanza a partire dal cosiddetto *referendum* per l'acqua pubblica del 2011, originando un intenso dibattito giuridico nonché una significativa giurisprudenza interna. In Francia, la modifica dell'art. L 115-3 del *Code de l'action sociale et des familles* nel 2013 ha generato una recente giurisprudenza costituzionale e di merito fortemente garantista nei confronti del diritto di accesso all'acqua, la cui compatibilità con le norme UE merita approfondita analisi. Nell'esame di questi contesti nazionali, una particolare attenzione sarà prestata ad alcuni aspetti critici di attuazione della normativa UE in tema di risorse idriche, analizzando il principio di recupero dei costi in congiunzione al principio “chi inquina paga” e la sua applicazione nel campo della tariffazione per il consumo idrico privato.

Infine, saranno tratte alcune conclusioni di carattere generale circa l'individuazione delle più efficaci modalità di tutela del diritto all'acqua pur nel rispetto delle esigenze di gestione sostenibile di tale risorsa.

2. La progressiva diffusione di fenomeni di stress idrico nel mondo, nonché la loro sempre maggiore frequenza, hanno fatto sì che l'attenzione di Stati ed organizzazioni internazionali si rivolgesse sempre di più verso la necessità di offrire riconoscimento e tutela ad una risorsa limitata come l'acqua.

Pur condividendo obiettivi di tutela dell'ambiente e della salute umana, il diritto internazionale ed il diritto dell'Unione europea hanno operato tale riconoscimento in modo sensibilmente diverso, seppur non diametralmente opposto. Da un lato, infatti, è possibile identificare una progressiva emersione di un diritto umano all'acqua nel diritto internazionale, in senso autonomo o in connessione con altri diritti umani (*in primis*, il diritto ad un ambiente sano ed il diritto alla salute). Dall'altro, il diritto dell'Unione europea persegue esigenze di tutela ambientale e di conservazione delle risorse idriche qualificando queste ultime come bene economico e commerciale, il cui utilizzo parsimonioso va promosso al fine di assicurare l'accesso all'acqua anche per le generazioni future.

Nel diritto internazionale, il concetto di acqua come bene prevalentemente economico non è completamente assente<sup>7</sup>. Tuttavia, la nozione di acqua come diritto individuale e collettivo sta acquistando un ruolo sempre più centrale nella dottrina

---

<sup>7</sup> M. AMBRUS, *Through The Looking Glass of Global Constitutionalism and Global Administrative Law: Different Stories about the Crisis in Global Water Governance?*, in *Erasmus Law Review*, 2013, p. 34 ss.; M. AMBRUS, H. K. GILISSEN, J. VAN KEMPEN, *Public Values In Water Law: A Case Of Substantive Fragmentation?*, in *Utrecht Law Review*, 2014, p. 10. Si veda anche J. GUPTA, R. AHLERS, L.

e nella giurisprudenza internazionale. Se la proposta di considerare l'acqua come patrimonio comune dell'umanità trova al momento scarsi appigli nella prassi degli Stati<sup>8</sup>, le accezioni attualmente più diffuse e condivise di questo bene sono quelle che lo riconducono nell'alveo dei diritti umani. In particolare, è individuabile una progressiva tendenza nel diritto internazionale e nella prassi degli Stati verso il riconoscimento di un autonomo diritto all'acqua, al punto da suggerire la progressiva formazione di una norma consuetudinaria in questa direzione<sup>9</sup>.

L'orientamento interpretativo prevalente nel diritto internazionale contemporaneo, tuttavia, opera un riconoscimento del diritto all'acqua come derivazione di altri diritti, tra cui il diritto alla vita, il diritto alla salute e il diritto ad un ambiente sano. Un simile approccio è osservabile in sistemi di tutela dei diritti umani a livello globale<sup>10</sup> e regionale<sup>11</sup>, nonché nella prassi di diversi Paesi europei, tra cui Germania, Belgio<sup>12</sup> e Italia. La Corte costituzionale italiana, in particolare, ha in più occasioni incluso l'accesso all'acqua nel catalogo aperto dei diritti inviolabili dell'uomo *ex art. 2 Cost.*, riconducendolo al diritto fondamentale all'integrità del patrimonio ambientale<sup>13</sup>. Alla luce di questa interpretazione, la Corte costituzionale ha inoltre sancito che la preclusione alle regioni della materia relativa alla fissazione di entità e tipologia dei costi del servizio idrico integrato risponde all'esigenza di garantire

---

AHMED, *The Human Right to Water: Moving Towards Consensus in a Fragmented World*, in *Review of European, Comparative and International Environmental Law*, 2010, p. 294 ss., p. 296.

<sup>8</sup> Si veda in proposito P. CULLET, *Water Law in A Globalised World: The Need for a New Conceptual Framework*, in *Journal of Environmental Law*, 2011, p. 233 ss., p. 243 ss.

<sup>9</sup> Si vedano ad esempio l'art. 14, par. 2, lett. h) della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne, l'art. 24, par. 2, lett. c) della Convenzione sui diritti del fanciullo, nonché l'art. 28, par. 2, lett. a) della Convenzione sui diritti delle persone disabili. In dottrina, si vedano G. A. CAVALLO, *The Human Right to Water and Sanitation: From Political Commitments to Customary Rule?*, in *Pace International Law Review Online Companion*, 2012; P. THIELBÖRGER, *Re-Conceptualizing the Human Right to Water: A Pledge for a Hybrid Approach*, in *Human Rights Law Review*, 2015, p. 225; F. M. PALOMBINO, *Il diritto umano all'acqua nella prospettiva della Corte europea dei diritti dell'uomo: in margine al caso Otgon*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2017, p. 149 ss.

<sup>10</sup> Esempi significativi in tal senso sono offerti dal *General Comment* n. 15 (*The Right to Water*, 20 gennaio 2003, E/C.12/2002/11) del Comitato per i Diritti Economici, Sociali e Culturali (CESCR) e dalle Risoluzioni 64/292 del 28 luglio 2010 (A/RES/64/292) e 70/169 del 22 febbraio 2016 (A/RES/70/169) dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

<sup>11</sup> A tal proposito, si rimanda a Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenze del 4 settembre 2014, *Dzemyuk c. Ucraina*, e del 25 ottobre 2016, *Otgon c. Repubblica di Moldavia* (su cui si veda F. M. PALOMBINO, *Il diritto umano all'acqua*, cit.); Commissione africana, *Free Legal Assistance Group and Others v. Zaire*, decisione del 4 aprile 1996, par. 46; *Social and Economic Rights Action Center (SE-RAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) c. Nigeria*, decisione del 27 ottobre 2001, paragrafi 52-53; Corte interamericana dei diritti umani, sentenza del 17 giugno 2005, *Comunità Indigena Yakye Axa c. Paraguay*, paragrafi 161-167; *Comunità Indigena Sawhoyamaya c. Paraguay*, sentenza del 29 marzo 2006, paragrafi 73 e 148-180; *Comunità Indigena Xákmok Kásek c. Paraguay*, sentenza del 24 agosto 2010, paragrafi 194-196 e 214-217. Per una rassegna completa della giurisprudenza della Corte interamericana in materia di diritto all'acqua, si veda il Rapporto annuale 2015 della Commissione interamericana per i diritti umani, pp. 458-503, [www.oas.org](http://www.oas.org).

<sup>12</sup> Sul riconoscimento di un diritto all'acqua nella giurisprudenza tedesca e belga, si veda ad esempio P. THIELBÖRGER, *The right(s) to water: the multi-level governance of a unique human right*, Heidelberg, 2013, pp. 15-16 e 22-23.

<sup>13</sup> Corte costituzionale, sentenze del 10 luglio 1996, n. 259, par. 3 in diritto; e del 16 luglio 2009, n. 246, par. 17.4 in diritto. Sul punto, si veda F. NICOTRA, *Un "diritto nuovo": il diritto all'acqua*, in *Federalismi.it*, 2016, pp. 17-22.

una uniforme tutela ambientale su tutto il territorio nazionale, anche in ossequio al principio “chi inquina paga”<sup>14</sup>.

Il diritto dell'Unione europea offre una definizione del bene “acqua” più complessa di quella in via di affermazione nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani. Innanzitutto, in questo sistema non vi è traccia di formalizzazione di un diritto all'acqua in senso stretto<sup>15</sup>. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non lo prevede, né la Corte di giustizia ha interpretato altri diritti in essa affermati (come il diritto alla dignità umana *ex art. 1*, il diritto alla vita *ex art. 2*, o il diritto alla protezione della salute *ex art. 35*) come inclusivo di tale diritto. In secondo luogo, le due principali fonti di diritto secondario in materia, ovvero la direttiva 98/83 sulla qualità delle acque destinate al consumo umano (direttiva acque potabili)<sup>16</sup> e la già citata direttiva quadro, riconducono l'obiettivo di garantire l'integrità e la qualità delle risorse idriche ad esigenze di tutela rispettivamente della salute umana e dell'ambiente.

La direttiva quadro sulle acque riconcilia le due visioni apparentemente opposte dell'acqua come bene economico e come risorsa ambientale (e dunque come patrimonio o bene comune), sebbene la prima sia esplicitamente asservita alla seconda. Già nel suo Preambolo, la direttiva quadro si fa portatrice di una visione dell'acqua come patrimonio comune da proteggere, qualificando la fornitura idrica come servizio di interesse generale e dunque come assoggettato a specifici obblighi di servizio pubblico.<sup>17</sup> L'obbligo per gli Stati membri di adottare adeguate politiche dei prezzi che incentivino un uso efficiente delle risorse idriche previsto dall'art. 9, par. 1 – e dunque una considerazione dell'acqua anche come bene economico – appaiono in tale ottica come uno strumento di tutela ambientale.

In questa prospettiva vanno letti anche il principio del recupero dei costi ed il principio “chi inquina paga” alla base dell'art. 9 della direttiva quadro. In primo luogo, se da un lato l'art. 9, par. 1, richiede agli Stati membri semplicemente di “tenere conto” del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, dall'altro prevede un obbligo per questi di provvedere a un adeguato recupero dei costi a carico dei diversi settori di impiego dell'acqua (incluso quello relativo alle famiglie). Viceversa, la norma in esame non prevede un obbligo, bensì una mera facoltà per gli Stati membri, di tenere conto delle ripercussioni sociali ed economiche del recupero dei costi. In secondo luogo, l'art. 9 opera una interessante interpretazione del principio “chi inquina paga” come riferito non ad attività direttamente inquinanti ma allo spreco di una risorsa da preservare, richiedendo agli Stati membri di recuperare i costi di gestione ed erogazione dei servizi idrici (compresi quelli ambientali e relativi alle risorse).

Se l'art. 9 costituisce l'unica norma della direttiva quadro in materia di fornitura di acqua e dunque di accesso a tale risorsa da parte di utenti privati, la direttiva acque

---

<sup>14</sup> Corte costituzionale, sentenza del 23 aprile 2010, n. 142.

<sup>15</sup> Si veda in proposito anche M. VAN RIJSWICK, A. KEESSEN, *Legal Protection of the Right to Water in the European Union*, in F. SULTANA, A. LOFTUS (eds.), *The Right to Water: Politics, Governance and Social Struggles*, Abingdon, 2012.

<sup>16</sup> Direttiva 98/83/CE del Consiglio, del 3 novembre 1998, concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano.

<sup>17</sup> Si vedano i 1°-10° ‘considerando’ della direttiva quadro e il libro verde del 21 maggio 2003 sui servizi di interesse generale, COM(2003)270 def.

potabili sancisce standard minimi in materia di qualità delle acque destinate al consumo umano con l'obiettivo dichiarato di proteggere la salute umana e garantire un accesso ad acqua salubre e pulita<sup>18</sup>. Ai sensi del suo art. 4, gli Stati membri hanno un obbligo generale di adottare misure affinché le acque destinate al consumo umano non contengano microrganismi, parassiti o altre sostanze potenzialmente pericolose per la salute umana, e rispettino standard minimi di qualità fissati dal suo allegato I.

È dunque possibile affermare che nel contesto dell'Unione europea le risorse idriche costituiscono un bene di natura economica e ambientale al tempo stesso. L'accesso a queste risorse non costituisce un diritto umano in senso stretto, bensì un interesse che gli Stati membri devono assicurare nel rispetto dei principi cardine del recupero dei costi e "chi inquina paga".

Questa ricostruzione è confermata anche dalla risposta della Commissione europea all'iniziativa dei cittadini europei denominata "*Right2Water*", finalizzata ad ottenere il riconoscimento di un diritto umano all'acqua ed ai servizi igienico-sanitari nel diritto dell'Unione europea e la sottrazione della gestione delle risorse idriche dalle logiche del mercato comune e da qualsiasi forma di liberalizzazione<sup>19</sup>. L'iniziativa, attivata sulla base dell'art. 11, par. 4 del TUE e del regolamento 211/2011<sup>20</sup>, è stata la prima a raggiungere il numero di firme necessario per la presentazione alla Commissione europea.

La risposta della Commissione<sup>21</sup> si è incentrata sui tre punti principali della qualità, dell'accessibilità fisica e dell'accessibilità economica, chiarendo i rispettivi ruoli di Stati membri ed istituzioni europee in questi ambiti. Con particolare riferimento all'accessibilità economica, la Commissione ha osservato la carenza di competenze dell'UE in materia di politiche dei prezzi, essendo demandata agli Stati membri l'adozione di misure per la tutela dell'accesso all'acqua di gruppi sociali economicamente svantaggiati. Allo stesso modo, la Commissione ha sottolineato la libertà per gli Stati membri di scegliere le modalità di gestione dei servizi idrici ed il carattere privato, pubblico o misto delle entità a cui affidarla. La risposta della Commissione alle esigenze di accessibilità economica sottolineate dall'iniziativa *Right2Water*, dunque, è consistita principalmente nella proposta di escludere le concessioni relative all'acqua dal campo di applicazione delle norme UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (poi effettivamente accolta)<sup>22</sup> e in un invito agli Stati membri a garantire l'accesso a un livello minimo di approvvigionamento idrico per tutti i cittadini nel rispetto della direttiva quadro.

Gli obiettivi di tutela ambientale perseguiti dalla direttiva quadro e quelli di tutela della salute umana fatti propri dalla direttiva acque potabili suggeriscono una

<sup>18</sup> Si veda in particolare l'art. 1 della direttiva acque potabili.

<sup>19</sup> R. PALLADINO, *Iniziativa legislativa dei cittadini dell'Unione Europea e democrazia partecipativa: a proposito dell'iniziativa Right2Water*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 493 ss.

<sup>20</sup> Regolamento (UE) n. 211/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, riguardante l'iniziativa dei cittadini.

<sup>21</sup> Comunicazione della Commissione europea, del 19 marzo 2014, relativa all'iniziativa dei cittadini europei "Acqua potabile e servizi igienico-sanitari: un diritto umano universale! L'acqua è un bene comune, non una merce!", COM(2014)177 def.

<sup>22</sup> E. ASPEY, *Public Goods, Special Rights and Competitive Markets: Right2Water and The Utilities Procurement Regime*, in G. SKOVGAARD ØLYKKE, A. SANCHEZ-GRAELLS (eds.), *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Cheltenham, 2016, pp. 345-354.

volontà del legislatore europeo di assicurare l'accessibilità, la buona qualità e l'uso sostenibile delle risorse idriche in quanto patrimonio comune. L'effettivo raggiungimento di questi obiettivi, tuttavia, è strettamente dipendente dal livello e dalle modalità di attuazione delle norme UE negli ordinamenti degli Stati membri. I prossimi paragrafi analizzeranno esempi particolarmente significativi di attuazione del principio del recupero dei costi offerte dagli ordinamenti italiano e francese, al fine di sottolineare come diverse interpretazioni legislative e giurisprudenziali possano generare livelli di tutela del diritto all'acqua estremamente eterogenei.

In primo luogo, l'equazione tracciata dalla direttiva quadro tra recupero dei costi e disincentivazione dello spreco delle risorse idriche presenta alcune importanti criticità, emerse anche in sede di attuazione da parte degli Stati membri. Il principio del recupero dei costi presuppone che le spese affrontate da enti di gestione dei servizi idrici (pubblici, privati o a composizione mista) siano sostenute dagli utenti. Nel diritto interno degli Stati membri, spesso orientato a riconoscere l'accesso all'acqua come diritto fondamentale, si pone dunque il problema di effettuare un corretto ed equo bilanciamento tra esigenze di tutela di tale diritto ed esigenze di disincentivazione degli sprechi attraverso forme di tariffazione del consumo idrico. In particolare, in molteplici occasioni le corti nazionali hanno affrontato il problema di come assicurare l'accessibilità economica universale per un bene essenziale alla vita ed alla salute umana come l'acqua, nel rispetto del principio del recupero dei costi.

In secondo luogo, sebbene l'art. 9 non includa una esplicita previsione in tal senso, l'obbligo per gli Stati membri di adottare politiche dei prezzi che incentivino un uso efficiente delle risorse idriche (sancito come obiettivo dal suo par. 1) implica una considerazione delle tariffe in questo ambito come corrispettivo. In Italia, questa concezione è espressa chiaramente nella normativa di attuazione della direttiva quadro, ed in particolare nell'art. 154, par. 1, co. 1, del d.lgs. 152/2006 (codice dell'ambiente)<sup>23</sup>.

Se appare corretto configurare lo spreco delle risorse idriche come forma di inquinamento e riferire il principio "chi inquina paga" anche ad utenti e famiglie, una questione tuttora inevasa sia a livello europeo che nel diritto italiano riguarda la conciliabilità di politiche dei prezzi in questo contesto con situazioni di grave contaminazione di tali risorse. In altre parole, non appare chiaro se ed in che misura i costi ambientali e di gestione delle risorse idriche andrebbero comunque sostenuti dall'utente a cui venisse precluso l'accesso ad acqua potabile pulita e salubre. Questo problema è particolarmente rilevante in Italia, dove l'attuazione delle norme di qualità fissate dalla direttiva acque potabili è stata talmente carente da spingere la Commissione europea ad aprire una procedura di infrazione attualmente pendente. La giurisprudenza amministrativa italiana ha fornito interessanti indicazioni in questo ambito, reso particolarmente complesso nel nostro ordinamento dal riparto di competenze tra enti locali e organi centrali in materia di gestione delle risorse idriche.

**3.** Questo paragrafo affronterà il primo dei problemi profilati nel paragrafo precedente, ed analizzerà le diverse soluzioni elaborate dalle corti italiane e francesi in merito al bilanciamento tra esigenze di accessibilità economica delle risorse idriche

---

<sup>23</sup> Decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, Norme in materia ambientale.

ed obblighi di diritto UE di tenere in considerazione il principio del recupero dei costi in questo ambito.

Su questo punto, è utile sottolineare in via preliminare che una importante derivazione del principio del recupero dei costi in materia di consumo idrico di utenti privati riguarda l'estensione dell'obbligo per gli Stati di stabilire una tariffazione idonea a coprire tutti i costi relativi al servizio idrico. Nel caso *Commissione europea c. Germania*, la Corte di giustizia ha chiarito che l'art. 9 non impone un obbligo generalizzato di tariffazione di tutte le attività connesse all'utilizzo delle acque<sup>24</sup>. Gli Stati membri possono dunque derogare al principio del recupero dei costi senza che ciò costituisca un'automatica violazione della direttiva quadro, a patto che vengano rispettate le condizioni sancite dall'art. 9, par. 4 – ovvero che tale deroga corrisponda ad una prassi consolidata e che non siano compromessi i fini ed il raggiungimento degli obiettivi posti dalla direttiva quadro.

L'interpretazione operata dalla Corte di giustizia è stata oggetto di critiche di parte della dottrina, che ha sottolineato l'eccessiva compressione del principio del recupero dei costi, considerato invece un aspetto essenziale per realizzare gli obiettivi posti dalla direttiva quadro<sup>25</sup>. Viceversa, è stato evidenziato che il contemporaneo del principio del recupero dei costi è corrisposto anche ad una necessità e volontà della Corte di giustizia di prendere in considerazione la dimensione sociale della materia in esame, nonché la particolare natura dell'acqua in quanto bene comune<sup>26</sup>. È in ogni caso indubbio che la direttiva quadro non preveda particolari obblighi di bilanciamento tra recupero dei costi e diritto di accesso all'acqua degli utenti a prescindere dalle proprie condizioni socio-economiche.

La posizione espressa dalla Commissione non solo nel contesto della sentenza in esame ma anche in alcune risposte a interrogazioni parlamentari da parte di deputati irlandesi del Parlamento europeo relative all'art. 9, par. 4, indica un approccio più restrittivo. La Commissione ha infatti chiarito che, nell'esercizio del loro potere discrezionale di includere considerazioni di carattere socioeconomico nella tariffazione del consumo idrico domestico, gli Stati membri che decidessero di richiedere una tariffa forfettaria dovrebbero non solo dimostrare che questa rispetti i requisiti di cui all'art. 9, par. 1, ma anche specificamente che tale tipo di tariffa costituisce un incentivo adeguato all'utilizzo efficiente di acqua<sup>27</sup>. Inoltre, secondo la Commissione l'espressione “prassi consolidate” deve intendersi come riferita al momento di adozione della direttiva. Per questo motivo, non è possibile derogare all'art. 9, par. 1, attraverso il ritorno a prassi precedenti all'adozione della direttiva,

<sup>24</sup> Sentenza dell'11 settembre 2014, causa C-525/12, *Commissione europea c. Repubblica Federale di Germania*, punti 47-60.

<sup>25</sup> E. GAWEL, *ECJ on Cost Recovery for Water Services under Article 9 of the Water Framework Directive: camera locuta causa non finita*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, 2015, p. 71 ss.; P. E. LINDHOUT, H. F. M. W. VAN RIJSWICK, *The effectiveness of the Principle of Recovery of the Costs of Water Services Jeopardized by the European Court of Justice – Annotations on the Judgment in C-525/12*, *ivi*, p. 80 ss.

<sup>26</sup> P. DELIMATISIS, *The Regulation of Water Services in the EU Internal Market*, Tilburg Law and Economics Center Discussion Paper n. 20/2015, papers.ssrn.com.

<sup>27</sup> Risposta fornita dal Sig. Poto nik per conto della Commissione in data 21 giugno 2010, in *GUUE* C 138 del 7 maggio 2011; risposta fornita dal Sig. Vella per conto della Commissione in data 24 giugno 2016, [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

adottando politiche di tariffazione in contrasto con gli impegni assunti nei piani di gestione dei bacini idrografici precedentemente presentati.

Appare significativo che i chiarimenti in parola siano stati forniti in risposta a deputati irlandesi, poiché l'art. 9, par. 4 era stato originariamente previsto proprio per consentire all'Irlanda di proseguire le sue politiche di gestione delle risorse idriche basate (unico esempio in Europa) su una totale assenza di tariffe per il consumo privato. Altrettanto degno di nota è il fatto che il successivo ripensamento di tali politiche con conseguente introduzione di un sistema di tariffazione sia un diretto risultato delle richieste del programma di supporto finanziario per l'Irlanda (UE e Fondo monetario internazionale)<sup>28</sup>. Le resistenze politiche e sociali incontrate in Irlanda dall'introduzione della tariffazione per il consumo idrico (attualmente sospesa) testimoniano le notevoli difficoltà di attuazione del principio del recupero dei costi nella materia sensibile dell'accesso all'acqua<sup>29</sup>.

La questione degli effetti del principio del recupero dei costi sull'accesso all'acqua delle famiglie meno abbienti era stata già sollevata durante il procedimento di adozione della direttiva quadro. In questo contesto, il dibattito relativo all'art. 9 aveva riguardato non solo l'efficacia del metodo tariffario per incoraggiare un utilizzo efficiente delle risorse idriche ma anche e soprattutto le conseguenze sociali di un riversamento dei costi di gestione del servizio idrico sulle famiglie<sup>30</sup>.

Sebbene l'art. 9, par. 1, della direttiva quadro preveda una mera possibilità (e non un obbligo) di prendere in considerazione le ripercussioni sociali ed economiche del recupero dei costi all'interno delle politiche nazionali in materia, il problema di come bilanciare recupero dei costi ed accessibilità economica è stato spesso affrontato dalla legislazione interna degli Stati membri. In assenza di comuni direttive a livello dell'Unione su questo punto, tuttavia, il panorama europeo risulta estremamente eterogeneo anche al di là delle specificità del caso irlandese<sup>31</sup>.

Nella dottrina e nella giurisprudenza italiane e francesi, il tema dell'attuazione del principio del recupero dei costi e della sua conciliazione con una nozione di acqua come bene comune (con la conseguente necessità di assicurare la sua accessibilità economica a livello universale) ha occupato un ruolo centrale. I prossimi due paragrafi analizzeranno dunque le soluzioni elaborate rispettivamente dagli ordinamenti di questi due Paesi europei, con un'attenzione specifica al tema dell'accesso

---

<sup>28</sup> E. GAWEL, *op. cit.*, p. 76; F. DUKELOW, *Irish Water Services Reform: Past, Present and Future*, in M. P. MURPHY, F. DUKELOW (Eds.), *The Irish Welfare State in the Twenty-First Century: Challenges and Change*, Basingstoke, 2016, p. 150 ss.

<sup>29</sup> Si veda in proposito il recente rapporto stilato dalla Commissione di esperti sui servizi idrici pubblici nazionali, formata dal Governo irlandese nel 2016: *Report on the Funding of Domestic Public Water Services in Ireland*, novembre 2016, [www.oireachtas.ie](http://www.oireachtas.ie).

<sup>30</sup> B. PAGE, M. KAIKA, *The EU Water Framework Directive: part 2. policy innovation and the shifting choreography of governance*, in *European Environment*, 2003, p. 328 ss., p. 332; B. BOEUF, O. FRITSCH, J. MARTIN-ORTEGA, *Undermining European environmental policy goals? The EU Water Framework Directive and the politics of exemptions*, in *Water*, 2016, p. 388 ss.

<sup>31</sup> Rapporto tecnico n. 16/2013 dell'Agenzia europea dell'ambiente, *Assessment of Cost Recovery Through Water Pricing*, settembre 2013, [www.eea.europa.eu](http://www.eea.europa.eu); A. REYNAUD, *Assessing the impact of full cost recovery of water services on European households*, in *Water Resources and Economics*, 2016, p. 65 ss.

ad una quantità minima di acqua a titolo gratuito ed alla sua configurabilità come diritto fondamentale.

4. Come ricordato in precedenza, la direttiva quadro è stata recepita nell'ordinamento italiano tramite l'adozione del codice dell'ambiente. L'art. 154 del codice detta la disciplina del servizio idrico integrato. Il suo co. 1 precisa la qualità di corrispettivo della tariffa per il servizio idrico e sancisce che la sua determinazione deve essere funzionale ad assicurare "la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio 'chi inquina paga'". Il co. 2 chiarisce inoltre che questi principi devono essere presi in considerazione dal Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare nella definizione delle componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici nei diversi settori.

L'interpretazione da parte del legislatore italiano del principio del recupero dei costi ha originato un intenso dibattito proprio in relazione al problema di garantire l'effettiva accessibilità economica delle risorse idriche. In particolare, il *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 ha dato slancio alla riflessione giuridica e giurisprudenziale sulla questione della compatibilità tra diritto all'acqua e recupero dei costi. Il *referendum* proponeva, tra gli altri quesiti, l'abrogazione dell'art. 23-*bis* del d.l. 112/2008 e di parte dell'art. 154, co. 1, del già citato codice dell'ambiente. Da un lato, l'art. 23-*bis* prevedeva l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (e dunque anche del servizio idrico integrato) a singoli imprenditori o a società selezionate mediante procedure competitive ad evidenza pubblica. Dall'altro, la parte dell'art. 154, co. 1, interessata dal *referendum* includeva la remunerazione del capitale investito tra i criteri per determinare la tariffa da versare come corrispettivo del servizio pubblico integrato, al fine di assicurare il rispetto del principio del recupero dei costi e del principio "chi inquina paga".

Investita di un giudizio di ammissibilità di quest'ultima richiesta di *referendum* abrogativo, la Corte costituzionale si era pronunciata nel senso di ritenere che la remunerazione del capitale non è coesistente alla nozione di rilevanza economica del servizio idrico<sup>32</sup>. La sua eventuale esclusione dai criteri di determinazione della tariffa, dunque, non ne avrebbe pregiudicato il suo carattere di corrispettivo né la possibilità di rispettare il principio del recupero dei costi, perseguendo invece "la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua"<sup>33</sup>. Rispetto ai profili di compatibilità del quesito con la normativa comunitaria, la Corte costituzionale aveva inoltre correttamente ritenuto che l'elemento essenziale per la qualificazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica fosse la sua gestione con metodo economico al fine di recupero dei costi, e non certo il carattere remunerativo della tariffa<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Corte cost., sentenza del 12 gennaio 2011, n. 26.

<sup>33</sup> *Ivi*, par. 5.2. in diritto.

<sup>34</sup> *Ivi*, par. 5.1. in diritto. Sulla qualifica del servizio idrico come servizio pubblico a rilevanza economica, e su divergenze e punti di contatto tra questo concetto e quello comunitario di servizio di interesse economico generale, si veda Corte costituzionale, sentenza del 3 novembre 2010, n. 325, par. 6.1 in diritto.

Anche in seguito al successo del *referendum* abrogativo ed alla conseguente abrogazione delle norme in parola, la questione relativa all'inclusione di logiche di profitto nella gestione del servizio idrico è tutt'altro che pacifica nell'ordinamento italiano. I criteri di calcolo del metodo tariffario transitorio (che dopo il *referendum* del 2011 aveva sostituito il c.d. metodo tariffario normalizzato) da parte dell'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (AEEG) sono stati oggetto di ricorso amministrativo da parte di associazioni dei consumatori. Queste lamentavano, tra l'altro, l'inclusione di costi finanziari e di oneri fiscali connessi agli investimenti tra i criteri di calcolo di tali tariffe, ritenendola una surrettizia riproposizione della remunerazione del capitale abrogata in seguito al risultato referendario. Il TAR Lombardia<sup>35</sup> ha respinto questa ricostruzione, osservando che il principio del recupero dei costi *ex art. 9* della direttiva quadro – così come recepito dal novellato art. 154, co. 1, del codice dell'ambiente – impone una economicità della gestione dei servizi idrici che può ben includere una copertura del costo di investimento del capitale proprio.

Un'ulteriore questione ampiamente trattata nella giurisprudenza amministrativa italiana nel periodo successivo al *referendum*, e di sicuro rilievo per il bilanciamento tra gestione economica del servizio idrico e nozione di acqua come bene comune, riguarda il divieto di sospensione della fornitura di acqua in caso di morosità nel pagamento delle tariffe. Negli ultimi anni, diversi tribunali amministrativi regionali sono stati investiti da richieste di annullamento di ordinanze sindacali che inibivano società di gestione del servizio idrico dal sospendere l'erogazione di acqua potabile a nuclei familiari morosi<sup>36</sup>. In alcuni casi, tali ordinanze richiedevano una erogazione gratuita di acqua pari a 50 litri giornalieri a persona (standard peraltro richiamato anche dalla Commissione europea come soglia minima per assicurare i bisogni essenziali dell'essere umano)<sup>37</sup> e/o richiamavano a fondamento dell'ingiunzione una generica nozione di acqua come bene comune<sup>38</sup>, o addirittura fonti di diritto internazionale relative al riconoscimento del diritto umano all'acqua (come la già menzionata risoluzione ONU 64/92)<sup>39</sup>.

Tutti i TAR aditi sul punto hanno sistematicamente negato la legittimità delle ordinanze sindacali in esame, essenzialmente sulla base di due osservazioni. In primo luogo, è stata rilevata la mancanza dei necessari requisiti di contingibilità ed urgenza delle ordinanze<sup>40</sup>. Eventuali emergenze sanitarie o di igiene pubblica

---

<sup>35</sup> TAR Lombardia, sede Milano, sez. II, sentenze del 26 marzo 2014, n. 779 e n. 780. La corretta applicazione del principio del recupero dei costi da parte del TAR è stata sottolineata da F. CASTOLDI, *Nota a Tar Lombardia, Milano, sez. II, 26 marzo 2014, n. 779*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 2014, p. 576 ss., e da S. VACCARI, *Il metodo tariffario del servizio idrico integrato alla luce del primo contenziioso*, in *Munus*, 2014, p. 289 ss.

<sup>36</sup> Si veda ad esempio TAR Sicilia, sede Palermo, sez. III, sentenza del 25 gennaio 2013, n. 290; TAR Sardegna, sede Cagliari, sez. I, sentenza del 10 giugno 2015, n. 193; TAR Campania, sede Salerno, sez. I, sentenza del 13 maggio 2015, n. 1000; TAR Campania, sede Napoli, sentenza del 26 novembre 2015, n. 5482; TAR Campania, sede Napoli, sez. V, sentenza del 17 febbraio 2016, n. 860; TAR Sicilia, sede Palermo, sez. I, sentenza del 15 aprile 2016, n. 961; TAR Lazio, sede Latina, sez. I, sentenza del 27 aprile 2016, n. 279.

<sup>37</sup> COM(2014)177 def., par. 28.

<sup>38</sup> TAR Lazio 279/2016; TAR Campania 860/2016; TAR Campania 5482/2015.

<sup>39</sup> TAR Lazio 279/2016.

<sup>40</sup> L'art. 50, co. 5, del d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) prevede, tra l'altro, che il sindaco possa adottare ordinanze contingibili e urgenti solo in caso di

avrebbero potuto infatti essere fronteggiate attraverso misure di sostegno socio-economico per utenti morosi che versassero in condizioni di indigenza tale da impedire loro il pagamento delle tariffe. In secondo luogo, la giurisprudenza amministrativa in esame si è orientata nel senso di qualificare come sviamento di potere l'intervento di un comune nel rapporto contrattuale tra gestore del servizio idrico ed utente impedendo al primo di esigere il pagamento di tariffe non pagate.

Queste conclusioni, seppur condivisibili alla luce della normativa interna in materia di competenze dei sindaci, appaiono tuttavia scarsamente conciliabili con le indicazioni provenienti da fonti internazionali di *soft law* in materia di accessibilità economica delle risorse idriche né potrebbero essere considerati una necessaria conseguenza del principio di diritto UE del recupero dei costi. Sebbene un diritto di accesso all'acqua a titolo gratuito non sia attualmente rintracciabile nel sistema internazionale di tutela dei diritti umani, diverse fonti hanno evidenziato che in circostanze di povertà o difficoltà economica, una garanzia di accessibilità delle risorse idriche può tradursi nella necessità di consentire un accesso gratuito<sup>41</sup>.

Alla luce di queste osservazioni, l'introduzione di un esplicito diritto ad un quantitativo minimo vitale di acqua anche in caso di morosità nel disegno di legge S. 2343 (relativo ai principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque)<sup>42</sup> appare come una misura necessaria per garantire un effettivo accesso alle risorse idriche secondo le indicazioni provenienti dal diritto internazionale, superando anche i discussi ostacoli emersi nella giurisprudenza amministrativa italiana. In particolare, l'art. 7 del d.d.l. prevede un obbligo di erogazione gratuita di un quantitativo minimo da individuare con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri fino a un limite massimo di 50 litri giornalieri a persona, affidando alla AEEG il compito di determinare i criteri di individuazione di soggetti a cui i gestori non potranno sospendere l'erogazione idrica in caso di morosità. La stessa previsione, inoltre, ribadisce il rispetto del principio del recupero dei costi, ma solo in relazione al consumo eccedente tale minimo vitale giornaliero.

La reintroduzione del principio della concorrenza tra i criteri-guida per la gestione del servizio idrico integrato e la modifica dei metodi di determinazione delle tariffe nell'attuale d.d.l. rispetto all'originaria proposta di legge sono stati punti estremamente controversi in sede di esame parlamentare. Sebbene il principio del recupero dei costi non sia stato direttamente messo in discussione in questo contesto, le obiezioni su tali punti (fondamentalmente collegate ad una più generale contestazione della mancata ripubblicizzazione della gestione del servizio idrico integrato) ripropongono il problema di conciliare la nozione di acqua come bene comune e le esigenze di gestione economicamente efficiente di tale risorsa.

---

emergenze sanitarie o di igiene pubblica, affidando allo Stato o alle regioni la competenza ad adottare provvedimenti d'urgenza in tutti gli altri casi.

<sup>41</sup> Oltre al già citato *General Comment* n. 15/2005 del CESCR (par. 27), è possibile fare riferimento al Rapporto del Relatore speciale sui diritti all'acqua ed ai servizi igienico-sanitari del 5 agosto 2015 (A/HRC/30/39, par. 32-35) e, nell'ambito del Consiglio d'Europa, all'art. 5 della Carta europea delle risorse idriche (raccomandazione (2001)4 del Comitato dei Ministri del 17 ottobre 2001).

<sup>42</sup> D.d.l. S. 2343, attualmente in corso di esame presso la 13<sup>o</sup> Commissione Permanente (Territorio, Ambiente e Beni Ambientali).

Anche al fine di sottolineare come un simile contrasto sia del tutto apparente, il prossimo paragrafo analizzerà le soluzioni approntate nell'ordinamento francese dalla giurisprudenza costituzionale e di merito sul punto.

5. Il caso italiano analizzato nel paragrafo precedente non costituisce un esempio isolato di difficoltà di conciliazione tra il principio del recupero dei costi affermato nella direttiva quadro ed esigenze fatte proprie dal diritto nazionale di garantire un accesso universale all'acqua a prescindere dalle condizioni economiche di ciascuno. Anche nell'ordinamento francese questa questione è stata affrontata dal legislatore ed ulteriormente chiarita dalle corti interne – seppur in ordine cronologico inverso rispetto all'Italia, dove un intervento risolutivo da parte del legislatore in materia è ancora in fase di discussione.

Nel diritto francese, ed in particolare nel *code de l'environnement*<sup>43</sup>, l'acqua è riconosciuta come parte del patrimonio comune della nazione, la cui protezione e il cui sviluppo corrispondono all'interesse generale. Lo stesso codice riconosce inoltre il diritto di ciascuna persona fisica ad accedere ad acqua potabile in condizioni economicamente accettabili per tutti. In seguito al recepimento della direttiva quadro nell'ordinamento interno, il codice è stato integrato da una sostanziale riproduzione della formula utilizzata all'art. 9 per sancire il principio del recupero dei costi. Ai sensi del terzo capoverso dell'art. L 210-1 del codice, infatti, i costi legati all'utilizzo di acqua (inclusi quelli ambientali e quelli relativi alle risorse idriche) sono sostenuti dall'utilizzatore, tenuto conto delle conseguenze sociali, ambientali ed economiche oltre che geografiche e climatiche.

A differenza di quanto avvenuto in Italia, il problema della compressione del diritto all'acqua in seguito alla sospensione della fornitura di servizi idrici aveva occupato la giurisprudenza di merito francese ben prima dell'attuazione della direttiva quadro. Già nel corso degli anni '90, diversi *tribunaux de grande instance* avevano ritenuto tale sospensione ingiustificata a fronte del mancato pagamento di tariffe come corrispettivo, anche alla luce dell'esigenza di tutelare la dignità umana dei soggetti morosi e dell'inclusione dell'acqua tra gli elementi essenziali alla vita<sup>44</sup>. Tuttavia, la sospensione del servizio idrico in caso di morosità non è stata espressamente vietata dalla legge francese fino al 2007, quando la legge n. 2007-290<sup>45</sup> ha provveduto in tal senso introducendo l'art. L 115-3 nel *code de l'action sociale et des familles* (CASF)<sup>46</sup>. Nonostante tale divieto si estenda anche ad altri servizi, la norma in esame prevede significativamente che per il solo servizio idrico viga un divieto di sospensione senza limiti temporali (fissando per gli altri un divieto solo per il periodo

---

<sup>43</sup> Si veda in particolare l'art. L 210-1 del *code de l'environnement* come modificato da *loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques*.

<sup>44</sup> Si veda in proposito P. THIELBÖRGER, *The Right(s) to Water*, cit., pp. 27-28.

<sup>45</sup> *Loi n. 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale*, art. 36, par. 2.

<sup>46</sup> Il terzo capoverso dell'art. L 115 vieta ai soggetti incaricati della fornitura e della distribuzione di acqua di procedere all'interruzione di tale servizio in conseguenza del mancato pagamento di fatture. Il primo capoverso di tale articolo riconosce inoltre ai singoli individui e alle famiglie che sperimentino "particolari difficoltà", specialmente economiche o in relazione alle proprie condizioni di vita, il diritto di ottenere un aiuto da parte della collettività al fine di poter disporre della fornitura di acqua nonché di altri servizi (energia elettrica, linea telefonica ed accesso ad Internet).

invernale). Ciò testimonia la particolare importanza rivestita agli occhi del legislatore francese dal servizio idrico nella tutela della dignità umana e nella lotta all'esclusione sociale – obiettivi dichiarati del CASF<sup>47</sup>. Il divieto di sospensione in esame, inoltre, è applicabile universalmente e non richiede all'utente alcuna prova di eventuali condizioni di indigenza o del percepimento di contributi di assistenza sociale.

Nel 2015, il Conseil Constitutionnel francese<sup>48</sup> ha sancito la costituzionalità dell'art. 115-3 a fronte di un ricorso presentato da una società di gestione del servizio idrico, la quale lamentava una violazione dei principi costituzionali della libertà di impresa e di concorrenza, nonché del principio di uguaglianza. In primo luogo, il Conseil Constitutionnel ha sancito che l'ingerenza del legislatore in un contratto di fornitura del servizio idrico è in tal caso giustificata da motivi di interesse generale e proporzionata agli obiettivi perseguiti, sottolineando che la possibilità di disporre di un alloggio dignitoso costituisce un "obiettivo di valore costituzionale"<sup>49</sup>. Il Conseil Constitutionnel ha inoltre respinto la doglianza secondo la quale impedire ai soli gestori del servizio idrico e non anche ai fornitori di gas, elettricità e riscaldamento di interrompere il proprio servizio costituirebbe una violazione del principio di uguaglianza. La sentenza in esame osserva infatti che questi gestori non potrebbero essere messi sullo stesso piano proprio a causa delle peculiari regole dettate solo per il servizio idrico, le quali perseguono appunto l'obiettivo di assicurare una ininterrotta fornitura di tale risorsa.

Sebbene il Conseil Constitutionnel francese non abbia citato alcuna fonte di diritto internazionale o europeo, la sentenza in esame e la giurisprudenza di merito che ne è seguita costituiscono una interessante testimonianza di prassi nazionale a favore del riconoscimento di un diritto all'acqua. Diverse corti di primo e secondo grado hanno applicato i principi sanciti dal Conseil Constitutionnel, giudicando illegittime delle sospensioni del servizio idrico a danno di soggetti morosi con difficoltà economiche ed ordinando l'immediata ripresa della fornitura nonché il pagamento di somme a titolo di risarcimento per danni morali subiti dagli utenti in seguito all'interruzione della fornitura di acqua<sup>50</sup>.

Oltre che allo scopo perseguito dall'art. L 115-3 del codice dell'ambiente, tali pronunce hanno fatto riferimento al diritto all'acqua sia in quanto diritto autonomo, sia in quanto derivazione di altri diritti (alla salute, alla dignità umana, alla vita, ad un'abitazione dignitosa). La giurisprudenza successiva alla pronuncia della

<sup>47</sup> Si veda in particolare l'art. L 115-1.

<sup>48</sup> Conseil Constitutionnel, sentenza del 29 maggio 2015, n. 2015-470.

<sup>49</sup> *Ivi*, par. 6. Il Conseil Constitutionnel ha citato in particolare il 1°, 10° e 11° capoverso del Preambolo della Costituzione francese del 1946. Queste previsioni, pur non riconoscendo un esplicito diritto all'abitazione, sanciscono tuttavia diritti strettamente correlati a quest'ultimo, come il diritto alla protezione della dignità umana, il diritto a godere delle condizioni necessarie per il proprio sviluppo e il diritto alla salute.

<sup>50</sup> Si veda ad esempio *Tribunal d'Instance de Fontainebleau*, ordinanza del 12 novembre 2015; *Tribunal d'Instance de Limoges*, ordinanza del 6 gennaio 2016; *Tribunal d'Instance de Puteaux*, ordinanza del 15 gennaio 2016; *Tribunal d'Instance d'Avignon*, ordinanza del 18 marzo 2016; *Cour d'Appel de Versailles*, sentenza del 4 maggio 2016, R.G. n. 15/03339; *Cour d'Appel de Limoges*, sentenza del 15 settembre 2016, R.G. n. 16/00093. Per un commento sull'opportunità (non colta nella giurisprudenza in esame) di basare la ricostruzione di un diritto all'acqua anche sulle numerose fonti di diritto internazionale ed europeo in materia, si veda F. DUHAUTOY, H. SMETS, *La reconnaissance judiciaire de l'illégalité des coupures d'eau*, in *La Revue des Droits de l'Homme*, 2016, revdh.revues.org, pp. 7-8.

Consulta, inoltre, fornisce un importante esempio della possibilità di pervenire ad una efficace composizione tra il riconoscimento dell'acqua come diritto fondamentale o umano e la sua configurazione come bene economico, di cui il principio del recupero dei costi è certamente espressione. Se quest'ultimo principio si traduce a livello nazionale in un obbligo per l'utente di sostenere i costi del servizio idrico attraverso il pagamento di tariffe, come testimoniato dagli esempi offerti dal diritto italiano e francese, la giurisprudenza francese in esame opera dunque un implicito ma importante contemperamento di tale principio alla luce del diritto di accesso alle risorse idriche a condizioni economicamente accettabili.

Le discusse situazioni di preclusione dell'accesso alle risorse idriche non esauriscono completamente la tematica del bilanciamento tra esigenze di recupero dei costi e diritto all'acqua. Un altro aspetto di questo problema riguarda infatti il diritto all'acqua nella sua più ristretta accezione di condizione essenziale per l'esercizio del diritto alla salute, ed in particolare l'accesso ad acqua potabile pulita e salubre. Il prossimo paragrafo tratterà di questo tema con riferimento all'attuazione in Italia della direttiva acque potabili ed alla giurisprudenza italiana in tema di tariffazione delle risorse idriche in contesti caratterizzati da inquinamento da arsenico.

**6.** La considerazione dell'acqua come prodotto commerciale "speciale" nella direttiva quadro – in quanto patrimonio da proteggere – solleva un problema ulteriore rispetto alla questione di come garantire la sua accessibilità economica.

Il principio del recupero dei costi sancito dall'art. 9, pur alla luce del principio "chi inquina paga", sottintende comunque un rapporto di proporzionalità tra i costi sostenuti dagli Stati membri per gestire i servizi idrici ed i prezzi dell'acqua richiesti agli utenti. Sebbene le politiche dei prezzi siano infatti considerate dall'art. 9, par. 1, come un mezzo per incentivare l'uso efficiente delle risorse idriche, è altrettanto vero che la stessa norma richiede agli Stati membri di tenere conto del principio del recupero dei costi sulla base di specifiche analisi economiche (includenti stime del volume, dei prezzi e dei costi dei servizi, nonché del corrispondente investimento da sostenere) in base all'allegato III della direttiva quadro. Alla luce di queste considerazioni, la qualifica della tariffa del servizio idrico come corrispettivo operata dal diritto italiano sembra perfettamente in linea con la direttiva quadro. A questo punto, è tuttavia utile chiedersi se da questo carattere di corrispettivo discenda anche un diritto dell'utente a vedere rimodulata la propria tariffa in presenza di fenomeni di inquinamento delle fonti di acqua potabile. Questo paragrafo affronta la questione, considerando le prospettive di tutela offerte dalle norme UE in materia di risorse idriche (e dalla relativa normativa italiana di recepimento) per gli utenti vittime di fenomeni di inquinamento.

Una simile analisi solleva problemi di interesse generale, al di là del caso italiano. Sebbene la maggior parte degli Stati membri presentino un alto grado di conformità con i parametri stabiliti dalla direttiva acque potabili<sup>51</sup>, fenomeni di inquinamento persistono sul territorio dell'Unione. Diversi Stati membri (tra cui anche l'Italia e la Francia) hanno richiesto ed ottenuto deroghe ai parametri qualita-

---

<sup>51</sup> Relazione di sintesi della Commissione europea, del 20 ottobre 2016, sulla qualità dell'acqua potabile nell'Unione alla luce delle relazioni degli Stati membri relative al periodo 2011-2013 a norma dell'articolo 13, paragrafo 5, della direttiva 98/83/CE, COM(2016)666 def.

tivi indicati dalla direttiva acque potabili, in virtù della possibilità in tal senso offerta dall'art. 9<sup>52</sup>. La Commissione europea ha tuttavia respinto le richieste italiane e francesi di una terza deroga per circostanze eccezionali ai sensi dell'art. 9, par. 2, in relazione rispettivamente ai livelli di arsenico presenti nelle acque potabili destinate al consumo di neonati e bambini fino a tre anni di età nonché ai livelli di fluoruro in alcune aree della Campania<sup>53</sup>, e ai livelli di fluoruro presenti in alcune zone della Francia<sup>54</sup>. Nel 2014, inoltre, la Commissione europea ha aperto una procedura di infrazione contro l'Italia a causa del mancato rispetto dei limiti massimi di fluoro e arsenico in 37 zone di approvvigionamento di acqua in Lazio<sup>55</sup>. La prima fase formale della procedura in parola, avviata con lettera di costituzione in mora nei confronti dell'Italia, risulta al momento pendente.

La particolare criticità dello *status* dell'acqua destinata al consumo umano nel Lazio era stata evidenziata già prima dell'inizio della procedura di infrazione contro l'Italia da una significativa giurisprudenza amministrativa, originata da ricorsi volti ad ottenere un ricalcolo delle tariffe per il consumo idrico alla luce della scarsa qualità dell'acqua potabile fornita. Più specificamente, gruppi di utenti assistiti da associazioni dei consumatori avevano impugnato di fronte al TAR Lazio ordinanze sindacali di necessità ed urgenza con cui era stata dichiarata la non potabilità e l'inibizione dell'uso delle acque destinate al consumo umano, nella parte in cui queste non prevedevano una corrispondente riduzione delle tariffe<sup>56</sup>. I ricorrenti lamentavano, inoltre, una violazione del loro diritto di informazione sancito dalla Commissione europea rispetto alle deroghe concesse all'Italia in virtù dell'art. 9, par. 1, della direttiva acque potabili. La decisione della Commissione in merito, infatti, aveva contestualmente sancito un obbligo per l'Italia di informare gli utenti circa le modalità per ridurre i rischi legati all'acqua potabile per la quale era stata concessa la deroga.

Rispetto al principio del recupero dei costi derivante dalla direttiva quadro, i ricorrenti argomentavano che essendo la tariffa dell'acqua considerata dalla legge italiana nonché dalla giurisprudenza costituzionale come un corrispettivo del servizio idrico integrato (in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio), la mancata riduzione tariffaria comportava l'illegittimità delle ordinanze sindacali impuginate. Queste, infatti, avevano imposto "il pagamento a prezzo pieno di un servizio inadeguato e non pienamente funzionale

<sup>52</sup> In virtù dell'art. 9, par. 1, della direttiva acque potabili, gli Stati membri possono stabilire deroghe ai valori di parametro fissati dalla direttiva purché tali deroghe non costituiscano un potenziale pericolo per la salute umana e l'approvvigionamento delle acque destinate al consumo umano nella zona interessata non sia mantenibile con altri mezzi. Le deroghe possono avere una durata massima di tre anni. Lo Stato membro dovrà condurre un riesame alla fine del primo periodo di deroga e comunicarne i risultati alla Commissione qualora intenda concedere una seconda deroga.

<sup>53</sup> Decisione della Commissione C(2011)2014, del 23 marzo 2011, sulla deroga richiesta dall'Italia ai sensi della direttiva 98/83/CE del Consiglio concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano.

<sup>54</sup> Decisione della Commissione C(2014)10132, del 17 dicembre 2014, sulla deroga richiesta dall'Italia ai sensi della direttiva 98/83/CE del Consiglio concernente la qualità delle acque destinate al consumo umano.

<sup>55</sup> Procedura di infrazione n. 20142125, decisione del 10 luglio 2014.

<sup>56</sup> TAR Lazio, sede Roma, sez. II, sentenze del 20 gennaio 2012, n. 663, 664, 665, 666, 667 e 668. Si veda anche TAR Lazio, sede Roma, sez. II-bis, sentenza del 13 maggio 2014, n. 4955.

al suo scopo, in violazione dell'art. 154 codice dell'ambiente"<sup>57</sup>. Il TAR Lazio ha però costantemente respinto questa ricostruzione, sulla base dell'incompetenza dei comuni in materia di tariffazione del servizio idrico. Il ricalcolo delle tariffe non avrebbe potuto essere operato dagli enti locali e regionali, essendo questi ultimi vincolati al rispetto del metodo tariffario fissato in ambito nazionale, di esclusiva competenza dell'Autorità d'ambito. I ricorrenti avrebbero, dunque, dovuto formulare una domanda di ricalcolo delle tariffe allo Stato e alle regioni ed eventualmente ricorrere contro il diniego o silenzio<sup>58</sup>.

Tuttavia, in un *obiter dictum* di fondamentale importanza per la questione in esame, il TAR Lazio ha riconosciuto l'illegittimità del decreto ministeriale di approvazione del metodo di tariffazione cosiddetto "normalizzato" poi superato dall'attuale normativa. A differenza del principio del recupero dei costi come codificato nella direttiva quadro (che sul punto tace), sia il decreto ministeriale che la normativa di attuazione della direttiva dettata dall'art. 154 del codice dell'ambiente includono esplicitamente la qualità delle risorse idriche e del servizio fornito tra i criteri per la determinazione delle politiche dei prezzi in questo ambito. Ad avviso del TAR Lazio, dunque, "alla stregua della normativa nazionale e comunitaria costituisce un chiaro principio di diritto la necessità che la tariffa prefissata in via generale per l'utenza di un servizio pubblico locale di rilevanza economica sia fissata sulla base del servizio effettivamente fornito al singolo utente"<sup>59</sup>. Pertanto, e particolarmente in condizioni non concorrenziali che precludono al consumatore una scelta tra diversi fornitori, la tariffa non potrà essere "unicamente parametrata ai costi ed investimenti prescindendo dalla valutazione della effettiva adeguatezza e qualità del servizio prestato e fruito dai consumatori"<sup>60</sup>.

Al di là della condivisibile qualificazione della materia tariffaria come al di fuori delle competenze dei comuni, la giurisprudenza in parola ha dunque riconosciuto implicitamente che una riduzione delle tariffe del servizio idrico come corrispettivo in conseguenza di una scarsa qualità delle acque sarebbe non solo legittima ma doverosa in virtù delle norme di attuazione della direttiva quadro e del principio del recupero dei costi da essa sancito. Il Consiglio di Stato ha successivamente confermato le conclusioni del TAR Lazio in materia, senza smentire l'interpretazione operata in relazione a questo specifico punto<sup>61</sup>.

Come già osservato in relazione alla questione dell'accessibilità economica del bene-acqua, il riparto di competenze tra amministrazioni locali e centrali rispetto alla gestione delle risorse idriche ha comportato una separazione anche concettuale tra l'accezione economica e ambientale di tali risorse (e dunque della materia della tariffazione) e quella più strettamente legata all'acqua come diritto in sé considerato o correlato ad altri diritti fondamentali (*in primis* il diritto alla salute).

Una simile separazione – rispecchiata a livello dell'Unione europea dai rispettivi ambiti di applicazione della direttiva quadro e della direttiva acque potabili – preclude l'identificazione di un diritto all'acqua inteso come diritto degli utenti ad

---

<sup>57</sup> Si veda ad es. TAR Lazio, sentenza 663/2012, par. 6.

<sup>58</sup> *Ivi*, paragrafi 21-23.

<sup>59</sup> *Ivi*, par. 22.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, sentenze del 21 giugno 2013, n. 3388, 3389, 3390, 3391, 3392 e 3393.

una tariffazione proporzionata alla qualità del servizio fornito nonché alle proprie possibilità economiche. Il sistema delle deroghe approntato dalla direttiva acque potabili, inoltre, ha limitato significativamente l'efficacia e la portata degli obblighi in essa previsti, consentendo agli Stati membri di non rispettare i parametri fissati per un tempo prolungato. Il rifiuto di una terza deroga da parte della Commissione ha comunque operato ampie concessioni all'Italia, richiedendo semplicemente l'adozione di misure di protezione a tutela dei bambini sotto i tre anni e di provvedere ad informare la popolazione dei rischi connessi al consumo di acqua contaminata da arsenico. Di conseguenza, pur volendo identificare un diritto di accesso ad acqua salubre e pulita nell'art. 1 della direttiva acque potabili, sarebbe comunque preclusa agli utenti interessati da questi fenomeni di inquinamento la possibilità di richiedere un risarcimento per inadempimento degli obblighi comunitari<sup>62</sup>.

Nonostante il carattere non recentissimo della giurisprudenza esaminata, l'insufficienza delle tutele approntate dal diritto dell'Unione europea rispetto all'accesso a risorse idriche salubri degli utenti ed al loro diritto alla salute persiste ad oggi in tutta la sua rilevanza. A testimonianza di ciò, è utile sottolineare che è attualmente pendente di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo un ricorso presentato da un gruppo di cittadini del Comune di Viterbo relativo proprio alla inadempienza delle autorità italiane rispetto agli standard minimi previsti dalla direttiva acque potabili ed ai descritti fenomeni di inquinamento da arsenico<sup>63</sup>. L'esito di questo giudizio fornirà importanti indicazioni circa il livello di tutela del diritto all'acqua offerto nel contesto della CEDU, nonché una possibile conferma della maggiore possibilità di ottenere una riparazione per violazione di norme di diritto UE in questa sede rispetto alle corti nazionali<sup>64</sup>.

7. Nel corso di questo articolo, sono stati evidenziati due principali problemi di interpretazione ed attuazione del principio del recupero dei costi sancito dalla direttiva quadro sulle acque, relativi rispettivamente all'accessibilità economica delle risorse idriche e alla qualificazione delle tariffe per il servizio idrico come corrispettivo in relazione a fenomeni di inquinamento di acqua potabile.

<sup>62</sup> Tale possibilità origina come è noto da una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia inaugurata dalla sentenza del 9 novembre 1995, causa C-479/93, *Andrea Francovich*, ed ulteriormente precisata nella sentenza del 5 marzo 1996, cause C-46 e 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA*. Per l'applicazione dei principi sanciti dalla Corte di giustizia nell'ordinamento italiano, si vedano V. DI COMITE, *El principio de responsabilidad del Estado por violación del derecho de la UE debida a resoluciones judiciales y su difícil aplicación en el derecho italiano*, in *Revista de Derecho Comunitario*, 2014, p. 49 ss., pp. 50-54; R. MASTROIANNI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati*, in *Giustizia civile*, 2014, p. 283 ss., pp. 288-291.

<sup>63</sup> F. M. PALOMBINO, *Il diritto umano all'acqua*, cit.

<sup>64</sup> Questa tesi è stata sostenuta da R. MASTROIANNI, A. PEZZA, *Striking the Right Balance: Limits on the Right to Bring an Action under Article 263(4) of the Treaty on the Functioning of the European Union*, in *American University International Law Review*, 2015, p. 743 ss., pp. 774-777, seppure limitatamente al problema dell'obbligo per i giudici nazionali di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia, ed alla giurisprudenza della Corte europea che ha riconosciuto violazioni del diritto ad un equo processo ex art. 6 CEDU qualora i giudici nazionali non motivino la mancata sottoposizione di tale questione pregiudiziale.

A più riprese, è stato osservato come gli obiettivi di tutela ambientale e di protezione della salubrità delle acque corrispondano anche ad una volontà del legislatore europeo di garantire l'accesso a tale risorsa alle generazioni future. Tuttavia, la tutela dell'effettiva accessibilità economica e della qualità dell'acqua è tuttora in gran parte affidata agli Stati membri. Di conseguenza, il panorama europeo in materia risulta fortemente eterogeneo. La giurisprudenza italiana e francese esaminate in questo articolo esemplificano la diversità di tutele attualmente esistente sul territorio dell'Unione, con conseguenti disparità di trattamento tra cittadini europei a seconda dello Stato membro di appartenenza.

Rispetto al principio del recupero dei costi ed alla sua attuazione negli Stati membri, è innanzitutto possibile osservare che anche una concezione puramente economica delle risorse idriche non è automaticamente inconciliabile con obiettivi di tutela dell'accesso ad acqua potabile e salubre. L'esempio francese è da tale punto di vista emblematico, avendo il Conseil Constitutionnel di tale Paese correttamente bilanciato i principi della concorrenza e della libertà contrattuale con una volontà di protezione di diritti socio-economici di base come il diritto all'abitazione ed alla salute. Analogamente, la considerazione della tariffa del servizio idrico come corrispettivo non pregiudica necessariamente l'obiettivo di assicurare un accesso universale all'acqua a prescindere dalle condizioni economiche di ciascuno. In questo senso, la qualifica dell'acqua nella direttiva quadro al tempo stesso come prodotto commerciale e patrimonio da proteggere assume un valore tutt'altro che simbolico. La giurisprudenza amministrativa italiana analizzata in relazione alla questione dell'inquinamento da arsenico, inoltre, dimostra la possibilità di conciliare una qualificazione puramente privatistica dei rapporti di fornitura dei servizi idrici con un diritto dell'utente – in qualità di parte contrattuale – ad ottenere un accesso ad acqua potabile di qualità proporzionale alla tariffa corrisposta in ossequio al principio del recupero dei costi. In altre parole, la qualifica della tariffa come corrispettivo alla luce di questo principio sembra tutt'altro che inconciliabile con esigenze di tutela della salute e dell'accesso a fonti di acqua potabile salubre. Queste osservazioni suggeriscono che una garanzia di accesso all'acqua è in linea di principio compatibile con qualsiasi modello di gestione del servizio idrico, a prescindere dal suo carattere pubblico, privato, o misto – a patto che sia assicurata l'accessibilità economica a risorse idriche salubri.

Al momento attuale, la tutela dell'accessibilità economica ad acqua salubre sembra meglio assicurata a livello nazionale, data la debolezza degli standard fissati dalle norme UE in materia. Un bilanciamento tra gestione economicamente efficiente delle risorse idriche e l'esigenza di assicurare la loro qualità e accessibilità economica per via legislativa negli ordinamenti degli Stati membri appare in ogni caso preferibile rispetto a soluzioni giurisprudenziali offerte da corti interne di qualsiasi grado. Se la giurisprudenza esaminata è certamente utile a suggerire l'esistenza di significative prassi degli Stati, esigenze di certezza del diritto renderebbero auspicabile un esplicito riconoscimento normativo di esigenze legate all'accesso all'acqua, anche e soprattutto nelle norme di recepimento della direttiva quadro e del relativo principio del recupero dei costi.

Un confronto tra la giurisprudenza italiana e quella francese sul tema del diritto ad una quantità minima di acqua a titolo gratuito, inoltre, mostra come, in assenza

di esplicite previsioni, l'interpretazione giudiziale in materia di tariffazione delle risorse idriche possa essere limitata da necessarie e ulteriori considerazioni, come quelle relative al riparto di competenze tra organi. Più in generale, anche una interpretazione giudiziale il più possibile estensiva dovrebbe comunque tener conto del principio di separazione dei poteri. Al di fuori del contesto europeo, il caso del Sudafrica è senz'altro emblematico rispetto a questo punto, poiché nel noto caso *Mazibuko*<sup>65</sup> la Corte costituzionale di questo Paese ha ritenuto una qualsiasi determinazione giudiziale di un quantitativo minimo di acqua da assicurare a titolo gratuito a tutti i cittadini incompatibile con le attribuzioni del potere giudiziario.

L'assenza di esplicite soluzioni normative è dunque suscettibile di frenare costruzioni giurisprudenziali volte ad individuare specifici obblighi statali nel campo della gestione delle risorse idriche. Un'armonizzazione delle normative nazionali adottate in attuazione del principio del recupero dei costi è infine auspicabile, per garantire uniformità di tutela delle esigenze di accesso ad acqua salubre in quantità sufficiente su tutto il territorio dell'Unione, nonché un adeguato bilanciamento di queste esigenze con gli obiettivi ambientali perseguiti dalla direttiva quadro sulle acque.

## Abstract

### The Principle of Cost Recovery and Access to Water in European Union Law

In the context of the European Union, one of the main pieces of secondary legislation on water – the so-called Water Framework Directive (WFD) – pursues the environmental objective of protecting and restoring all bodies of surface water and groundwater by establishing the principle of recovery of costs of water services in conjunction with the polluter pays principle. National water-pricing policies should then ensure a complete recovery of the costs associated with the extraction and provision of water, to incentivise an efficient use of water and discourage waste. This article enquires on critical areas of implementation of these principles in Member States' legal orders, with specific reference to issues of economic affordability and quality of water services for private households. To do so, this article will pay a special attention to judicial interpretations of EU law carried out by domestic courts in Italy and France (two Member States where the legal and political debate on the management of water services has been particularly lively in recent years).

<sup>65</sup> Corte Costituzionale del Sudafrica, sentenza del 2 settembre 2009, *Mazibuko and Others v. City of Johannesburg*, (489/08) [2009] ZASCA 20. Per i precedenti gradi di giudizio, si vedano High Court of South Africa (Witwatersrand Local Division), sentenza del 30 aprile 2008, *Mazibuko and Others v. City of Johannesburg*, e Supreme Court of Appeal, sentenza del 25 marzo 2009, *City of Johannesburg v. Mazibuko and Others*, (489/08) [2009] ZASCA 20.



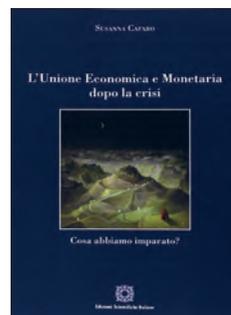
# Recensioni



Susanna Cafaro

# L'Unione Economica e Monetaria dopo la crisi – Cosa abbiamo imparato?

ESI, Napoli, 2017, pp. XI-231



Nel suo ultimo lavoro l'A., che da anni si è affermata come esperto di diritto economico e monetario al livello europeo e internazionale, sollevando la questione “cosa abbiamo imparato dalla crisi dell’Unione Economica e Monetaria (UEM)”, mette a fuoco il problema centrale della costruzione costituzionale dell’UEM: dispone questa delle procedure decisionali e della flessibilità necessarie per poter reagire in maniera costruttiva alle contingenze delle fluttuazioni finanziarie? O è piuttosto vincolata da uno stretto corsetto di rigide disposizioni legali che la espongono senza utile difesa agli attacchi provenienti dai movimenti dei mercati, dagli squilibri verificatisi e dalle polemiche da parte di difensori d’interessi particolari? Purtroppo, nella cittadinanza europea non mancano dubbi e scetticismo intorno alla questione se l’introduzione della moneta comune sia stata una buona scelta o se la politica adottata per far fronte alla crisi finanziaria sia stata giusta. In un volumetto compatto (115 pagine di testo e 105 di utili allegati documentari) Susanna Cafaro fornisce un quadro d’informazioni adeguato per capire il funzionamento e il presente stato dell’UEM. Inoltre propone alcune piste utili a comprendere come si potrebbe rimediare ai presenti difetti. Perciò il libro è di grande utilità non solo per gli studiosi di affari europei alla ricerca di un utile compendio sul tema, ma anche per qualsiasi cittadino desideroso di formare, al di là delle polemiche mediatizzate, il proprio giudizio sulle problematiche connesse alla moneta europea.

L’analisi proposta dall’A. parte da una presa di coscienza del carattere incompiuto dell’Unione economica e monetaria che non può essere considerata “un’area valutaria ottimale” (p. 41). Ma non si esaurisce nelle polemiche sterili presenti in molti contributi con un preteso carattere scientifico. Espone invece con diligenza il contesto storico della fine della guerra fredda, nel quale dei rappresentanti di spicco come Valérie Giscard d’Estaing, François Mitterand, Helmut Schmidt, Helmut Kohl, Giuliano Amato o Carlo Azeglio Ciampi, consci della sfida di dover costruire un nuovo ordinamento per il continente europeo, hanno voluto la moneta comune “in virtù di valutazioni geopolitiche di ampia portata” (p.72). Ricorda i delicati compromessi che erano indispensabili per mettere tale volontà in atto nel Trattato di Maastricht (p. 2), ma che hanno investito l’UEM di un’ambiguità estranea al disegno iniziale dei suoi architetti (“piano Delors”), risultando in una “politica economica fondata sulla gestione del bilancio da parte degli stati membri”, ma all’interno della “gabbia regolamentare” del divieto di *deficit* eccessivi “di cui si sono ulteriormente

infittite le sbarre” (p. 37). La “chiara volontà politica” di creare una “moneta sovranazionale” contrasta con una “altrettanto chiara volontà” di mantenere l’autonomia delle politiche economiche nazionali, solamente coordinate con linee guida non vincolanti (p. X). Nelle condizioni di crisi economica e finanziaria tale incompiutezza ha prodotto il paradosso che l’Unione europea poteva diventare il “capro espiatorio di scelte di politica economica che non ha preso” (p. 5). D’altro canto i numerosi casi in cui il non-rispetto delle regole sul *deficit* fu tollerato dalle istanze dell’Unione fanno pensare che la “inadeguatezza dello strumento normativo rispetto all’obiettivo per cui è stato creato” ha causato una “crisi del diritto stesso” (p. X).

Sul sottofondo di quest’analisi l’A. ripercorre nel secondo capitolo l’andamento della crisi economica e finanziaria negli anni 2008-2015 e discute le soluzioni emergenziali successivamente adottate e confluite nel Meccanismo europeo di stabilità. Prevalentemente di natura intergovernativa, queste misure sono spesso adottate nella forma di trattato di diritto internazionale, con “l’assunzione di un ruolo esecutivo da parte dei capi di governo” (p. 35). Riconosce “un piccolo progresso” verso la sovranazionalità realizzato con l’adozione del regolamento (UE) n. 472/2013 sul rafforzamento della sorveglianza economica e di bilancio degli Stati membri nella zona euro (p. 38). L’assenza nel sistema europeo di meccanismi di controllo democratico sul Consiglio europeo è però considerata grave, poiché il controllo esercitato sui singoli membri in sede nazionale non è credibile “trattandosi di un collegio che opera secondo logiche di negoziato e mediazione a porte chiuse” (p. 35). Il controllo democratico fa ugualmente difetto al riguardo delle strutture informali come l’Eurogruppo o la cosiddetta “Troika” composta di rappresentanti al livello tecnico, ma incaricata di mansioni che richiedono una legittimità democratica.

Il terzo capitolo presenta l’evoluzione della Banca centrale europea (BCE). Dato che l’Unione non è un’area valutaria ottimale e alla BCE non è attribuito un ruolo di prestatore di ultima istanza (p. 42), essa, per agire “come la vera banca centrale” e in particolare per “assicurarsi che la moneta che gestiva continuasse a esistere”, era costretta di agire “sul limite della legalità comunitaria” (p. 43). Forte della sua indipendenza e dotata di un mandato tecnico, cioè di garantire in prima linea la stabilità dei prezzi e di sussidiariamente sostenere la politica economica dell’Unione, ma sottoposta al divieto di finanziamento monetario delle istituzioni pubbliche e al principio della non-responsabilità dell’Unione e dei singoli Stati per gli impegni finanziari di altri Stati membri, la BCE ha annunciato delle misure non-convenzionali quali i programmi per l’acquisto di titoli di stato sui mercati secondari, *outright monetary transactions* (OMT), mai messi in atto ma la cui legalità fu confermata dalla Corte di giustizia, oppure il *quantitative easing* (QE), messo in atto da gennaio 2015 (pp. 44-46). Con argomenti dettagliati e fondati l’A. ribatte le critiche mosse in particolare da fonti tedesche contro la politica della Banca, ritenendo che la sua capacità d’intervento quale unico attore nel campo dell’UEM avente vero carattere sovranazionale porta in piena luce i limiti dell’impostazione intergovernativa dell’UEM (pp. 49-53).

Il quarto capitolo introduce il lettore nel labirinto delle organizzazioni internazionali attive nel campo della politica economica e monetaria. Rileva che l’Unione europea è rappresentata in seno al G7, al G20, al Financial Stability Board, all’OCSE (senza diritto di voto), alla Banca Europea per la ricostruzione e per lo sviluppo,

mentre la BCE fa parte della Banca dei regolamenti internazionali. L'Unione invece non dispone di un status formale nel Fondo monetario internazionale e nella Banca mondiale. Secondo l'A., le "esigenze di coerenza della gestione, interna e esterna, della politica economica e monetaria" giustificano che l'Unione assuma pienamente il ruolo esterno specificato all'art. 138 TFUE (p. 64). Ammette, tuttavia, le difficoltà oggettive che, nonostante le iniziative della Commissione europea, finora non hanno permesso una rappresentanza esterna unificata della zona Euro, tra le quali l'assenza di soggettività internazionale dell'area dell'Euro, o il considerevole peso dei diritti di voto cumulati dei singoli Stati della zona Euro in seno al FMI e alla Banca mondiale, che con ogni probabilità sarebbe ridotto in caso di un'unificata rappresentanza (pp. 65-67).

Nel capitolo quinto Susanna Cafaro tenta di rispondere alla cruciale questione sollevata nel titolo del suo libro, la capacità di imparare essendo un fattore decisivo per la sopravvivenza di ogni sistema di *governance*. La risposta che ella trae dagli insegnamenti dell'analisi svolta è sviluppata su due assi strategici per rimediare a due difetti sistemici. Il primo attiene alla perdita nel sistema economico "della sovranità a livello nazionale senza un corrispondente acquisto di sovranità al livello europeo", privando l'intero sistema della "flessibilità e dei margini di manovra per promuovere i necessari aggiustamenti", a differenza della "politica monetaria, in cui la sovranità perduta delle banche centrali nazionali è stata guadagnata dalla banca centrale europea". Il secondo asse consiste nella creazione di un'unione monetaria "priva di correttivi automatici o di un fondo di perequazione in grado di assorbire i c.d. shock asimmetrici" in un'area economicamente integrata, ma che non corrispondeva ai criteri di un'aria valutaria ottimale (p. 71). Per avanzare su ambedue gli assi di riflessione, l'A. passa in rassegna le idee ultimamente discusse (pp. 73-75). Non trascura la possibilità di riforme più modeste a Trattati costanti, proposte per esempio nella relazione dei cinque Presidenti delle istituzioni europee di giugno 2015, oppure dal Parlamento europeo nella risoluzione del 16 febbraio 2017 in base alla c.d. relazione Brok/Bresso. Privilegia, tuttavia, le opzioni di riforme più ambiziose, quali il "protocollo di Francoforte" proposto nel 2015 da Andrew Duff, oppure auspicato dal Parlamento europeo adottando il 16 febbraio 2017 le c.d. relazioni Verhofstadt, sulla possibile evoluzione istituzionale dell'UE, e Böge/Berès sul bilancio europeo, rivendicando la creazione di una capacità di bilancio propria alla zona Euro, integrata al bilancio UE, ma esente dai massimali del quadro finanziario pluriennale e alimentata da vere risorse proprie dell'Unione. Tra le proposte istituzionali appaiono ripetutamente un "sistema di condivisione ulteriore della sovranità" nell'elaborazione della politica economica, l'adozione delle linee guida per la politica economica nella procedura legislativa ordinaria, la creazione di un Ministro delle finanze dell'Eurozona, di una tesoreria europea oppure di un fondo gestito in comune e dando luogo a titoli di debito pubblico europei, l'integrazione degli strumenti intergovernativi nella cornice comune dei Trattati europei e, soprattutto, la costituzione di un'autorità parlamentare che possa conferire piena legittimità democratica alla *governance* della zona Euro. L'A. discute in maniera competente i problemi delicati e molto complessi sollevati da tali opzioni, senza però poter essere esauriente. Il lettore potrà per esempio chiedersi quali sarebbero i poteri di un Ministro e di una tesoreria dell'Eurozona, quali sarebbero le conse-

guenze di un indebitamento dell'Unione cumulativo a quello dei suoi Stati membri e, da ultimo, come l'auspicata prospettiva dell'unificazione fiscale della zona Euro possa essere resa compatibile con le riserve emesse da varie corti costituzionali per tutelare l'autonomia fiscale nazionale degli Stati.

La soluzione proposta dall'A. nel capitolo sesto (pp. 91-99) si ispira a proposte avanzate nella menzionata relazione Verhofstadt ed è basata sull'idea, già ampiamente discussa, che l'integrazione economica e politica del continente europeo si possa organizzare in vari cerchi, permettendo a ogni singolo Stato la scelta di spostarsi secondo le sue scelte politiche verso un cerchio più o meno integrato. In una tale struttura diventerebbe effettivamente concepibile che, al di là di un certo livello d'integrazione, un "cerchio" possa decidere delle modifiche del suo ordinamento costituzionale con una maggioranza super-qualificata, con la conseguenza che uno Stato non disposto a ratificare una tale modifica si ritroverebbe sul livello d'integrazione meno ambizioso al quale aveva già consentito in precedenza. Questa soluzione, per quanto sia immaginativa, urta però contro il fatto che i Trattati e le istituzioni UE non sono costruiti in modo da permettere una permeabilità tra cerchi concentrici d'integrazione, il che si nota in concreto, per esempio, con l'uscita del Regno Unito dall'Unione. Il recensore non contesta la possibilità teorica di costruire un ordinamento costituzionale che offra l'immaginata permeabilità tra vari cerchi d'integrazione. Abbiamo tuttavia dovuto renderci conto, con l'esempio del Trattato costituzionale, che ogni tentativo di sottoporre delle normative già ratificate da tutti gli Stati membri a un nuovo processo di ratifica implica un rischio probabile che verrà rigettata da almeno uno di essi. Cionondimeno, sul cammino del pensiero svolto (pp. 84, 88-89), Susanna Cafaro dissepellisce delle verità generalmente dimenticate nelle polemiche intorno alla *governance* dell'Euro. La prima: in un'area economicamente integrata con moneta unica, impossibilità di svalutazioni competitive e divieto di accrescere il debito pubblico oltre un certo livello, la fiscalità diventa la principale leva della politica economica dei governi nazionali, non solo per attrarre investimenti e favorire attività economiche sul proprio territorio, ma anche per influenzare il costo della vita attraverso la pressione fiscale. "Ciò determina, inevitabilmente, che gli Stati si trovino nella posizione di subire le esternalità delle politiche fiscali praticate dagli altri." In ultima analisi "delle scelte di politica fiscale inefficienti e incoerenti poss[on]o danneggiare l'intero sistema". La seconda: occorre, non solamente come imperativo sociale, ma soprattutto come necessità economica, una base sociale stabile per l'UEM che garantisca con prescrizioni minime di diritto UE l'effettiva mobilità dei lavoratori in tutta l'area economica con condizioni di lavoro e remunerazioni adeguate. La terza: se fosse un irremovibile "principio fondamentale dell'Unione" che "ogni Stato è in ultima analisi responsabile per se stesso, per la propria forma costituzionale e amministrativa e per il proprio bilancio", i cittadini non potrebbero "non sentirsi discriminati a fronte di situazioni tanto differenti in uno spazio economico integrato". Con queste parole ritengo che l'A. colga una delle profonde ragioni per uno scetticismo crescente nella cittadinanza, che si spiega male con la "distanza" tra il cittadino e l'autorità europea. In quest'atteggiamento si esprime invece una sensibilità della cittadinanza di fronte all'ambiguità dell'ordinamento UE, che con nobili valori e obiettivi suscita

delle attese per la soddisfazione delle quali non fornisce i mezzi, né mostra una vera volontà politica.

Il volume si chiude con l'appello a ripensare il concetto di *democrazia sovranazionale* in un sistema caratterizzato da sovranità limitata a livello nazionale e sovranità parziale a livello europeo (p. 101 s.) e a recuperare le dimensioni politica e geopolitica del progetto di UEM formulato nel 1989 (p. 104), aggiungendo come appendice un'originale proposta per generare un'addizionale massa finanziaria per il recupero economico del continente attraverso un'agenzia finanziata da contributi privati (pp. 107-115). L'ottimismo che l'A. nutre nella forza della democrazia può sorprendere alla luce del rinvigorismento d'idee nazionalistiche, ma si giustifica con l'attesa che a lungo andare i veli dell'ambiguità non impediranno ai cittadini di riconoscere e difendere i propri interessi. Rimane da costruire un'intesa assai larga sul significato di *democrazia sovranazionale*, confrontando coloro che considerano il concetto di democrazia confinato al quadro nazionale, sapendo che quasi tutte le forme di *governance* esistenti pretendono di essere di natura democratica e consci del fatto che la *democrazia sovranazionale* comunque non potrà essere costruita secondo un modello nazionale. A questo proposito insegnamenti inaspettati potrebbero essere ricavati da studi approfonditi della prassi del Parlamento europeo, in particolare della sua attività legislativa.

Nel suo insieme, il libro di Susanna Cafaro è dunque non solo un'utile fonte d'informazioni, ma ispira allo stesso tempo l'affascinante dibattito sul futuro dell'Europa, avanzando su piste interessanti e che a termine probabilmente richiederanno di coinvolgere, in tutti i Paesi, il costituente nazionale affinché l'Unione europea possa superare la sua ambiguità costituzionale.

Peter Schiffauer



# Libri ricevuti



Alessandro Bernardi, Cristiano Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Napoli, Jovene, 2017, pp. XXI-494.

Ernesto Bettinelli, *Umanità e sovranità. I diritti negati ai migranti (1986-2015)*, Pavia, Pavia University Press, 2017, pp. 145.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, XVII ed., Granada, Editorial Comares, 2017, pp. XXXII-1004.

Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González (directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, XVII ed., Granada, Editorial Comares, 2017, pp. XXIV-1644.

Michele D'Avino, Ugo De Siervo (a cura di), *La pace necessaria. Il dovere di impegnarsi per il bene universale*, Roma, Fondazione apostolicam actuositatem, 2017, pp. 196.

Massimo Fragola, *L'Europa dei popoli o degli Stati?, L'integrazione spiegata attraverso il diritto dell'Unione europea*, Cosenza, Pellegrini Editore, 2017, pp. 126.

Laurent Manderieux, Michele Vellano (sous la direction de), *Éthique globale, bonne gouvernance et droit international économique*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. XXIII-184.

Simone Marinai, *Perdita della cittadinanza e diritti fondamentali: profili internazionali ed europei*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. X-309.

Claudia Morviducci, *I diritti dei cittadini europei*, III ed., Torino, Giappichelli, 2017, pp. XIX-380.

Franco Mosconi, Cristina Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, *Parte generale e obbligazioni*, VIII ed., Milanofiori Assago, Wolters Kluwer, 2017, pp. XX-513.

Eloisa Mura, *All'ombra di Mancini. La disciplina internazionalistica in Italia ai suoi albori*, Pisa, Edizioni ETS, 2017, pp. 401.

Ilaria Ottaviano, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione europea*, Bari, Cacucci, 2017, pp. XXII-311.

Laura Pineschi (a cura di), *La tutela della salute nel diritto internazionale ed europeo tra interessi globali e interessi particolari*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 493.

Sara Pugliese, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea tra principi di precauzione, proporzionalità e standardizzazione*, Bari, Cacucci, 2017, pp. XIII-214.

Gianpaolo Maria Ruotolo, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, Bari, Cacucci, 2017, pp. XIX-265.

Antonella Tartaglia Polcini, Roberto Virzo (a cura di), *A scuola di cittadinanza europea*, Napoli, ESI, 2016, pp. 239.

Ennio Triggiani, Francesco Cherubini, Ivan Ingravallo, Egeria Nalin, Roberto Virzo (a cura di), *Dialoghi con Ugo Villani*, Bari, Cacucci, 2017, 2 voll., pp. XXXVI-1243.

Ugo Villani, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, V ed., Bari, Cacucci, 2017, pp. XX-522.

Maria Chiara Vitucci, *La guerra dietro casa. Lo sguardo del cinema sulla Jugoslavia in fiamme*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, pp. 92.

# Indice degli autori



Ugo VILLANI

ordinario f.r. di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Bruno NASCIBENE

ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Milano

GIOVANNI CELLAMARE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Massimo Francesco ORZAN

referendario del Tribunale dell'Unione europea

Valentina PETRALIA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Catania

Antonio MARCACCI

dottore di ricerca in Diritto dell'Istituto Universitario Europeo di Fiesole

Susanna VILLANI

dottoranda in Diritto dell'Unione europea dell'Università di Bologna in cotutela con la Spanish National University of Distance Education (UNED)

FRANCESCO BUONOMENNA

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Salerno

ORESTE PALLOTTA

docente a contratto di Diritto della concorrenza dell'UE nell'Università degli studi di Napoli Federico II

Claudia MORINI

docente a contratto di Diritto dell'Unione europea nell'Università del Salento

ALICE PISAPIA

docente a contratto di Diritto dell'Unione europea per l'impresa e Diritto della concorrenza nell'Università degli studi dell'Insubria

FULVIA STAIANO

assegnista di ricerca dell'IRISS-CNR





# Indice del Volume XII (2017)

Paolo MENGOZZI Osservazioni su principi democratici e diritti fondamentali nell'Unione europea. Nel decennale della rivista	7
<b>ARTICOLI</b>	
Francesco BESTAGNO La tutela della salute tra competenze dell'Unione europea e degli Stati membri	317
Giandonato CAGGIANO L'applicazione della Convenzione europea dei diritti umani ai Rom tra principio di non-discriminazione e azioni positive a favore dei gruppi vulnerabili	33
Ruggiero CAFARI PANICO L'affievolimento dei diritti nella crisi economica e politica dell'Unione europea	289
Sergio M. CARBONE Discriminazioni sulla base dell'età tra principi generali UE e criteri applicativi	23
Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ Esclusione dell'applicazione della legge regolatrice del divorzio e regolamento Roma III	267
Giovanni CELLAMARE Sul rilascio di visti di breve durata (VTL) per ragioni umanitarie	527
Gianluca CONTALDI L'indipendenza della BCE alla luce del caso OMT	65
Micaela FALCONE La tutela dell'ambiente nel difficile bilanciamento tra diritti fondamentali ed esigenze economiche	365
Paolo FOIS Gli sviluppi del processo di integrazione europea dal Trattato di Roma ad oggi. Il ruolo degli Stati membri	249
Franco GALLO Diritti socio-economici ed equilibri di bilancio	11
Ivan INGRAVALLO Equilibrio di genere e azioni positive nella riforma del Tribunale dell'Unione europea	83
Antonio MARCACCI Digitally-provided Financial Services under EU Law: Overcoming the Current Patchwork of Europeanized Private International Law and Sectorially-harmonized National Private Laws	569
Bruno NASCIBENE Riflessioni sullo spazio di libertà, sicurezza e giustizia	515
Massimo Francesco ORZAN The Role of the General Court's Appeal Chamber in the Definition of the Conditions of Admissibility of EU Civil Servants' Applications	541

Giuseppe PALMISANO La protezione dei diritti dei Rom nella prassi applicativa della carta sociale europea	47
Valentina PETRALIA Clausola di sovranità e tutela dei diritti umani nel <i>sistema di Dublino</i> Sovereignty Clause and Protection of Human Rights in the Dublin System	553
Susanna VILLANI Riflessioni sul regime dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato in caso di calamità	585
Ugo VILLANI Limitazioni di sovranità, "controlimiti" e diritti fondamentali nella Costituzione italiana	489
<b>NOTE E COMMENTI</b>	
Marco BOLOGNESE Il giudicato a formazione progressiva e il diritto sovranazionale	159
Francesco BUONOMENNA Limiti della <i>governance</i> economica nel regime internazionale ed europeo	605
Filippo CROCI Nuove riflessioni sull'obbligo di rinvio pregiudiziale interpretativo alla luce delle sentenze <i>Ferreira da Silva e X</i>	427
Cinzia DI PAOLO I diritti delle donne in materia di interruzione volontaria di gravidanza: la situazione in Italia nella prospettiva della Carta sociale europea	97
Claudio DI TURI L'Unione europea e i negoziati per il partenariato transatlantico sul commercio e gli investimenti (TTIP): quale tutela per i diritti dei lavoratori?	413
Antonio GUSMAI Acqua e cibo: alcune irragionevoli "divergenze" di tutela nella prospettiva giuridica interna e sovranazionale	193
Luca MINUTI Il mutuo riconoscimento delle sanzioni pecuniarie: banco di prova per lo sviluppo della cooperazione giudiziaria penale dell'Unione europea	169
Claudia MORINI Il processo di ammissione dell'Albania nell'Unione europea nel contesto della politica europea di allargamento: recenti evoluzioni	641
Oreste PALLOTTA <i>Public e private antitrust enforcement</i> alla luce della direttiva 2014/104/UE: l'equilibrio alterato	621
Alice PISAPIA La base giuridica per l'adozione degli atti dell'Unione	659

Eduardo SAVARESE A Flexible Legal Certainty: The EU Law ‘Counter-Limits’ to the Principle of Domestic <i>res judicata</i>	387
Annita Larissa SCIACOVELLI Il ricongiungimento familiare dei minori stranieri e il requisito della potenziale integrazione “riuscita” imposto dagli Stati membri al vaglio della Corte di giustizia	117
Fulvia STAIANO Il principio del recupero dei costi e l’accesso all’acqua nel diritto dell’Unione europea	677
Giovanni ZACCARONI La struttura del giudizio sull’uguaglianza davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo	135
<b>MEMORIE</b>	
Massimo PANEBIANCO Una rilettura del diritto internazionale codificato fra codicismo ed anti-codicismo (secoli XIX-XX)	455
<b>RECENSIONI</b>	
Susanna CAFARO, <i>L’Unione Economica e Monetaria dopo la crisi - Cosa abbiamo imparato?</i> , ESI, Napoli, 2017 (P. Schiffauer)	699
Alfonso Luis CALVO CARAVACA, Angelo DAVÌ, Heinz-Peter MANSEL (eds.), <i>The EU Succession Regulation. A Commentary</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (U. Villani)	217
Giuseppe DALLA TORRE, <i>L’ “extraterritorialità” nel Trattato del Laterano</i> , Torino, Giappichelli, 2016 (R. Baratta)	229
Roberto MASTROIANNI, Oreste POLLICINO, Silvia ALLEGREZZA, Fabio PAPPALARDO, Orsola RAZZOLINI (a cura di), <i>Carta dei Diritti fondamentali</i> , Milano, Giuffrè, 2017 (V. Di Comite)	221
Sonia MORANO-FOADI, Lucy VICKERS (edited by), <i>Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts</i> , Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015 (A. M. Romito)	469
Massimo PANEBIANCO, <i>Introduzione alla codicistica del Jus Gentium Europaeum. Codice Lünig-Leibniz-Dumont</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (A. Di Stasi)	224
Lina PANELLA (a cura di), <i>Le sfide dell’Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (R. Palladino)	226
Libri ricevuti	233, 473, 705
Indice degli autori	235, 475, 707



# Index of Volume XII (2017)

Paolo MENGOZZI	
Democratic Principles and Fundamental Rights in the European Union.	
Brief Remarks on the Occasion of the Decennial of <i>Studi sull'integrazione europea</i>	7

## ARTICLES

Francesco BESTAGNO	
Public Health between EU's and Member States' Competence	317
Giandonato CAGGIANO	
The Application of the European Convention on Human Rights to Roma: The Principle of Non-discrimination and Positive Actions in Favor of Disadvantaged Minority Groups	33
Ruggiero CAFARI PANICO	
The Weakening of the Rights in the EU's Economic and Political Crisis	289
Sergio M. CARBONE	
Age Discrimination between General Principles and Application Criteria	23
Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ	
Exclusion of the Law of Divorce and Rome III Regulation	267
Giovanni CELLAMARE	
Observations on the Issue of Short Stay Visas (LTV) on Humanitarian Grounds	527
Gianluca CONTALDI	
The Independence of the ECB in the Light of the <i>Gauweiler</i> case	65
Micaela FALCONE	
Environmental Protection in the Hard Balance between Fundamental Rights and Economic Reasons	365
Paolo FOIS	
The European Integration Process from the Treaty of Rome to the Present Day. The Role Played by the Member States	249
Franco GALLO	
Socioeconomic Rights and Balanced Budget	11
Ivan INGRAVALLO	
Gender Balance and Positive Actions in the Reform of the General Court	83
Antonio MARCACCI	
Digitally-provided Financial Services under EU Law: Overcoming the Current Patchwork of Europeanized Private International Law and Sectorially-harmonized National Private Laws	569
Bruno NASCIMBENE	
Thoughts and Remarks on the Area of Freedom, Security and Justice	515
Massimo Francesco ORZAN	
The Role of the General Court's Appeal Chamber in the Definition of the Conditions of Admissibility of EU Civil Servants' Applications	541

Giuseppe PALMISANO The Protection of Roma Rights within the Implementation Framework of the European Social Charter	47
Valentina PETRALIA Sovereignty Clause and Protection of Human Rights in the Dublin System	553
Susanna VILLANI Reflections on the EU State Aid Regime in Case of Disaster	585
Ugo VILLANI Limitations to Sovereignty, ‘Counter-limits’ and Fundamental Rights in the Italian Constitution	489
<b>NOTES AND COMMENTS</b>	
Marco BOLOGNESE The Progressive Formation of the <i>res judicata</i> and the International an EU Law	159
Francesco BUONOMENNA The Limits of the Economic Governance in the International and European System	605
Filippo CROCI New Reflections on the Obligation to Refer for an Interpretative Preliminary Ruling in the Light of the <i>Ferreira da Silva and X</i> Judgments	427
Cinzia DI PAOLO Women’s Rights within the Italian Legal Order in Matters of Voluntary Termination of Pregnancy	97
Claudio DI TURI The European Union and the Negotiations for the Transatlantic Trade and investment Partnership (TTIP): What Protection for Workers Rights?	413
Antonio GUSMAI Water and Food: Some Unreasonable ‘Differences’ of Safeguard in the National and Supranational Legal Perspective	193
Luca MINUTI The Mutual Recognition of Financial Penalties: A Testing Ground for the Development of Cooperation in Criminal Matters within The European Union	169
Claudia MORINI The EU Accession Process of Albania in the Context of the Enlargement Policy of the European Union: Recent Developments	641
Oreste PALLOTTA Public and Private Antitrust Enforcement under Directive 2014/104/ EU: An Altered Balance	621
Alice PISAPIA The Legal Basis for the Adoption of the EU Acts	659

Eduardo SAVARESE A Flexible Legal Certainty: The EU Law ‘Counter-Limits’ to the Principle of Domestic <i>res judicata</i>	387
Annita Larissa SCIACOVELLI The New Requirements Imposed by EU Member States to the Reunification of Third-country Children for a Potential Successful Integration: A View from the EU Court of Justice	117
Fulvia STAIANO The Principle of Cost Recovery and Access to Water in European Union Law	677
Giovanni ZACCARONI The Structure of the Equality Scrutiny in Front of the European Court of Human Rights	135
<b>MEMORIES</b>	
Massimo PANEBIANCO A New Reading of International Codified Law between ‘Codicism’ and ‘Anti-codicism’ (XIX-XX Centuries)	455
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Susanna CAFARO, <i>L’Unione Economica e Monetaria dopo la crisi - Cosa abbiamo imparato?</i> , ESI, Napoli, 2017 (P. Schiffauer)	
Alfonso Luis CALVO CARAVACA, Angelo DAVÌ, Heinz-Peter MANSEL (eds.), <i>The EU Succession Regulation. A Commentary</i> , Cambridge, Cambridge University Press, 2016 (U. Villani)	217
Giuseppe DALLA TORRE, <i>L’ “extraterritorialità” nel Trattato del Laterano</i> , Torino, Giappichelli, 2016 (R. Baratta)	229
Roberto MASTROIANNI, Oreste POLLICINO, Silvia ALLEGREZZA, Fabio PAPPALARDO, Orsola RAZZOLINI (a cura di), <i>Carta dei Diritti fondamentali</i> , Milano, Giuffrè, 2017 (V. Di Comite)	221
Sonia MORANO-FOADI, Lucy VICKERS (edited by), <i>Fundamental Rights in the EU. A Matter for Two Courts</i> , Oxford-Portland, Hart Publishing, 2015 (A. M. Romito)	469
Massimo PANEBIANCO, <i>Introduzione alla codicistica del Jus Gentium Europaeum. Codice Lünig-Leibniz-Dumont</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (A. Di Stasi)	224
Lina PANELLA (a cura di), <i>Le sfide dell’Unione europea a 60 anni dalla Conferenza di Messina</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2016 (R. Palladino)	226
Books received	233, 473, 705
Lists of contributors	235, 475, 707



# TECA DEL MEDITERRANEO

“La conoscenza accresce le capacità” è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell'Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM*, *Noprofit*, *Regio e Terminus*, veri e propri dossier tematici con l'intento di avvicinare l'utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L'ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@TecaMediterraneo), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all'accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall'UE



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.



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)



**Orari di apertura al pubblico:**

lunedì - venerdì: ore 10.00 - 13.00

martedì e giovedì: ore 15.00 - 18.00

**Europe Direct Puglia**

via Giuseppe Suppa, 9  
70121 Bari tel. (+39) 080 5717707

[twitter.com/EuropeDirectPuglia](https://twitter.com/EuropeDirectPuglia)

[facebook.com/europedirectpuglia](https://facebook.com/europedirectpuglia)

[info@europedirectpuglia.eu](mailto:info@europedirectpuglia.eu)

[www.europedirectpuglia.eu](http://www.europedirectpuglia.eu)

**SPORTELLO  
INFORMATIVO  
DELL'UNIONE  
EUROPEA**

# Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX	E-MAIL	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	abbonamento annuale 2018	abbonamento in formato PDF	abbonamento annuale 2018	abbonamento in formato PDF
	€ 80,00	€ 45,00	€ 120,00	€ 45,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a: Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2017).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

*Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.*

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari  
Tel. 080.5214220, Fax 080.5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, per fini amministrativi, contabili commerciali e promozionali. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

**Simon Vouet** (Parigi 1590–1649)

*Il ratto d'Europa* – olio su tela, cm 179 x 141,5 – Madrid, Museo Thyssen-Bornemisza

Il soggetto di questo grande dipinto di Simon Vouet, uno dei più rappresentativi artisti francesi attivi nella prima metà del Seicento, pur essendo palesemente in relazione con il ratto d'Europa, figlia di Agenore re dei Fenici, da parte di Giove trasformatosi in un bellissimo, mite toro bianco – così come dettagliatamente narrato da Ovidio nelle sue *Metamorfosi* –, ne costituisce, per così dire, il fotogramma iniziale, dato che nulla della tranquilla, quasi arcadica scena rappresentata dal caposcuola francese lascia presagire ciò che sarebbe in seguito accaduto. Subito dopo, infatti, il mite e giocoso toro prenderà improvvisamente il largo nel mare antistante, recando in groppa la fanciulla che condurrà a Creta dove, riassunte le sembianze di Giove, da lei genererà tre figli. Un vero e proprio ratto “amoroso”, dunque, che in alcune rappresentazioni mostra la fanciulla consenziente, in altre la vede sbracciarsi disperata per chiedere aiuto alle amiche rimaste sulla spiaggia, sorprese e impotenti.

Qui tutto è fermo all'inizio del racconto: nel paesaggio ameno, animato sullo sfondo dalla chioma di un grande albero fronzuto, il bel toro candido in cui si è trasformato il re degli dei, sempre alla ricerca di prede femminili, è tranquillamente accucciato, si direbbe lusingato dalle attenzioni delle tre fanciulle che gli sono intorno: al centro la bella Europa, con indosso una leggera tunica che le lascia scoperti parte delle spalle e uno dei seni, sensualmente semidistesa, in bilico sul dorso dell'animale, mentre con la sinistra si aggrappa ad una delle corna del toro, appoggiando il braccio destro su quello dell'amica che le è accanto. In secondo piano un'altra amica è intenta ad arricchire con un'altra corona la già infiorata ghirlanda con cui è stato adornato il capo dell'animale. Due putti alati che planano dall'alto recano altre corone di fiori, mentre di un terzo si intravede in secondo piano il nudo corpo paffuto.

La composizione, essenziale e concentrata, è basata su un chiasmo le cui diagonali contrapposte partono rispettivamente dai putti volanti in alto a sinistra sino alla zampa anteriore distesa dell'animale accucciato, e dal cirro rosato in alto a destra sino alla coda ritorta dello stesso toro. Su una composizione chiasmica è articolato anche il gruppo principale costituito dal toro e dalle tre fanciulle: prova indiscutibile di un'attenta costruzione della scena in cui, più che il racconto ovidiano nelle sue fasi più drammatiche, l'attenzione dell'artista si focalizza sulla rappresentazione dei protagonisti, che occupano gran parte del dipinto.

Il massimo della luminosità si concentra quindi sui personaggi in primo piano, vera e propria sinfonia di colori magnificamente accostati, dall'abbacinante bianco del corpo dell'animale, all'incarnato perlaceo delle fanciulle, alle vesti dai drappi svolazzanti, orchestrate su una gamma cromatica che va dal verde bosco al rosa chiaro, dall'azzurro lapislazzulo all'indaco, dal bruno al corallo.

La datazione dell'opera può essere plausibilmente fissata intorno al 1640 sulla base dell'incisione, datata 1642, che da essa trasse Michel Dorigny (1617-1665), incisore e pittore appartenente ad una famiglia d'artisti (suo figlio è il famoso Louis Dorigny, attivo anche a Verona), nonché genero di Simon Vouet per averne sposato nel 1648 una delle figlie, Jeanne-Angélique, attivo dal 1635 circa al 1645 nella bottega del suocero. Una datazione intorno al 1640 permette di inserire con certezza il dipinto nel novero delle opere eseguite dal Vouet a Parigi, dopo il suo ritorno, avvenuto nel 1627, dall'Italia, dove aveva compiuto un viaggio di studio incrociando e confrontandosi, tra gli altri, con Artemisia Gentileschi e Massimo Stanzione. Nel periodo parigino Vouet, all'apice della sua carriera, è incaricato di numerose, prestigiose commissioni dal re, nonché da ministri e personaggi altolocati, per soddisfare le quali egli si avvale del suo frequentatissimo atelier. Purtroppo molti dei cicli decorativi, spesso di tema mitologico, realizzati da Vouet e dai suoi allievi in palazzi e castelli a Parigi e dintorni sono andati distrutti, e il frequente impiego dell'*atelier* rende ancora oggi in alcuni casi non del tutto certa la completa autografia di alcune delle sue opere.

Nessun dubbio riguarda naturalmente questo splendido dipinto, originale interpretazione del diffuso mito d'Europa – uno dei tanti che il Vouet ha trattato nella sua fortunata carriera di artista – carico di echi italiani (per esempio dal dipinto dello stesso soggetto, del Veronese, nel Palazzo Ducale di Venezia), e permeato di una potente, rinnovata classicità.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Metropolitana di Bari



## Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2018, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 80,00
- Abbonamento per l'estero € 120,00
- Fascicolo € 28,00
- Abbonamento in formato pdf € 45,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2018, 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 bonifico bancario sul c.c. n. IT30 Q054 2404 0100 0000 1041 861 (Banca Popolare di Bari) intestato a Caccucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2018).

## COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da  
Ennio Triggiani Ugo Villani  
Giandonato Caggiano

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*<sup>5</sup>, 2017.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.
8. Rosita DEL COCO e Emanuela PISTOIA (a cura di), *Stranieri e giustizia penale*, 2013.
9. Andrea CANNONE (a cura di), *La protezione internazionale ed europea dei beni culturali*, 2014.
10. Angela Maria ROMITO, *La tutela giurisdizionale nell'Unione europea tra effettività del sistema e garanzie individuali*, 2015.
11. Giovanni CELLAMARE, *Le operazioni di peacekeeping delle organizzazioni regionali*, 2015.
12. Ennio TRIGGIANI, *Spunti e riflessioni sull'Europa*, 2015.
13. Ilaria OTTAVIANO, *Gli accordi di cooperazione territoriale nell'Unione europea*, 2017.
14. Gianpaolo Maria RUOTOLO, *La tutela dei privati negli accordi commerciali*, 2017.
15. Sara PUGLIESE, *Il rischio nel diritto dell'Unione europea*, 2017.



ISBN 978-88-6611-627-1



9 788866 116271

€ 28,00